113

T 2

ŒUVRES

DE

M. CLAUDE HENRYS,

DIVISÉES

EN QUATRE TOMES.

Bibliothèque de l'École de Droit

BIU Cujas

NOMS DES LIBRAIRES ASSOCIÉS.

Chez
- La Veuve SAVOYE, rue Saint-Jacques.
- KNAPEN, Imprimeur, au Palais.
- SAMSON, Quai des Auguſtins.
- CELLOT, Imprimeur, rue Dauphine.
- La Veuve DESAINT, rue du Foin, Saint-Jacques.
- DURAND, Neveu, rue Saint-Jacques.

BIU Cujas

ŒUVRES

DE

M. CLAUDE HENRYS,

CONSEILLER DU ROI,

Et ſon premier Avocat au Bailliage & Siége Préſidial de Forez.

CONTENANT

SON RECUEIL D'ARRETS,

VINGT-DEUX QUESTIONS POSTHUMES

Tirées des écrits de l'Auteur trouvés après ſon décès.

SES PLAIDOYERS ET HARANGUES.

AVEC

DES OBSERVATIONS SUR LES CHANGEMENS de la Juriſprudence arrivés depuis la mort de l'Auteur. Une conférence de la Juriſprudence de tous les pays de Droit Ecrit du Royaume ; Et des moyens faciles & ſurs pour la rendre certaine & uniforme dans tous les Tribunaux.

Par M. B. J. BRETONNIER, Avocat au Parlement.

SIXIEME ÉDITION,

REVUE, CORRIGÉE ET AUGMENTÉE DE SOMMAIRES, & d'un grand nombre de nouvelles Obſervations par le même Auteur; avec des additions, & quelques autres obſervations de feu M. MATTHIEU TERRASSON, Ecuyer, ancien Avocat au Parlement, dans laquelle on a réuni les matieres qui étoient diſperſées dans la précédente édition. On y a auſſi joint un ſupplément tiré des Mémoires de feu M. ***, auſſi ancien Avocat au Parlement, & pluſieurs Conſultations des plus célébres Avocats, trouvées parmi les manuſcrits de feu M. BRETONNIER.

TOME SECOND.

A PARIS,

CHEZ LES LIBRAIRES ASSOCIÉS.

M. DCC. LXXI.

AVEC APPROBATION ET PRIVILÉGE DU ROI.

Bibliothèque de l'École de Droit

BIU Cujas

TABLE DES QUESTIONS,

ET

DES SOMMAIRES,

CONTENUS EN CE SECOND TOME.

SUITE DU LIVRE TROISIÉME.

QUESTION XLV.

Si le vaſſal doit néceſſairement rendre la foi & hommage au châtel ou manoir principal du fief dominant.

SOMMAIRE.

1. *Si le vaſſal eſt tenu de rendre en perſonne la foi & hommage à ſon ſeigneur.*
2. *Il y a des coutumes qui permettent au vaſſal de rendre l'hommage par procureur.*
3. *Le ſeigneur n'eſt pas obligé de recevoir l'hommage en perſonne.*
4. *Le vaſſal eſt obligé d'aller au château du ſeigneur pour lui rendre l'hommage.*
5. *Le vaſſal n'eſt pas obligé d'aller au château du ſeigneur, quand il y a du danger, ou quelqu'autre excuſe légitime.*
6. *Arrêt du 24 février 1652, qui condamne un vaſſal d'aller au château du ſeigneur, quoiqu'il eût procès avec lui.*
7. *Pour diſpenſer le vaſſal d'aller au château du ſeigneur, il faut que le procès ſoit important, pour des inimitiés capitales, & non pour droits ſeigneuriaux & pécuniaires.*

QUESTION XLVI.

Si le ſeigneur peut preſcrire contre le vaſſal, & le vaſſal contre le ſeigneur.

SOMMAIRE.

1. *Toutes les coutumes rejettent la preſcription entre le ſeigneur & le vaſſal.*
2. *Raiſons pourquoi le ſeigneur ne peut preſcrire contre le vaſſal.*
3. *Raiſons pourquoi le vaſſal ne peut preſcrire contre le ſeigneur.*
4. *Le ſeigneur peut preſcrire s'il poſſéde à autre titre que celui d'une ſaiſie féodale.*
5. *Il peut preſcrire en qualité de ſeigneur haut-juſticier à titre de deshérence.*
6. *Le vaſſal peut preſcrire contre le ſeigneur à titre particulier.*
7. *L'un & l'autre peuvent preſcrire le fief, & la foi & hommage, par l'eſpace de trente ans, depuis la contradiction.*
8. *Le vaſſal qui a reconnu un autre ſeigneur à titre de cens, & depuis racheté ledit cens, peut preſcrire contre le véritable ſeigneur.*
9. *Le vaſſal peut preſcrire le fief dominant, ou partie d'icelui.*
10. *Arrêt du 4 avril 1651, qui a jugé que dans la province d'Auvergne les droits féodaux ſont impreſcriptibles.*
11. *Dans les pays de droit écrit, la preſcription n'a pas lieu entre le ſeigneur & le féodal, ſi ce n'eſt en Dauphiné, par cent ans.*
12. *Eloge de M. Salvain, premier préſident de la chambre des comptes en Dauphiné.*
13. *Deux exceptions à l'impreſcribilité, entre le ſeigneur & le vaſſal.*
14. *La régle & les exceptions des fiefs ont lieu à l'égard des cenſives.*
15. *Le ſeigneur ſuſerain peut preſcrire la mouvance des arriere-fiefs.*
16. *Pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé en faveur du roi.*
17. *Du tems & des conditions requiſes pour preſcrire les arriere-fiefs, par le ſeigneur ſuſerain.*
18. *Dans les pays où les fiefs ſont ſans profit, le ſeigneur ſuſerain ne peut preſcrire les arriere-fiefs.*
19. *Eſpece dans le cas d'un fief du pays de Forez.*
20. *Arrêt du 21 août 1703, qui le juge ainſi dans le pays de Forez.*

QUESTION XLVII.

Si la mere ſuccédant à ſon enfant par la ſubſtitution pupillaire, doit un mi-lod, & ſi le fils qui ſuccéde au frere par la même ſubſtitution, la doit imputer à ſa légitime.

SOMMAIRE.

1. *La mere ſubſtituée par le pere pupillairement à leur fils, doit un mi-lod.*
2. *Arrêt du 1655, qui l'a ainſi jugé.*
3. *Le frere ſubſtitué pupillairement à ſon frere, n'eſt pas obligé d'imputer à ſa lé-*

BIU Cujas

gitime, ce qu'il reçoit en vertu de la ſubſtitution pupillaire.
4. *Un fils ſubſtitué pupillairement à ſon frere, peut demander un ſupplément de légitime, ſans attendre l'ouverture de la ſubſtitution.*

QUESTION XLVIII.

Si dans le duché de Rouanès il eſt dû lod ou mi-lod des ſucceſſions collatérales & autres, & s'il peut être demandé du ſupplément qu'un pere héritier de la mere, donne à ſa fille ſur les biens de ſadite mere.

SOMMAIRE.

1. *Sentence des requêtes du palais, du 23 avril 1620, qui juge que dans le duché de Rouannès il n'eſt point dû de mi-lod pour les ſucceſſions collatérales.*
2. *Arrêt confirmatif du 17 juillet 1621.*
3. *Autre arrêt qui déboute le ſeigneur, des lettres en forme de requête civile par lui obtenues, contre le premier arrêt.*
4. *L'exemption du mi-lod n'a lieu que dans l'étendue du duché de Rouannès, & non dans les autres contrées du pays.*
5. *Avis de l'auteur, que quand le pere a paſſé en ſecondes nôces, la remiſe à lui faite par ſa fille du premier lit, des biens de ſa mere, moyennant un ſupplément de légitime, eſt une eſpéce de vente qui produit des lods.*
6. *Le changement de juriſdiction n'en produit aucun pour les droits de fief; ainſi dans les châtelenies unies au duché de Rouannès, les mi-lods ſont dûs.*
7. *Exemple tiré de Chopin pour établir cette maxime.*
8. *Les avocats du parlement plaident au conſeil du roi.*
9. *Des pays où il n'eſt point dû de mi-lod.*
10. *Dans le Beaujolois il n'eſt point dû de mi-lods pour les ventes par decret.*
11. *Arrêt du 14 juin 1702, qui juge que les lods ſont dûs en Beaujolois pour les ventes judiciaires faites ſur trois publications.*
12. *Arrêt du 2 ſeptembre 1704, qui juge que les lods ne ſont pas dûs en Beaujolois, des ventes judiciaires faites à la charge de trois publications, quand la vente a été précédée d'une ſaiſie-réelle.*
13. *Eloge de M. de la Roche, avocat du roi au bailliage de Ville-Franche.*
14. *Les lods à Ville-Franche ne ſont dûs qu'au treiziéme denier.*

QUESTION XLIX.

Si la riviere de Loire peut être cenſée un grand fleuve & public, dans l'étendue du pays de Forez; & à qui appartient de permettre d'y faire des moulins, ou au roi, ou aux ſeigneurs hauts-juſticiers.

SOMMAIRE.

1. *Diſtinction entre les rivieres navigables, & les autres; les premieres appartiennent au roi, & les autres aux ſeigneurs.*
2. *Dans le Forez, la riviere de Loire n'eſt point navigable.*
3. *Raiſons pour montrer que dans le Forez, les ſeigneurs ſont les maîtres de la riviere de Loire.*
4. *Raiſons au contraire, pour établir que le roi eſt maître de la riviere de Loire en Forez.*
5. *Intervention de M. le procureur général pour ce dernier parti.*
6. *Arrêt du 9 décembre 1651, en faveur des ſeigneurs.*
7. *L'on ne peut rien faire dans la riviere de Loire, ſans la permiſſion des ſeigneurs.*
8. *Dans le Bourbonnois, la riviere de Loire eſt navigable; cependant les ſeigneurs en ſont les maîtres.*
9. *A préſent la riviere de Loire eſt navigable en Forez.*

QUESTION L.

Si le fleuve de Loire étant entre deux ſeigneurs, l'un d'eux faiſant un avalloir ou moulin, le peut appuyer ſur la terre & ſeigneurie de l'autre.

SOMMAIRE.

1. *Un ſeigneur ne peut rien entreprendre ſur la riviere de Loire, au préjudice du ſeigneur de l'autre côté de la riviere.*
2. *Raiſons pour l'affirmative.*
3. *Raiſons pour la négative.*
4. *Arrêt qui a jugé pour ce dernier parti.*
5. *Diſpoſition de la coutume de Normandie ſur cette queſtion.*

QUESTION LI.

Si le tiers-acquéreur d'un héritage ſans autre charge, que du ſimple cens, peut ſe libérer des arrérages des cens en déguerpiſſant.

SOMMAIRE.

1. *L'acquéreur d'un héritage chargé d'une rente, peut déguerpir en payant les fruits depuis la conteſtation en cauſe.*
2. *L'acquéreur d'un héritage à la charge du cens, peut déguerpir en payant les arrérages échus de ſon tiers du cens ordinaire, & tel que les héritages voiſins payent.*

QUESTION LII.

Si en la coutume d'Auvergne, le lod eſt dû d'un échange d'héritage avec une rente que l'une des parties crée ſur lui par le même contrat.

BIU Cujas

SOMMAIRE.

1. *Raisons pour montrer que les lods sont dûs en matiere d'échange.*
2. *Raisons pour établir que les lods ne sont pas dûs en semblable cas.*
3. *Disposition & explication de la coutume d'Auvergne sur cette question.*
4. *La coutume de Paris n'a point de pouvoir sur les autres coutumes.*
5. *Opinion de Basmaison pour la négative.*
6. *L'usage du pays est conforme.*
7. *Avis de l'auteur conforme à celui de Basmaison.*
8. *L'édit du mois de mai 1645, n'a pu déroger à la disposition de la coutume.*
9. *Edit du mois de mars 1674, qui confirme le précédent.*
10. *Autre édit du mois de février 1674, qui ordonne qu'en toutes sortes d'échange les lods seront payés.*
11. *Dans le Lyonnois, Forez, Beaujolois, en matiere d'échange il n'est dû qu'un mi-lod, quand les héritages échangés sont dans la même directe.*
12. *De même au parlement de Toulouse.*
13. *En Dauphiné, il n'est dû qu'un mi-lod, quoique les héritages soient en différentes directes.*
14. *De même dans le Mâconnois.*
15. *Déclaration du premier mai 1696, par laquelle le roi ordonne l'exécution des édits de 1645, 1673, 1674.*
16. *Déclaration du 4 septembre 1696, qui oblige les seigneurs d'acquérir le droit d'échange.*

QUESTION LIII.

Si le seigneur qui a le droit des langues des bestiaux, que les bouchers tuent dans une ville, le peut prétendre des veaux de lait, & en tirer quelque redevance.

SOMMAIRE.

1. *Si le seigneur qui est en possession de prendre les langues des bœufs & des vaches, peut prétendre celles des veaux de lait.*
2. *Sentence des requêtes du palais, qui déboute le seigneur de sa demande.*
3. *Arrêt du 21 juin 1656, confirmatif.*
4. *Tous les seigneurs du pays prétendent avoir droit de prendre les langues des bestiaux.*

QUESTION LIV.

Si, au défaut d'avoir consigné par un adjudicataire, y ayant eu une seconde adjudication à sa folle enchere, double lod en est dû.

SOMMAIRE.

1. *Déférence de l'auteur pour les arrêts.*
2. *Raisons pour soutenir qu'il est dû doubles lods.*
3. *Raisons contraires plus fortes, & plusieurs autorités pour ce dernier parti.*

QUESTION LV.

Si, à présent qu'il faut une sentence de purification pour les ventes à faculté de racheter, le lod peut être dû au seigneur, le terme expiré, ou s'il doit attendre que la vente soit purifiée.

SOMMAIRE.

1. *La vente sous faculté de remeré est parfaite, mais elle peut se résoudre sous condition.*
2. *Il faut croire que la cour a eu de bonnes raisons pour changer cette maxime.*
3. *Les vendeurs sous faculté de remeré, se flattent aisément de pouvoir rentrer dans leurs héritages.*
4. *Les loix & les réglemens ne regardent que l'avenir.*
5. *Avis de l'auteur, que quand le vendeur a laissé passer l'espace de dix ans après le tems de la grace expiré, il ne doit plus être écouté.*
6. *Si cette nouvelle jurisprudence doit retarder le payement des droits seigneuriaux.*
7. *Avis de l'auteur, que cela porte coup pour les lods.*
8. *La grande déférence de l'auteur pour les arrêts, blâmée.*
9. *Le seigneur n'est point obligé d'attendre une sentence de purification, ni même que le tems du remeré soit expiré, pour demander ses droits.*
10. *Dans les pays de droit écrit du ressort de Paris, les lods ne sont pas dûs, quand le tems du remeré n'excéde pas dix ans.*
11. *Dans les autres pays de droit écrit, les lods sont dûs pour la vente, mais non pour le rachat.*
12. *Dans la coutume de Paris, ils ne sont pas dûs, quand le tems de la faculté n'excède pas neuf ans.*
13. *Les anciens arrêts jugeoient que les droits étoient dûs dès le moment de la vente, mais qu'il n'étoit rien dû pour le rachat.*
14. *Le parlement de Toulouse étend la faculté de rachat jusqu'à trente ans.*
15. *Les droits sont dûs au fermier qui exploitoit la terre au tems du contrat de vente.*

QUESTION LVI.

Si, en cas de concours & de doute, la directe peut être partagée entre deux seigneurs.

SOMMAIRE.

1. *En cas de concours de deux seigneurs, la directe doit être adjugée au mieux informant.*
2. *L'on peut mieux informer en trois manieres, 1°. en établissant mieux l'identité*

BIU Cujas

du fonds. 2°. En justifiant d'un plus ancien terrier. 3°. En prouvant la possession.
3. *Par un ancien arrêt il a été jugé en cas de concours, que le cens portant lods, devoit appartenir au seigneur qui avoit les plus anciens terriers, & à l'autre un cens mort.*
4. *Avis & raisons de l'auteur contre cette jurisprudence.*
5. *Une obligation ne peut être sans cause.*
6. *En matiere de legs, il faut distinguer entre les démonstrations accessoires & nécessaires.*
7. *En matiere de contrat, la fausse démonstration vicie l'acte.*
8. *Arrêt du 20 février 1638, qui a partagé la directe entre deux seigneurs également.*
9. *Autres raisons de l'auteur pour combattre cette jurisprudence.*
10. *Arrêt du parlement de Toulouse, qui juge que la directe doit appartenir au seigneur qui a les plus anciennes reconnoissances.*
11. *Sentiment de M. Charles du Moulin, & autres docteurs, conforme à celui de l'auteur.*
12. *Censure de M. Cujas contre les jugemens que l'on appelle* judicium rusticorum.

QUESTION LVII.

De la vertu des préfaces, & explication plus exacte du préambule des terriers, & s'il peut obliger les tenanciers.

SOMMAIRE.

1. *Raisons & autorités pour établir que les préfaces des actes sont obligatoires.*
2. *Les préambules des terriers ne peuvent passer pour des préfaces.*
3. *Une préface, pour être obligatoire, doit être faite d'un même contexte avec l'acte.*
4. *Pour faire qu'un préambule pût passer pour une préface, il faudroit qu'il fût répeté en chaque reconnoissance.*
5. *Une préface n'est pas obligatoire.*
6. *Conditions requises pour rendre le préambule des terriers obligatoire.*

QUESTION LVIII.

Si l'héritier bénéficiaire qui se voit plutôt dépouillé qu'il n'est saisi, & qui n'a rien manié, peut être tenu à payer un mi-lod du sien propre.

SOMMAIRE.

1. *Si l'héritier par bénéfice d'inventaire doit payer le mi-lod* de suo, *quand les biens du défunt avoient été saisis réellement de son vivant.*
2. *Raisons en faveur de l'héritier.*
3. *Raisons en faveur du seigneur.*
4. *Avis de l'auteur, que le mi-lod est dû; mais que le seigneur, pour en avoir payement, doit se pourvoir sur les biens du défunt.*
5. *D'une donation avec retention d'usufruit, le mi-lod est dû à l'instant de la donation.*
6. *L'héritier bénéficiaire est obligé de payer le mi-lod* de suo, *sauf à lui à l'employer dans son compte.*
7. *Les droits sont dûs d'une donation avec réserve d'usufruit, dès le moment de la donation.*
8. *Coutumes qui décident le contraire.*
9. *Coutume qui décide que les droits sont dûs* in instanti.
10. *Censure contre la contrariété des coutumes.*
11. *Contrariétés de du Moulin sur cette question.*
12. *Sentiment de Pontanus, que les droits sont dûs* in instanti.
13. *La jurisprudence des arrêts est conforme à ce dernier sentiment.*
14. *C'est au donataire à payer les droits.*
15. *Dissertation pour montrer que l'héritier par bénéfice d'inventaire, est véritable héritier.*
16. *Arrêt du 28 avril 1705, qui a jugé dans la coutume de Paris, que dans la subdivision des biens féodeaux d'un oncle, le frere exclut la sœur.*
17. *Ce même arrêt a jugé que l'héritier d'un héritier bénéficiaire, n'est pas recevable à renoncer à une succession acceptée par bénéfice d'inventaire par cet héritier bénéficiaire*

QUETION LIX.

Quelles justices & quels droits appartiennent à MM. les doyens, comtes & chapitre de S. Jean de Lyon; & s'il y en a qui dépendent du domaine de sa majesté.

SOMMAIRE.

1. *Le chapitre de S. Jean de Lyon tient ses plus beaux droits des comtes de Forez, & notamment la qualité de comtes.*
2. *Arrêt de la chambre souveraine du domaine, du 22 septembre 1656, qui maintient le chapitre de saint Jean dans tous ses droits.*
3. *Antiquités de la maison d'Albon.*
4. *Origine de la qualité de comte du chapitre de saint Jean.*

QUESTION LX.

Si d'un légat d'héritages, étant même fait en faveur des pauvres, un mi-lod est dû.

SOMMAIRE.

1. *Guy Pape tient en général que le mi-lod n'est pas dû d'un legs d'héritages.*
2. *Boërius est d'avis contraire.*
3. *Cujas estime que ce droit est dû à toutes mutations.*
4. *Faber est d'avis contraire.*

5. *D'Argentré*

BIU Cujas

5. *D'Argentré & du Moulin ſont d'avis contraire à Faber.*
6. *Après une enquête par turbe, faite à Lyon, il a été jugé qu'en toutes mutations en ligne collatérale, il eſt dû mi-lod.*
7. *L'arrêt qui ſuit a plutôt jugé l'hypothèſe que la théſe.*
8. *Arrêt du 23 juillet 1646, qui a jugé que d'un legs fait aux pauvres il n'eſt point dû de mi-lod.*
9. *Date de l'enquête par turbes.*
10. *Dans le Lyonnois & le Forez, il eſt dû un mi-lod pour un legs d'héritages.*
11. *Dans tous les parlemens de Grenoble, Toulouſe & Bordeaux, il n'eſt rien dû.*
12. *Au parlement d'Aix, il eſt dû un mi-lod.*
13. *Les mi-lods ne ſont pas dûs pour les legs d'héritages faits aux pauvres.*

QUESTION LXI.

Si les ſeigneurs cenſiers ou leurs fermiers peuvent; pour des arrérages de cens, faire décreter les héritages des mineurs, ſur le pere.

SOMMAIRE.

1. *Les deux nullités les plus conſidérables d'un decret, ſont* pro non decreto, & ſuper non domino.
2. *Les criées faites de l'héritage d'une femme ſur ſon mari, ſans la nommer, ſont nulles.*
3. *Le decret d'un héritage acquis pendant la cammunauté, ſur le mari ſeul, eſt nul.*
4. *Le decret fait des héritages des enfans ſur leur pere eſt nul.*
5. *L'on ne peut faire vendre par decret les biens des mineurs pour arrérages de cens, quand les fruits ſont ſuffiſans.*
6. *Arrêt du 18 décembre 1635, qui l'a ainſi jugé.*
7. *Cela devroit être général pour toute ſorte de perſonnes.*

QUESTION LXII.

Si, pour les lods des mutations précédentes, le ſeigneur direct peut agir contre un nouvel acquéreur, & ſans diſcuſſion, & même contre le ſucceſſeur au bénéfice.

SOMMAIRE.

1. *Le ſeigneur a l'action perſonnelle contre le vendeur, & l'hypothécaire contre l'acquéreur.*
2. *Ces deux actions lui appartiennent, auſſibien pour le payement des lods, que pour les arrérages du cens.*
3. *Le ſeigneur peut s'adreſſer directement à l'acquéreur.*
4. *Raiſons & autorités pour la négative.*
5. *Du Moulin ſoutient l'affirmative.*
6. *Dans les pays de droit écrit, le ſeigneur peut s'en prendre à l'acquéreur pour les lods des précédentes mutations.*
7. *La difficulté eſt plus grande à l'égard des bénéficiers pourvus* per obitum.
8. *Raiſons pour montrer que les bénéficiers ne ſont pas tenus des lods des mutations précédentes.*
9. *Avis de l'auteur pour réduire en ce cas le payement des arrérages du cens aux cinq dernieres années, & pour les mi-lods renvoyer le ſeigneur aux héritiers des précédens titulaires.*
10. *Arrêt du 30 juin 1657, confirmatif d'une ſentence des requêtes du palais, qui avoit condamné un curé à payer vingt-neuf années d'arrérages du cens, & les mi-lods de trois mutations.*
11. *Le ſeigneur a droit de s'attaquer au nouveau poſſeſſeur pour les droits & profits des mutations précédentes.*
12. *Le ſeigneur a une action hypothécaire pour tous les droits & profits du paſſé.*
13. *Cette juriſprudence eſt reçue au parlement de Toulouſe.*
14. *Au parlement de Provence, le ſeigneur eſt préférable au vendeur, à la réſerve de la légitime des freres du vendeur.*
15. *La même juriſprudence à lieu à l'égard des bénéficiers.*
16. *Les auteurs des pays de coutume tiennent, que le ſeigneur a hypothéque pour tous les droits du paſſé.*
17. *Chopin dit que cela a lieu pour le ſucceſſeur au bénéfice, ſauf ſon recours.*

QUESTION LXIII.

Du droit de leyde, que Meſſieurs de ſaint Jean de Lyon ont droit de prendre ſur le ſel qu'on décharge dans la ville de Lyon, & comment il doit être payé.

SOMMAIRE.

1. *Le chapitre de ſaint Jean de Lyon a droit de leyde ſur le ſel qui entre dans la ville de Lyon.*
2. *Arrêt de la cour des aydes, du 25 octobre 1655, qui l'a ainſi jugé.*
3. *Etymologie du mot de leyde, & de ſa ſignification dans les différentes provinces.*
4. *Avis pour retrancher au bourreau les droits qu'il léve dans les marchés.*

QUESTION LXIV.

Du droit de cartelage ou coponage appartenant à Meſſieurs de ſaint Jean de Lyon, ſur le bled qu'on y décharge & livre aux marchands ou bourgeois de ladite ville.

SOMMAIRE.

1. *Ce droit eſt dû ſur le bled qui ſe vend à la grenette de la ville de Lyon.*
2. *Arrêt du parlement du 20 mai 1656, qui a maintenu le chapitre de ſaint Jean dans ce droit.*

BIU Cujas

3. *Explication des mots* cartelage & coponage.

QUESTION LXV.

Du droit de blairie, & de quelle sorte il est exigible sur une paroisse ou communauté.

SOMMAIRE.

1. *définition du droit de blairie.*
2. *La coutume de Nivernois en a un titre exprès.*
3. *Les nobles sont sujets à ce droit.*
4. *Arrêt du parlement, du 14 juillet 1657, qui maintient les célestins de Vichi dans ce droit, & qui en régle la forme du payement.*
5. *Ce droit n'est pas en usage dans les pays de droit écrit.*

QUESTION LXVI.

Du droit de prélation, & s'il a lieu pour les fonds de roture, en faveur du seigneur direct.

SOMMAIRE.

1. *Dans le pays de Forez, le retrait censuel n'a pas lieu.*
2. *Le retrait lignager n'a pas lieu en Forez.*
3. *Eloge de M. Papon, & son sentiment sur cette question.*
4. *Eloge de M. Henrys, & sa longue expérience.*
5. *Le retrait censuel n'a pas lieu dans le Lyonnois, Forez, Beaujolois, Dauphiné & Provence.*
6. *Il a lieu dans le parlement de Toulouse & de Bordeaux.*
7. *Le retrait féodal a lieu dans le Lyonnois, Forez & Beaujolois.*

QUESTION LXVII.

De la taille aux quatre cas, & réglement notable pour la condamnation des arrérages des cens.

SOMMAIRE.

1. *Les seigneurs ne peuvent prétendre la taille aux quatre cas, s'ils n'y sont fondés par leurs terriers.*
2. *La taille dûe pour le mariage des filles ne doit être que du double du cens.*
3. *Dans le Lyonnois le cens n'est pas entierement solidaire, il faut donner un tems aux emphitéotes pour s'égaler.*
4. *Les seigneurs ne peuvent demander vingt-neuf années d'arrérages de cens, qu'en rapportant livre, & papiers censiers en bonne forme.*
5. *Arrêt du 28 mars 1637, qui juge toutes ces questions.*
6. *Ancien arrêt en latin, du 4 mars 1474, qui juge que dans le Forez, les seigneurs n'y peuvent prétendre la taille aux quatre cas, si ce droit n'est expressément porté par leurs terriers.*
7. *Eloge des auciens arrêts.*
8. *Réflexions sur la longueur des arrêts de ce tems.*
9. *Dans les provinces du Lyonnois, Forez & Beaujolois, les seigneurs ont droit de demander vingt-neuf années d'arrérages de cens, quoiqu'ils ne rapportent point de livres.*
10. *Arrêt du 13 juin 1695, en faveur du sieur de Villeneuve, Baron de Joux en Beaujolois, qui l'a ainsi jugé.*
11. *Autre arrêt du 27 février 1701, en faveur du sieur Pianello, seigneur de la Valette en Forez, qui a jugé la même chose.*
12. *Les intérêts des arrérages du cens sont dûs du jour de la demande, dans les parlemens de Paris & de Bordeaux.*
13. *Dans le Beaujolois, les intérêts des arrérages du cens ne sont dûs qu'après la liquidation, en vertu d'une seconde demande.*
14. *Au parlement de Toulouse l'on accorde les intérêts des arrérages du cens au fermier, du jour de la demande, mais non au seigneur.*
15. *Pour ce qui est des intérêts des lods, ils se réglent dans les provinces du Lyonnois, Forez & Beaujolois, comme les intérêts des arrérages du cens.*
16. *Au parlement de Toulouse, l'on ne donne point les intérêts des lods.*
17. *Au parlement de Provence, on les adjuge du jour de la demande.*

QUESTION LXVIII.

Du droit de quête, & s'il se peut prescrire par le non-usage.

SOMMAIRE.

1. *Le droit de quête est le même que celui de taille.*
2. *Il y a deux sortes de quêtes; l'une annuelle & certaine, & l'autre casuelle & incertaine.*
3. *La premiere est sujette à prescription, l'autre est imprescriptible.*
4. *Les tailles dans leur origine n'étoient que de simple courtoisie.*
5. *A présent que le roi léve des tailles excessives, celles des seigneurs ne sont pas favorables.*
6. *Des auteurs qui ont traité de l'origine des tailles seigneuriales.*
7. *Dans les pays de droit écrit, les seigneurs ne peuvent avoir droit de taille, s'ils n'y sont fondés en titres exprès.*
8. *Il suffit que dans les anciens terriers il soit dit que les emphitéotes sont taillables.*
9. *Des cas où les seigneurs peuvent lever la taille.*
10. *De tous les ordres de chevalerie, il n'y a que celui du Saint-Esprit qui donne droit de lever la taille.*

BIU Cujas

11. *Dans le cas du mariage des filles, ce droit n'eſt dû que pour le mariage de l'aînée.*
12. *Ce droit n'eſt pas dû pour le mariage ſpirituel.*
13. *Ce droit n'eſt pas dû pour le mariage de la fille bâtarde.*
14. *Ce droit eſt dû pour le mariage de la ſœur, quand le frere eſt obligé de la doter.*
15. *De l'origine des coutumes.*
16. *Ce droit n'eſt plus dû pour la rançon du ſeigneur.*
17. *Ce droit n'eſt pas dû pour la mutation du ſeigneur, ni pour l'acquiſition d'une terre, ſi les anciens terriers ne le portent expreſſément.*
18. *Il y a deux ſortes de taille; l'une perſonnelle, & l'autre réelle.*
19. *Les eccléſiaſtiques & les nobles ſont exempts de la premiere, mais ils ſont ſujets à la ſeconde.*
20. *La taille perſonnelle, quand le cas arrive, ſe régle au double du cens.*
21. *Le droit de la taille perſonnelle & caſuelle ne ſe peut acquérir, ni ſe perdre par la preſcription.*

QUESTION LXIX.

Du droit de main-morte, & comment ſe doit entendre cette condition, *ſi ſine legitimis hæredibus.*

SOMMAIRE.

1. *Si le droit de main-morte eſt dû, quand le ſujet main-mortable laiſſe des héritiers collatéraux.*
2. *Raiſons du ſeigneur.*
3. *Raiſons des emphitéotes.*
4. *M. Antoine Colombet, avocat au bailliage de Bourg, a fait un traité ſingulier du droit de main-morte.*
5. *Arrêt du 22 mai 1632, qui confirme la ſentence du bailli du Chaufour, pour ce qui concerne la taille pour l'ordre de Saint Michel, & interloque ſur le droit de main-morte.*
6. *L'ordre de Saint Michel n'eſt pas ſuffiſant pour donner droit de lever la taille.*
7. *Ce que c'eſt que le droit de mariage.*
8. *Il y a deux ſortes de droit de main-morte, l'un royal & l'autre ſeigneurial.*
9. *Auteurs qui ont traité du droit royal de main-morte.*
10. *Auteurs qui ont traité du droit ſeigneurial de main-morte.*
11. *Le droit de main-morte n'a pas lieu dans les pays de droit écrit, ſans un titre exprès.*
12. *Quand le titre porte* ſine legitimis hæredibus, *les héritiers collatéraux excluent le ſeigneur.*
13. *Réflexions ſur l'arrêt qui a interloqué pour ſavoir ſi ce droit avoit lieu dans la partie de la terre d'Uſſon, étant en Forez.*
14. *Détention de la reine marguerite dans le château d'Uſſon.*

QUESTION LXX.

Si un héritage ayant été conſtitué en dot par un pere, avec faculté au mari, en cas de reſtitution, de le retenir, en rendant le prix de l'eſtimation, le lod en peut être demandé; & explication de l'article 16, du titre 16 de la coutume d'Auvergne.

SOMMAIRE.

1. *Si les lods ſont dûs d'un héritage donné en dot, avec faculté au mari de le retenir pour un certain prix.*
2. *Raiſons pour établir, que les lods ſont dûs en ſemblable cas.*
3. *Raiſons & autorités pour montrer qu'il n'eſt point dû de lods en ſemblable occaſion.*
4. *Avis de l'auteur, qu'il n'eſt rien dû en ſemblable cas.*
5. *Savoir ſi, quand la conſtitution a été faite en deniers, & payée après en héritages, il eſt dû des lods.*
6. *Diſtinction de l'auteur, entre le payement fait par le pere ou par le frere; dans le premier cas il n'eſt rien dû; dans le ſecond le lod eſt dû.*
7. *Dans les pays où les mi-lods ſont en uſage, il n'eſt dû qu'un mi-lod pour un héritage eſtimé conſtitué en dot par des collatéraux.*
8. *Quand la femme ſe conſtitue elle-même ſa dot, il n'eſt rien dû, quoique les héritages ſoient eſtimés, & que le mari ait la faculté de les retenir pour le prix de l'eſtimation.*
9. *Il n'eſt rien dû pour les héritages donnés en payement de la dot conſtituée par les peres ou meres, en quelque tems, & par qui que ce ſoit que le payement ſe faſſe.*
10. *Quand les peres ou meres donnent une terre en dot à leur fille, à la charge de payer une ſomme à leurs créanciers, il n'eſt rien dû.*
11. *Quand les aſcendans donnent tous leurs biens, ou une partie en dot à un de leurs enfans, à la charge de payer la légitime aux autres, il n'eſt rien dû.*
12. Idem, *pour la dot ſpirituelle.*
13. *Il n'eſt rien dû quand le frere, en payement de la dot de ſa ſœur, lui donne des héritages de la ſucceſſion de leur mere commune.*
14. *Quand le ſurvivant des pere & mere inſtitué, à la charge de rendre à un de leurs enfans, leur donne en dot des héritages du défunt, il n'eſt rien dû.*
15. *Dans aucun cas il n'eſt rien dû pour les héritages donnés en payement de la dot,*

BIU Cujas

de quelque maniere qu'elle ait été conſtituée.
16. *Quand le frere puîné vient à la ſubſtitution, & qu'il donne des héritages en payement de la dot des filles de ſon frere aîné, il n'eſt rien dû.*
17. *Il faut dire la même choſe, quand un parent collatéral eſt appellé à la ſubſtitution.*
18. *Au parlement de Toulouſe, quand on donne au mari un héritage pour le payement de la dot de ſa femme, tant en principal qu'intérêts, les lods ſont dûs juſqu'à concurrence des intérêts.*
19. *Au parlement de Paris, les intérêts de la dot ont le même privilége que le principal; ainſi dans ce cas, les lods ne ſont point dûs.*

QUESTION LXXI.

De la contribution aux réparations du château du ſeigneur, & ſi les forains en ſont tenus.

SOMMAIRE.

1. *Sentiment de Guy Pape, touchant les réparations du château; il tient que les forains y doivent contribuer pour moitié.*
2. *M. Henrys diſtingue entre les forains qui ont des fermes ſur le lieu, & ceux qui poſſédent ſeulement des héritages ſans aucun manoir.*
3. *M. Expilly ſoutient, que les forains ſont tenus de contribuer aux réparations de l'égliſe.*
4. *Theſaurus eſt d'avis contraire, il porte le même jugement des réparations des égliſes, que de celles des châteaux.*
5. *Arrêt du premier juin 1619, qui a jugé que les habitans des villages voiſins d'une ville, ne ſont pas tenus à la garde, ni aux réparations des murs de la ville.*
6. *Arrêt du premier février 1658, qui a déchargé les forains, de la contribution aux réparations du château.*
7. *Sentence du bailliage de Montbriſon, ſur laquelle l'arrêt eſt intervenu.*
8. *Explication du fait & des titres du ſeigneur.*
9. *Toutes ſortes de perſonnes ſans diſtinction, ſont tenues aux réparations du château.*
10. *A préſent le droit de guet & garde doit ceſſer.*
11. *Arrêt du parlement de Toulouſe, qui l'a ainſi jugé.*
12. *Auteurs qui ont traité des réparations des châteaux, & du guet & garde.*

QUESTION LXXII.

Si l'obligation des lods ſuit indifféremment le tenancier; ſi elle peut preſcrire par dix ans; s'il y échéoit diſcuſſion, & comme le cens eſt indivis ſur tout un tenement, ſi l'hypothéque des lods peut être indiviſe.

SOMMAIRE.

1. *Le ſeigneur a hypothéque ſur le fond, pour tous les lods des mutations précédentes.*
2. *L'action du ſeigneur contre le nouvel acquéreur dure trente ans.*
3. *L'action du ſeigneur pour le payement des lods, n'eſt pas ſolidaire.*
4. *Arrêt du 14 août 1634, qui a jugé que l'action du ſeigneur dure trente ans, mais qu'elle n'eſt pas ſolidaire.*
5. *Avis de l'auteur des obſervations, que l'action du ſeigneur contre le nouvel acquéreur, ne dure que dix ans.*
6. *Arrêt du 26 mai 1601, qui l'a ainſi jugé.*
7. *Autre arrêt du 15 février 1647, qui a jugé de même.*
8. *Autre arrêt du juin 1692, ſemblable.*
9. *Eloge de Meſſieurs Duguet.*
10. Factum *de M. Duguet, ſur lequel eſt intervenu le troiſiéme arrêt.*
11. *L'hypothéque pour le payement des lods n'eſt pas ſolidaire.*
12. *L'hypothéque pour le payement des arrérages du cens eſt ſolidaire; mais le ſeigneur eſt obligé de donner au cenſitaire un délai ſuffiſant pour s'égaler avec ſes créanciers.*
13. *Arrêt du 31 mars 1700, qui a jugé que quand le ſeigneur a reçu le cens diviſément, il ne peut plus uſer de ſolidité.*
14. *Dans le Dauphiné, le cens n'eſt pas ſolidaire.*
15. *Les ſeigneurs ne ſont point obligés de tenir des livres ou papiers cueillerets.*

QUESTION LXXIII.

Quando liceat ab emptione diſcedere, ſans que le ſeigneur direct puiſſe demander le lod.

SOMMAIRE.

1. *Suivant la diſpoſition du droit, il eſt libre aux contractans de ſe départir du contrat avant la tradition*, & rebus integris.
2. *Eſpece ſur laquelle l'arrêt ſuivant eſt intervenu.*
3. *Raiſons du ſeigneur, pour ſoutenir que les lods ſont dûs, quand les contractans ſe départent du contrat après ſa perfection.*
4. *Raiſons contraires de la part du vendeur.*
5. *Sentiment de l'auteur, que pour donner ouverture aux lods, il faut que deux choſes concourrent, la tranſlation de la propriété, & la priſe de poſſeſſion.*

BIU Cujas

6. *Arrêt du février 1630, qui juge que les lods ne ſont pas dûs, quand les parties ſe départent du contrat, avant que l'acquéreur ait pris poſſeſſion.*
7. *Cette maxime reçoit deux diſtinctions, 1°. Quand la réſolution du contrat procéde de la volonté des parties. 2°. Quand elle vient des clauſes du contrat.*
8. *Tous les auteurs conviennent que quand les parties ſe départent du contrat, dans un bref intervale, les lods ne ſont pas dûs.*
9. *La difficulté conſiſte à déterminer cet intervale.*
10. *Diſpoſition des coutumes à cet égard.*
11. *Sentiment des auteurs ſur cette queſtion.*
12. *Quand les parties ſe départent du contrat après la priſe de poſſeſſion, & un long intervale, il eſt dû doubles lods.*
13. *Réſolution du contrat procédant des clauſes d'icelui, ſi la vente eſt faite ſous condition, & qu'elle manque, les lods ne ſont pas dûs.*
14. *Il faut dire la même choſe des conditions tacites, que des expreſſes.*
15. *Les lods ne ſont pas dûs, quand dans le contrat il y a le pacte de la loi commiſſoire.*
16. Idem ex pacto in diem addictionis.
17. *Quand il y a faculté de remeré, & qu'elle eſt exercée dans le tems.*
18. *De la réſolution du contrat en vertu de la loi.*
19. *Quand une donation eſt révoquée par ſurvenance d'enfans, le donateur qui rentre dans ſes héritages ne doit rien.*
20. Idem, *pour la révocation pour cauſe d'ingratitude, ou par droit de réverſion.*
21. Idem, *quand une donation faite à la charge de penſion, eſt révoquée, faute de payement de la penſion.*
22. *Quand le contrat eſt réſolu par le miniſtere du juge, les lods ne ſont point dûs; & s'ils ont été payés, ils peuvent être répetés.*
23. *Quand le contrat eſt réſolu faute de payement, les auteurs ſont partagés : la plus ſaine opinion eſt que les droits ſont dûs pour la vente; mais que le vendeur, qui rentre dans ſon héritage, ne doit rien.*
24. *Savoir, ſi en ce cas le vendeur qui rentre dans ſon héritage, doit payer les droits dûs par l'acquéreur. Dans la coutume de Paris, il faut diſtinguer entre les fiefs & les rotures.*
25. *Dans les pays de droit écrit, le vendeur eſt tenu de payer, ſauf ſon recours.*
26. *Diſtinction entre le contrat de vente & les autres contrats, par rapport aux droits ſeigneuriaux.*
27. *Eloge de M. Charles du Moulin.*
28. *Louange de la coutume de Paris, au ſujet des droits ſeigneuriaux.*
29. *Nouvelles obſervations, pour prouver qu'il n'eſt rien dû, lorſque la vente eſt réſolue, faute de payement.*

QUESTION LXXIV.

De l'alluvion, & du droit que les fleuves donnent aux ſeigneurs hauts-juſticiers, en changeant de cours.

SOMMAIRE.

1. *Les fleuves comparés à la fortune, qui donne aux uns & ôte aux autres.*
2. *La véritable alluvion eſt* incrementum latens.
3. *Quand le changement ſe fait* vi fluminis, *il n'eſt pas juſte de l'ôter au propriétaire pour le donner à un autre.*
4. *Le droit Romain diſtingue entre les héritages limités & les autres.*
5. *A préſent les fonds ayant été donnés par les ſeigneurs, limités, le droit d'alluvion ne peut pas avoir lieu.*
6. *Les accroiſſemens qui arrivent par le moyen des fleuves, appartiennent au ſeigneur haut-juſticier.*
7. *Il en faut excepter les accroiſſemens qui arrivent dans les fleuves navigables.*
8. *En Forez, la riviere de Loire n'eſt pas navigable.*
9. *Opinion de du Moulin ſur cette queſtion, il donne le droit d'alluvion au ſeigneur cenſier.*
10. *Sentence du bailliage de Montbriſon, qui juge que les accroiſſemens faits par la riviere de Loire, appartiennent au ſeigneur.*
11. *Arrêt confirmatif.*
12. *Opinion de du Moulin, réfutée par M. du Perrier, qui a le gout fin.*

QUESTION LXXV.

Si le débiteur d'une rente conſtituée, baillant ſon héritage en échange d'icelle, & pour en demeurer quitte, le lod en eſt dû.

SOMMAIRE.

1. *Quand le débiteur d'une rente donne un héritage en payement d'icelle, les lods ſont dûs.*
2. *Opinion de du Moulin ſur cette queſtion.*
3. *Opinion de d'Argentré ſur la même queſtion.*
4. *Opinion de l'auteur, qu'en ce cas les lods ſont dûs.*
5. *Cette queſtion eſt à préſent inutile.*
6. *La matiere des droits ſeigneuriaux eſt très-importante & difficile dans les pays de droit écrit.*

Antichrèſe.

7. *Définition de l'antichrèſe dans le droit.*
8. *Dans les pays de droit écrit, c'eſt une eſpece de miſe en poſſeſſion.*
9. *Tous les contrats qui ne transferent pas la propriété, ne produiſent point de lods.*
10. *L'antichrèſe n'étant qu'un ſimple engagement, ne peut donner ouverture aux lods.*

BIU Cujas

11. *Premiere exception, quand il y a de la fraude.*
12. *Deuxieme exception, quand l'antichrèſe excéde dix ans.*
13. *Troiſieme exception, quand le créancier a joui plus de dix ans.*
14. *Quatriéme, il n'eſt pas permis de proroger de remiſe de l'antichrèſe.*
15. *Arrêt du parlement de Toulouſe, du 5 mai 1665, qui l'a ainſi jugé.*
16. *Arrêt du parlement de Paris, du 12 mai 1703, qui l'a jugé de même.*
17. *La femme qui jouit des biens de ſon mari par antichrèſe, pour le payement de ſon augment, ne doit rien.*
18. *Quand la femme jouit par antichrèſe pour le payement de ſa dot, elle ne doit rien pendant la vie de ſon mari.*
19. *Explication des arrêts, par leſquels l'on prétend qu'il a été jugé, que les lods ſont dûs pour les adjudications, par forme d'antichrèſe, faites aux femmes.*
20. *Quand celui qui jouit par antichrèſe diſpoſe des biens, il doit des lods.*
21. *Quand l'antichrèſe eſt frauduleuſe, les lods appartiennent au fermier qui étoit au tems du contrat.*
22. *Hors les exceptions ci-deſſus, la femme qui jouit par antichrèſe, ne doit rien.*
23. *La femme qui jouit par antichrèſe pour le payement de ſon augment, ne doit rien pour ſa portion virile.*
24. *Concluſion qui tend à dire, que la femme qui jouit des biens de ſon mari par antichrèſe, ne doit rien dans aucun cas.*
25. *Expédient pour éviter les lods en ſemblable cas.*
26. *Quand la femme prend en payement les héritages acquis de ſes deniers dotaux, elle ne doit point de lods.*
27. *Exemple tiré de la communauté.*

Mi-lods.

28. *La matiere des mi-lods n'eſt pas encore bien débrouillée.*
29. *Dans les provinces du Lyonnois & du Forez, les mi-lods ſont dûs à toutes mutations en collatérale.*
30. *Premiere exception entre freres & ſœurs, quand l'un décéde avant le partage.*
31. Idem, *quand après le décès de l'un des freres, le partage eſt caſſé.*
32. Idem, *quand le partage eſt fait entre mineurs.*
33. *Deuxiéme exception, en cas de renonciation par l'un des enfans.*
34. *Troiſiéme exception, quand l'un des freres cede ſa portion héréditaire à un autre.*

Antichrèſe. Mi-lods.

35. *Réguliérement les mi-lods ne ſont pas dûs en ligne directe.*
36. *Les arrêts ont jugé, que ces mots,* cum recognitionibus, *qui ſe trouvent dans les anciens terriers, emportent un mi-lod.*
37. *Les parlemens de Toulouſe & de Bordeaux ont fixé le droit d'acapte au double cens.*
38. *Le parlement de Paris a fixé le mi-lod en direct au douzieme denier de la valeur des héritages.*
39. *Dans les coutumes où il eſt dû des droits à toutes mutations, il n'eſt rien dû pour les mutations qui arrivent de la part des ſeigneurs.*
40. *M. d'Olive dit, qu'au parlement de Toulouſe, le droit d'acapte n'eſt point dû par la mutation des ſeigneurs.*
41. *M. Catelan rapporte des arrêts contraires.*
42. *Le parlement de Paris juge que le mot de* reconnoiſſance de pere à fils, *emporte mi-lods à toutes mutations des emphitéotes & des ſeigneurs.*
43. *Dans la coutume d'Orléans, le droit de* relevoiſons à plaiſirs, *n'eſt pas dû par la mutation des ſeigneurs.*
44. *Les mi-lods ne ſont pas dûs, quand le ſeigneur vend ſa terre.*
45. *Ils ne ſont pas dûs non plus, quand il en diſpoſe par donation entre-vifs en ligne directe.*
46. Idem, *en collatérale.*
47. *Ce droit n'eſt dû pour les mutations de la part des ſeigneurs, que par la mort naturelle, & non par la mort civile.*
48. *Ce droit eſt dû pour la mutation des emphitéotes, quand le pere donne tous ſes biens à ſon fils.*
49. *Il n'eſt rien dû pour les donations particulieres, faites par le pere à ſon fils, en faveur du mariage.*
50. *Cela ſe juge ainſi au parlement de Toulouſe.*
51. *A l'égard des autres donations, le droit eſt dû, mais ſeulement après la mort du pere.*
52. *Cela a été ainſi jugé dans la coutume d'Orléans.*
53. *La coutume de Blois l'a décidé ainſi.*
54. *S'il arrive pluſieurs mutations dans une année, il ne ſera dû qu'un ſeul droit.*
55. *Eloge de du Moulin & de Pontanus.*
56. *Critique des coutumes.*
57. *Le parlement de Toulouſe juge, que pour pluſieurs mutations arrivées dans la même année, il n'eſt dû qu'un ſeul droit d'acapte.*
58. *Le parlement de Bordeaux juge qu'il n'eſt dû qu'un ſeul droit d'acapte, pour toutes les mutations qui arrivent en dix ans.*
59. *Il n'eſt dû qu'un droit de mi-lod pour les diſpoſitions faites aux étrangers.*
60. *Il n'eſt rien dû pour les diſpoſitions univerſelles ou particulieres, faites au profit des pauvres.*
61. *Il n'eſt rien dû non plus pour les diſpoſitions faites ponr le bien des égliſes paroiſſiales, ou pour l'utilité publique.*

BIU Cujas

LIVRE QUATRIÉME.

QUESTION PREMIERE.

Si la seule minorité suffit pour la restitution en entier, & s'il est nécessaire, avant que de casser le contrat, d'entrer en connoissance de cause de la lésion.

SOMMAIRE.

1. *Les mineurs ne doivent pas être restitués sur le fondement de la seule minorité, il faut qu'il y ait lésion.*
2. *Espéce de l'affaire sur laquelle l'arrêt suivant est intervenu.*
3. *Les transactions sont favorables ; celles passées avec les mineurs ne doivent pas être rescindées, s'il n'y a une lésion évidente.*
4. *La lésion ne doit pas se présumer dans les transactions passées par le pere, en qualité de légitime administrateur de ses enfans.*
5. *Arrêt du 3 mars 1629, qui a ordonné l'exécution d'une transaction passée par un pere pour ses enfans mineurs.*
6. *Autre arrêt du 6 avril 1623, qui a interloqué, pour connoître s'il y avoit de la lésion dans une transaction passée par une mere tutrice de ses enfans.*
7. *La transaction doit être entretenue, jusqu'à ce que la lésion ait été prouvée.*
8. *Il y a plusieurs cas où la lésion n'a pas besoin d'être instituée.*
9. 1°. *Dans le cas de l'acceptation d'une succession faite par un mineur purement & simplement.*
10. 2°. *Dans le cas d'un emprunt fait par un mineur.*
11. 3°. *Dans le cas de l'aliénation des immeubles des mineurs.*
12. 4°. *Dans le cas d'une donation entre-vifs par un mineur.*

QUESTION II.

Si une personne majeure, qui a accepté une hoirie purement & simplement, en peut être relevée, & reçue à la répudier en comptant de ce qu'elle a manié.

SOMMAIRE.

1. *Espéce du procès, sur lequel l'arrêt qui suit est intervenu.*
2. *Raisons & autorités pour montrer qu'une personne majeure qui a accepté une succession qui paroissoit bonne, & qui devient mauvaise par le hasard des jugemens, doit être restituée.*
3. *Raisons & autorités contraires.*
4. *Arrêt du 24 juillet 1635, qui a enthériné les lettres.*

QUESTION III.

Si la mere qui s'est obligée pour son fils mineur, venant icelui à se faire relever, peut en conséquence parvenir à la même restitution en entier.

SOMMAIRE.

1. *Espéce du fait dont il étoit question.*
2. *Raisons de la mere, pour montrer que s'étant obligée, par rapport à une succession acceptée par son fils, qui depuis s'étoit fait restituer contre son acceptation, elle devoit être aussi restituée contre son engagement.*
3. *Raisons contraires du créancier, pour établir que dans cette occasion le bénéfice de restitution accordé au fils, ne peut servir à la mere.*
4. *Les juges jugent différemment, suivant les différentes circonstances, & ne doivent pas s'attacher trop scrupuleusement aux minuties du fait.*
5. *Arrêt du 7 septembre 1635, qui a débouté la mere de ses lettres.*

QUESTION IV.

Si la donation faite par un pere à sa fille, peut être valable, ladite fille ayant par acte séparé, mais à l'instant déclaré ne s'en vouloir servir.

Si la fille peut être relevée de cette déclaration, pour n'avoir été autorisée de son mari.

SOMMAIRE.

1. *Si la contre-lettre donnée à l'instant d'une donation faite par un pere à sa fille mariée, sans être autorisée par son mari, est valable.*
2. *Espéce du fait qui donne lieu à la question.*
3. *Avis judicieux de M. Henrys en qualité d'avocat des parties.*
4. *Sentence du bailli de Forez, qui juge que la donation n'est pas valable au moyen de la contre-lettre.*
5. *Moyens d'appel de la fille donataire, contenant les raisons & les autorités, pour montrer que la donation doit subsister, nonobstant la contre-lettre, faute par la femme d'avoir été autorisée par son mari, pour passer la contre-lettre.*
6. *Moyens des intimés, avec les raisons & les autorités, pour établir que la donation & la contre-lettre ayant été faites en même tems, on ne peut les diviser.*
7. *Arrêt du 7 mars 1620, qui confirme la sentence en ce chef.*
8. *Avis de M. Henrys, en qualité de jurisc-*

BIU Cujas

consulte, contenant une ſçavante diſſertation ſur cette queſtion.
9. *Les contre-lettres ſont valables contre toutes ſortes d'actes, à la réſerve des contrats de mariage.*
10. *Raiſon pourquoi les contre-lettres ne ſont pas valables à l'égard des contrats de mariage.*

QUESTION V.

Si les loix *ab Anaſtaſio, & per diverſas, cod. mandati*, ont lieu pour toute ceſſion de droits.

SOMMAIRE.

1. *Diſtinction entre les ceſſions de droits litigieux, & de ceux qui ne le ſont pas.*
2. *Eſpéce du fait, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
3. *Sentence du bailli de Forez, qui interloque ſur la vérité du prix de la ceſſion.*
4. *Arrêt du 22 juin 1624, qui infirme la ſentence en ce chef.*
5. *La diſtinction des droits litigieux d'avec ceux qui ne le ſont pas, improuvée.*
6. *La diſtinction entre co-héritiers avant ou après le partage, improuvée.*
7. *Arrêt du 31 décembre 1695, qui a infirmé la ſentence du ſénéchal de Lyon, laquelle avoit admis les co-héritiers à faire preuve par témoins de la vérité du prix de la ceſſion.*
8. *Les arrêts autoriſent les ceſſions des droits ſeigneuriaux.*

QUESTION VI.

Si le bénéfice des loix ſuſdites a lieu contre un créancier qui prend un tranſport d'un droit litigieux pour moindre ſomme.

SOMMAIRE.

1. *La caution eſt recevable à offrir de payer au ceſſionnaire le juſte prix du tranſport.*

QUESTION VII.

Si, prenant l'intérêt du receveur des conſignations, il y a novation.

SOMMAIRE.

1. *Un créancier utilement colloqué, qui, au lieu de faire payer par le receveur des conſignations, ſe contente de recevoir de lui les intérêts, fait novation.*
2. *Le dépôt change de nature, lorſque le dépoſant reçoit les intérêts de la ſomme par lui dépoſée.*
3. *Aucun créancier ne fait novation ſans une déclaration expreſſe.*
4. *Quand le receveur des conſignations eſt en demeure de payer, il doit les intérêts.*
5. *Arrêt du 7 ſeptembre 1627, qui juge, que la caution eſt recevable à rembourſer le prix de la ceſſion ſans aucun intérêt.*
6. *Le cédant d'une dette n'eſt pas garant de la ſolvabilité d'un débiteur, ſans une ſtipulation expreſſe.*
7. *Alphonſe Olea, juriſconſulte Eſpagnol, a fait un traité* ex profeſſo de ceſſione jurium & actionum.

QUESTION VIII.

Si la femme mariée peut intervenir, & s'obliger pour le fait du mari; aliéner ou engager ſes biens dotaux en pays de droit écrit.
Si la prohibition de la loi *Julia* ceſſe quand la femme renonce à ce privilége.

SOMMAIRE.

1. *Epéce du fait, ſur laquelle l'arrêt ſuivant eſt intervenu.*
2. *Plaidoyer de l'avocat de la femme.*
3. *Plaidoyer de l'avocat de la créanciere.*
4. *Réplique de l'avocat de la femme.*
5. *Réplique de l'avocat de la créanciere.*
6. *Sentence du bailli de Forez, qui enthérine les lettres de la femme.*
7. *Arrêt du 26 janvier 1621, confirmatif de la ſentence.*
8. *Diſſertation de l'auteur, avec pluſieurs raiſons & autorités, pour établir que les femmes peuvent obliger leurs biens dotaux.*
9. *Raiſons & autorités contraires, pour montrer que les femmes ne peuvent point obliger leurs biens dotaux.*
10. *Sentiment de l'auteur, que les femmes peuvent obliger leurs biens dotaux.*
11. *Arrêt du 14 juin 1636, confirmatif de la ſentence du bailli de Forez, qui avoit débouté une femme de ſes lettres.*
12. *Pluſieurs autres arrêts contraires.*
13. *Edit du mois d'avril 1664, qui abroge la loi julia* de fundo dotali, *dans le Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois.*
14. *Arrêt d'enregiſtrement de l'édit du 20 août 1664, nonobſtant l'oppoſition de pluſieurs femmes de Lyon.*
15. *Arrêt particulier, du 7 ſeptembre 1664, confirmatif de la ſentence du ſénéchal de Lyon, qui avoit débouté une femme de ſes lettres.*
16. *De la cauſe qui a donné lieu à cet édit.*
17. *Des différences qu'il y a entre la loi julia* de fundo dotali, *& le juriſconſulte Velleïen.*
18. *Le juriſconſulte Velleïen abrogé avec raiſon.*
19. *Utilité de la loi julia*, de fundo dotali.
20. *La loi julia*, de fundo dotali, *eſt obſervée dans tous les parlemens de droit écrit.*

QUESTION IX.

Si la dot eſt toujours reſtituable dans l'an, ſuivant la diſpoſition du droit.

Si cette

BIU Cujas

Si cette régle peut être altérée par une convention contraire, que la dot ne sera rendue, qu'aux mêmes termes qu'elle étoit payable.

SOMMAIRE.

1. *Si, quand la dot a été stipulée payable en plusieurs & différens termes, l'intérêt ne doit être payé qu'à mesure des termes que que la dot a été payée.*
2. *Raisons de la femme, pour montrer que les intérêts de sa dot lui doivent être payés une année après le décès de son mari.*
3. *Raisons du créancier, pour établir que les intérêts ne doivent être payés qu'à proportion des payemens de la dot.*
4. *Sentence du bailli de Forez, qui juge en faveur de la femme, infirmée par l'arrêt rapporté sur la question suivante.*
5. *Dans l'ancien droit, la restitution de la dot se faisoit en trois termes, & par la constitution de Justinien, après l'an.*
6. *Cette forme de payement ne peut être changée par aucune convention.*

QUESTION X.

Si on peut stipuler terme pour l'augment, ou s'il est payable du jour du décès du mari, ou de l'an révolu, pour donner cours aux intérêts.

SOMMAIRE.

1. *Les intérêts de l'augment sont dûs après l'an révolu sans demande.*
2. *Si le payement de l'augment peut être stipulé autrement.*
3. *L'augment peut être stipulé payable dans les mêmes termes que la dot.*
4. *Arrêt du 20 mai 1619, qui a comfirmé la convention de payer la dot, & l'augment dans les termes convenus par le contrat de mariage.*
5. *Le payement de l'augment ne dépend point de celui de la dot.*
6. *L'usage de la province, qui donne les interêts de l'augment sans demande n'est pas conforme à la loi.*
7. *Dans les parlemens de droit écrit, les interêts de l'augment ne sont dûs que depuis la demande.*
8. *Au parlement de Paris, ils ne sont dûs contre un tiers-acquereur, que du jour de la demande.*
9. *Les interêts de l'augment se prennent sur les biens substitués.*

QUESTION XI.

Si le pere donnant par son testament quelque somme par forme de suplément à la fille qui a renoncé, la rappelle par ce moyen à sa succession ou demande du droit de légitime.

SOMMAIRE.

1. *Arrêt prononcé en robe rouge en 1575, qui a autorisé les renonciations des filles dans la province de Forez.*
2. *Il est loisible aux peres & meres de rappeller leurs filles qui ont renoncé.*
3. *Savoir si, le pere donnant quelque chose par son testament à sa fille, est censé l'avoir rappellée.*
4. *Raisons pour l'affirmative.*
5. *Raisons pour la négative.*
6. *Le rappel doit être exprès, un legs n'est pas suffisant.*
7. *Il y a des coutumes qui permettent le rappel.*
8. *Réflexions de Coquille & d'Argentré sur les arrêts.*
9. *Eloge de M. le Brun, & de son traité des successions.*

QUESTION XII.

Si le pere donnant pouvoir à la mere d'augmenter la constitution des filles qui ont renoncé, les rappelle par ce moyen : & si l'augmentation doit être faite à concurrence de la légitime.

SOMMAIRE.

1. *Si le pere, donnant pouvoir à sa femme d'augmenter les legs par lui faits à ses filles, est censé les avoir rappellées.*
2. *Sentence arbitrale des avocats de Lyon, qui juge, que les legs doivent être augmentés jusqu'à concurrence de la légitime.*
3. *Moyens des filles.*
4. *Moyens de l'héritier.*
5. *Avis de l'auteur en faveur des filles.*
6. *Menochius a traité du pouvoir laissé à un tiers* arbitrio boni viri.
7. *Il y a de la justice de ne pas priver les filles de leur légitime*
8. *Dans les parlemens de Toulouse, Grenoble & Provence, les filles qui ont renoncé ont droit de demander un supplément de légitime.*
9. *Au parlement de Bordeaux la jurisprudence varie.*
10. *Dans les parlemens où l'on restitue les filles contre leur renonciation, le tems pour la restitution, ne court point pendant le mariage de la fille.*
11. *Il y a plusieurs coutumes qui accordent aux filles qui ont renoncé, un supplément de légitime.*
12. *Savoir si une fille de Lyon peut demander un supplément de légitime sur les biens de son pere situés en Dauphiné.*
13. *C'est une maxime certaine, que les statuts qui privent les filles du supplément de légitime, sont de droit étroit.*
14. *Distinction entre les renonciations légales & conventionnelles.*
15. *M. d'Argentré dit qu'il faut une renonciation expresse aux biens situés ailleurs.*

BIU Cujas

16. *M. le Brun desire une dérogation aux coutumes contraires.*
17. *L'auteur des observations estime qu'il faut une dérogation expresse à la coutume qui admet le supplément.*
18. *L'action du supplément de légitime est une action personnelle, qui s'étend sur tous les biens, en quelque part qu'ils soient situés.*
19. *Le lieu où le contrat de mariage a été passé, n'est pas considérable en cette occasion.*
20. *Si, dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, les filles qui ont renoncé, peuvent demander un supplément de légitime.*

QUESTION XIII.

Si la mere qui se remarie perd la propriété des avantages à elle faits par le premier mari, dès-lors du convol, & sans espoir de les gagner par le prédécès *ab intestat* des enfans du premier lit.

SOMMAIRE.

1. *Les secondes nôces sont cause de la ruine des maisons.*
2. *Etymologie du nom de beau-pere & de belle-mere.*
3. *Le droit Romain prive celui qui se remarie, de tous les avantages à lui faits par le prédécedé.*
4. *Savoir si la mere perd la propriété des avantages à elle faits incommutablement, sans espérance de la recouvrer, par le prédécès de tous ses enfans.*
5. *Récit du fait.*
6. *Sentence du juge de saint Estienne, qui juge, que la mere remariée reprend la propriété des avantages, après le décès de tous ses enfans.*
7. *Sentence du bailli de Forez, qui confirme la sentence du premier juge.*
8. *Arrêt du 30 avril 1635, qui infirme lesdites sentences, & juge que la mere après la mort de ses enfans, ne reprend pas la propriété des avantages par elle perdue par son convol.*
9. *Raisons de la mere, pour montrer qu'après le décès de tous ses enfans, elle doit reprendre la propriété des avantages.*
10. *Raisons contre la mere.*
11. *L'édit des secondes nôces n'a point dérogé à la disposition du droit civil.*
12. *Dans les parlemens de droit écrit, la mere, après le décès de tous ses enfans, reprend la propriété des avantages.*
13. *Il n'y a point de bonnes raisons pour empêcher que la mere ne reprenne dans la succession de ses enfans cette propriété.*
14. *Arrêts du parlement de Paris, qui jugent contre la mere.*
15. *Distinction de l'auteur des observations, entre l'augment & les autres avantages.*
16. *Dans le premier cas, la mere mariée ne succéde point à ses enfans dans ce genre de biens.*
17. *Dans le second cas, la mere succéde à ses enfans dans la propriété de tous les avantages qu'elle avoit perdue par son convol.*
18. *La mere ne succéde à cette propriété, qu'après le décès du dernier de ses enfans.*
19. *L'ayeule remariée succéde à cette propriété, après le décès de tous ses petits-enfans.*
20. *Eloge de M. Catelan.*
21. *Arrêt célébre du 19 août 1715, qui a jugé, qu'un mari ne pouvoit pas remettre à sa femme la peine des secondes nôces.*

QUESTION XIV.

Si la peine des secondes nôces pour la perte des avantages, se doit étendre aux droits successifs.

SOMMAIRE.

1. *Disposition du droit Romain, au sujet des peines des secondes nôces.*
2. *Suivant la disposition du droit, les parens remariés sont obligés de conserver à leurs enfans, ce qui leur est échu par la succession de leurs enfans décédés.*
3. *L'édit des secondes nôces ne parle que des libéralités; ainsi ce qui vient par succession n'est pas sujet à réserve.*
4. *Dans les pays de coutume, le droit Romain main n'est suivi que comme raison.*
5. *Dans les pays de droit écrit, le droit Ro- est le droit municipal.*
6. *Eloge de M. de Chamillart, avocat.*
7. *Arrêt du 30 juillet 1639, qui a jugé que dans les pays de droit écrit, ce qui vient par succession est sujet à réserve.*
8. *Les enfans peuvent disposer au profit de leur mere remariée.*
9. Idem, *en faveur de leur pere remarié.*
10. *La mere ne succéde qu'en usufruit aux biens profectifs, mais elle succéde aux autres en propriété.*
11. *Opinion de quelques auteurs, qui restraignent les biens profectifs aux seuls biens provenans du pere.*
12. *Opinion de l'auteur des observations, que ce qui provient de l'ayeul paternel, doit être mis au nombre des biens profectifs.*
13. *Contrariété de la jurisprudence du parlement de Toulouse sur cette question.*
14. *A l'égard de la succession des oncles paternels, la mere y succéde en propriété.*
15. *La mere succéde en propriété aux biens provenans de la succession des freres.*
16. *Opinion de quelques auteurs, qui estiment que la mere doit avoir une légitime sur les biens profectifs.*
17. *Sentiment de l'auteur des observations, contraire.*

BIU Cujas

18. *La jurisprudence des parlemens de Toulouse & de Bordeaux, exclut la mere de toute la légitime sur les biens profectifs.*
19. *Aux dons, legs & présens faits par les parens & amis de l'un des conjoints, le survivant y succéde en propriété.*

QUESTION XV.

Si l'hypotéque subsidiaire sur les biens substitués, au défaut de ceux de l'héritier, subsiste aussi-bien pour l'augment, que pour la dot, en pays de droit écrit.

SOMMAIRE.

1. *Préambule contenant les raisons de part & d'autre sur la question.*
2. *Suivant la disposition du droit, la femme a hypothéque sur les biens substitués en ligne directe pour la dot, ce que l'on a étendu au douaire.*
3. *Arrêt du 3 février 1675, qui a jugé en pays de droit écrit, que la femme a hypothéque sur les biens substitués, pour son augment & intérêts échus depuis le décès de son mari.*
4. *Arrêt du 14 juillet 1635, qui a débouté une seconde femme de l'augment sur les biens substitués.*
5. *Arrêt du 14 août 1607, cité par M. Loüet, qui a restraint l'hypothéque des femmes au premier degré.*
6. *Cet arrêt ne se trouve point au greffe.*
7. *Avis de M. Henrys, que l'hypothéque doit avoir lieu dans les degrés.*
8. *La jurisprudence du parlement de Dijon n'est pas certaine sur cette question.*
9. *L'hypothéque subsidiaire a lieu dans toutes les lignes & dans tous les degrés, tant pour la dot, que pour l'augment.*

QUESTION XVI.

Si le tiers-acquéreur, qui voyant son héritage compris dans la saisie générale des biens de son vendeur, se contente de le faire distraire, sauf la reprise, est comptable des fruits perçus depuis la distraction.

SOMMAIRE.

1. *Dans les pays de droit écrit, le tiers-acquéreur ne peut être poursuivi qu'après discussion.*
2. *La demande en déclaration d'hypothéque est du droit François.*
3. *A quoi il faut conclure par la demande en déclaration d'hypothéque.*
4. *Abus qui s'étoit glissé sur cela au bailliage de Forez.*

QUESTION XVII.

Si l'acquéreur de bonne-foi venant à prendre connoissance de l'hypothéque d'un créancier, ou étant par lui poursuivi en déclaration d'hypothéque, cesse d'être en bonne-foi, & doit après la discussion faite, rendre les fruits qu'il a perçus depuis qu'il a sçu l'hypothéque, ou que son fonds a été déclaré hypothéqué.

SOMMAIRE.

1. *Si le tiers-acquéreur est obligé de rendre les fruits par lui perçus pendant la discussion.*
2. *Raisons du créancier.*
3. *Raisons de l'acquéreur.*
4. *Opinion de Loiseau en faveur de l'acquéreur.*
5. *Dissertation de M. Henrys sur cette question.*
6. *M. Henrys panche pour le sentiment de Loiseau.*
7. *Arrêt du 28 mai 1626, qui semble avoir jugé, que le tiers-acquéreur est obligé à la restitution des fruits.*
8. *Arrêt du 8 février 1628, semblable au précédent.*
9. *Remarque de M. Henrys, que l'usage commun du palais est, que l'acquéreur est obligé de rendre les fruits.*
10. *Trois auteurs célébres qui tiennent que l'acquéreur n'est pas obligé de rendre les fruits par lui perçus pendant la discussion.*
11. *Arrêt du 7 juillet 1684, qui l'a ainsi jugé.*
12. *Eloge de M. Voisin, conseiller d'état, & de M. Jabely, avocat.*
13. *Arrêt du 18 février 1701, rendu en grande connoissance de cause, qui condamne l'acquéreur de rendre seulement les fruits par lui perçus depuis la discussion faite, & de rembourser aux créanciers les frais de la discussion.*

QUESTION XVIII.

Si le contrat étant conçu dans les termes d'une vente, on est recevable à déguerpir l'héritage, pour se libérer de la rente & de l'obligation & hypothéque générale que le créancier pouvoit avoir pour icelle.

SOMMAIRE.

1. *Si le déguerpissement doit avoir lieu, quand le contrat est conçu en termes de vente.*
2. *Raisons du premier, pour établir qu'il doit être reçu à déguerpir.*
3. *Raisons du vendeur, pour empêcher le déguerpissement.*
4. *Sentence du bailli de Forez, qui déclare l'héritier du preneur non-recevable au déguerpissement.*
5. *Sentence arbitrale de trois avocats du parlement, & de M. Henrys, qui admet le déguerpissement.*
6. *Eloge des avocats du parlement.*

QUESTION XIX.

Si celui qui a acquis d'un possesseur qui n'est pas de bonne-foi, peut prescrire par dix ou vingt ans, ou s'il faut trente ans.

BIU Cujas

SOMMAIRE.

1. *L'opinion de Papon, qu'en pays de droit écrit toutes les actions ſe preſcrivent par trente ans, réfutée.*
2. *En droit, pour qu'un acquéreur preſcrive, il ſuffit d'avoir acquis à* præſumpto domino, *quoique ce vendeur ne fût pas dans la bonne foi.*
3. *Juſtinien par ſa novelle* 119, *deſire la bonne foi dans le vendeur, quand le propriétaire ignore l'aliénation.*
4. *Arrêt du* 6 *mai* 1637, *confirmatif des ſentences du bailli de Forez & du préſidial de Lyon, qui avoient jugé qu'il ſuffit que l'acquéreur ſoit en bonne foi.*
5. *La coutume de Paris eſt conforme à la diſpoſition du droit, ſur la preſcription de dix, vingt & trente ans.*
6. *En droit il y a trois maximes certaines ſur les preſcriptions.*

Donataires.

7. *Les donataires entre-vifs preſcrivent par le même tems que les acquéreurs.*
8. *Exception à l'égard des donations faites entre les peres & les enfans, & les maris & les femmes.*
9. *Diſtinction entre les donations ſimples & celles faites avec réſerve d'uſufruit.*
10. *Deux arrêts du parlement de Provence, qui ont jugé que le donataire, à la charge d'uſufruit, preſcrit par dix ans entre préſens.*
11. *Arrêt du parlement de Toulouſe, qui juge qu'un fils donataire de ſon pere, avec réſerve d'uſufruit, ne preſcrit pas par dix ans entre préſens.*
12. *Opinion de Brodeau, que le donataire avec réſerve d'uſufruit, ne preſcrit point.*
13. *Sentiment de du Pleſſis, que le donataire ne preſcrit point.*
14. *Diſpoſition des coutumes d'Anjou & du Maine, qui décident que l'héritier préſomptif ne preſcrit que par trente ans.*
15. *Le donataire ne preſcrit pas contre le créancier de la rente, tant que le donateur demeure en poſſeſſion, & paye les arrérages.*
16. *Le donataire, avec réſerve d'uſufruit, peut s'oppoſer à fin de diſtraire.*
17. *Le donataire ſimple preſcrit par dix & vingt ans, & le donataire à la charge d'uſufruit par trente ans, même entre les peres & les enfans, & les maris & les femmes.*
18. *Les coutumes d'Anjou & du Maine admettent la preſcription de trente ans en faveur du donataire, contre le créancier de la rente: les coutumes de Bourbonnois & d'Auxerre la rejettent entierement.*
19. *Opinion de l'auteur des obſervations, conforme à celle de du Pleſſis, pour la preſcription de trente ans en ce cas.*

Légataires.

20. *Les légataires preſcrivent par dix ans entre préſens, & par vingt entre abſens, les hypothéques des créanciers du teſtateur.*
21. *La preſcription acquiſe au Légataire, lui demeure, quoique dans la ſuite le legs ne ſe trouve pas valable.*
22. *Le légataire peut ſe ſervir de la poſſeſſion du défunt.*

Biens ſubſtitués.

23. *Les acquéreurs des biens ſubſtitués ne peuvent preſcrire par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens.*
24. *Même après l'ouverture de la ſubſtitution,* niſi tribus concurrentibus.
25. *Opinion de pluſieurs auteurs, qui eſtiment que les acquéreurs des biens ſubſtitués peuvent preſcrire par trente ans.*
26. *Opinion de pluſieurs auteurs contraire, ſuivie par les arrêts.*
27. *Après l'ouverture de la ſubſtitution, la preſcription de trente ans a lieu.*
28. *Il y a difficulté pour la preſcription contraire.*
29. *Les meubles, non plus que les immeubles, ne ſont pas ſujets à la preſcription.*
30. *Si ce n'eſt que la preſcription fût commencée du vivant du teſtateur.*
31. *Les hypothéques que le teſtateur avoit ſur autrui, ſe preſcrivent à l'ordinaire.*
32. *Les ſervitudes dûes au teſtateur, ſe preſcrivent par trente ans.*
33. *Les actions que le teſtateur avoit contre un tiers, ſe preſcrivent contre le ſubſtitué, comme elles auroient pû faire contre le teſtateur.*
34. *Les débiteurs peuvent payer valablement à l'héritier.*
35. *Les débiteurs des rentes peuvent preſcrire, & faire le rembourſement à l'héritier.*
36. *L'héritier qui laiſſe preſcrire eſt reſponſable de toutes les choſes preſcrites par ſa faute.*
37. *L'héritier eſt reſponſable de toutes les aliénations & dégradations par lui faites.*
38. *Savoir, ſi en cas d'inſolvabilité de l'héritier, les ſubſtitués peuvent avoir recours contre les poſſeſſeurs; les auteurs ſont partagés.*
39. *L'examen trop ſcrupuleux des queſtions de droit, paſſe au palais pour rêverie.*

Décret.

40. *C'eſt une maxime certaine, que le décret ne purge point les ſubſtitutions.*
41. *L'oppoſition de la part des ſubſtitués n'eſt pas néceſſaire, mais elle eſt recevable, ainſi jugé par un arrêt du* 23 *décembre* 1690.
42. *Cinq maximes certaines ſur cette queſtion.*
43. *La premiere, les biens ſubſtitués peuvent être vendus pour les dettes du teſtateur.*

44. *La*

BIU Cujas

44. *La deuxiéme, ils ne peuvent être vendus pour les dettes de l'héritier.*
45. *Il faut excepter de cette régle les arrérages des rentes foncieres.*
46. *La troiſieme, la ſaiſie réelle faite pour les dettes de l'héritier, n'eſt pas valable, quoique l'adjudication ſoit faite après l'ouverture de la ſubſtitution.*
47. *Le décret fait ſur l'acquéreur des biens ſubſtitués n'eſt pas valable.*
48 *L'on ne peut ſaiſir réellement les biens ſubſtitués ſur l'héritier, même pour les dettes de celui qui eſt appellé à la ſubſtitution.*
49. *Deux arrêts du parlement de Toulouſe ſur le même ſujet.*

QUESTION XX.

Des ſalaires des ſerviteurs, & de quel tems ils peuvent être demandés.

SOMMAIRE.

1. *L'action des domeſtiques pour le payement de leurs gages, ne dure qu'un an après qu'ils ſont ſortis de chez leurs maîtres.*
2. *Récit du fait, ſur lequel les ſentences & arrêts ci-après ſont intervenus.*
3. *Sentence de M. Henrys, en qualité de juge de la chatellenie royale de Châtelneuf, qui met les parties hors de cour.*
4. *Sentence du bailli de Forez & du préſidial de Lyon, qui infirment celle de M. Henrys.*
5. *Arrêt du 13 février 1621, qui confirme la ſentence de M. Henrys.*
6. *Avis de M. Henrys, que pour empêcher la preſcription, il faut une demande judiciaire, ou un acte par écrit.*
7. *Eloge de M. Henrys.*
8. *Les avocats s'attachent trop aux régles, & les juges trop peu.*
9. *Au parlement de Paris les ſerviteurs peuvent demander trois années de leurs gages, mais ils n'ont de privilége que pour la derniere. Au parlement de Toulouſe ils ont privilége pour le tout.*
10. *Les preſcriptions annales ne ſont pas reçues au parlement de Toulouſe.*
11. *Elle ſont reçues aux parlemens de Grenoble & d'Aix.*
12. *A Paris, elles n'ont pas lieu entre les marchands.*

QUESTION XXI.

Si le ſerment déciſif peut être refuſé, & ſi l'article 54 de l'ordonnance de Moulins en peut excuſer.

SOMMAIRE.

1. *Celui à qui l'on défére le ſerment ne peut ſe diſpenſer de le préter.*
2. *Le ſerment déciſoire doit être fait à l'audience.*
3. *Sentence du bailli de Montbriſon, confirmée par arrêt, portant que la partie feroit le ſerment à l'audience.*
4. *Le ſerment eſt favorable, il faut plutôt l'autoriſer que le retrancher.*
5. *Les marchands peuvent demander le ſerment à ceux qui leur objectent la fin de non-recevoir.*
6. *Le ſerment déciſoire doit être fait à l'ordinaire par toute ſorte de perſonnes.*
7. *Le ſerment ne doit pas être ſi facilement ordonné.*
8. *Il y a des cas où l'on n'eſt pas obligé d'affirmer.*

QUESTION XXII.

De l'aliénation des biens des mineurs, & ſi elle eſt valable faite de l'avis des parens, & par décret du juge.

SOMMAIRE.

1. *Les mineurs peuvent rentrer dans leurs biens vendus par autorité de juſtice, & par l'avis de parens.*
2. *Les mineurs ne peuvent pas rentrer dans leurs biens vendus par decret.*
3. *Eſpéce du fait, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit, eſt intervenu.*
4. *Arrêt du 29 juillet 1623, qui décharge un mineur de rendre à l'acquéreur le prix de ſon acquiſition, ſauf à lui à ſe pourvoir contre le tuteur.*
5. *Pluſieurs arrêts qui ont déchargé les mineurs de rendre le prix à l'acquéreur, à moins qu'il ne juſtifie qu'il a tourné à ſon profit.*
6. *Pluſieurs arrêts en forme de réglement, qui permettent aux mineurs de rentrer dans leurs héritages vendus, & condamnent les acquéreurs à la reſtitution des fruits.*
7. *Arrêt important, du 21 avril 1701, qui juge huit queſtions en faveur des mineurs.*

QUESTION XXIII.

Si une fille mineure en contractant mariage, peut contracter aſſociation avec ſon mari, & ſi elle en peut être relevée, quoique dès-lors il n'y eût point d'inégalité.

SOMMAIRE.

1. *Si une fille mineure peut par ſon contrat de mariage s'aſſocier avec ſon mari en tous biens.*
2. *Eſpéce du fait, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
3. *Raiſons de la femme.*
4. *Raiſons du créancier.*
5. *Arrêt du premier ſeptembre 1640, qui confirme les ſententes, qui avoient entériné les lettres de la femme.*
6. *L'ameublement fait par une fille mineure eſt réductible* ad legitimum modum.
7. *Le tuteur d'une fille mineure ne peut faire*

BIU Cujas

entrer que le tiers des meubles en communauté.

QUESTION XXIV.

Si le poursuivant criées ayant soutenu l'intérêt commun des créanciers contre l'opposition de la femme, & disputé ses lettres, peut faire passer les frais qu'il a fait, pour frais extraordinaires.

SOMMAIRE.

1. *Si le poursuivant criées peut employer en frais extraordinaires, tous les frais qu'il fait à la poursuite des criées.*
2. *Espéce du fait.*
3. *Raisons du poursuivant.*
4. *Raisons des autres créanciers.*
5. *Avis de l'auteur en faveur du poursuivant.*
6. *A présent c'est une maxime certaine, que le poursuivant employe en frais extraordinaires tous les frais par lui faits.*
7. *Avis de l'auteur des observations, pour introduire l'exception de calomnie en semblable occasion.*
8. *Exemple pour montrer jusqu'où va l'abus.*
9. *Anecdotes.*

QUESTION XXV.

Si le mineur releve le majeur, & la distinction qu'il y faut faire.

SOMMAIRE.

1. *Si le mineur relève le majeur.*
2. *Quand l'acte est nul d'une nullité radicale, le bénéfice de restitution sert au majeur.*
3. *Il faut distinguer entre les exceptions personnelles & réelles, & si la restitution est fondée sur la lésion ou sur la dot.*
4. *Arrêt du 4 juin 1637, qui juge qu'une mineure se faisant restituer contre la renonciation par elle faite au profit de son tuteur, son mari & le pere de son mari sont aussi restituables.*
5. *La promesse de faire ratifier n'est pas un véritable cautionnement, en ce cas la restitution de la femme profite à son mari.*

QUESTION XXVI.

Si la promesse, ou cédule de deux marchands, faite pour vente de marchandise, est solidaire.

SOMMAIRE.

1. *La promesse faite par deux marchands est solidaire, quoique cela ne soit pas exprimé.*
2. *Raisons du créancier.*
3. *Raisons du débiteur.*
4. *Arrêt du 4 février 1632, confirmatif d'une sentence du juge conservateur, qui l'avoit ainsi jugé.*
5. *Il n'y a point de difficulté entre marchands qui sont en compagnie.*
6. *Arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé que la promesse de deux marchands associés ensemble, est solidaire.*
7. *La jurisprudence des parlemens de droit écrit est semblable.*
8. *Depuis l'ordonnance de 1673, cette question est sans difficulté.*
9. *Il en est de même, quoique les deux marchands débiteurs ne soient pas associés.*
10. *Au parlement de Toulouse, les intérêts sont dûs de droit entre associés, sans aucune demande.*

QUESTION XXVII.

De la forme requise pour la reconnoissance des cédules & promesses de main privée.

SOMMAIRE.

1. *Quoique les changemens soient suspects, néanmoins il est quelquefois bon de changer de route.*
2. *La reconnoissance des écritures privées se fait ou par l'aveu du débiteur, ou par experts, ou par comparaison.*
3. *Quand le débiteur ne compare pas, sa promesse doit être tenue pour reconnue.*
4. *Il n'est pas nécessaire, quand le débiteur ne compare pas, de faire reconnoître sa promesse, si ce n'est qu'il soit mort ou absent.*
5. *Raisons de l'auteur pour établir cette proposition.*
6. *Au parlement de Toulouse l'on ordonne que le débiteur défaillant sera réassigné.*
7. *Déclaration du roi, qui régle la maniere en laquelle la reconnoissance des écritures doit être faite.*

QUESTION XXVIII.

Si le prix de la ferme d'une terre & seigneurie saisie par les créanciers, est réputé meuble ou immeuble.

SOMMAIRE.

1. *Qui doit être préferé, ou du créancier de l'héritier qui a saisi le premier entre les mains du fermier d'une terre, ou du créancier du défunt d'où provient la terre.*
2. *Raisons du créancier de l'héritier.*
3. *Raisons du créancier du défunt.*
4. *Sentence du bailliage de Forez, du 24 décembre 1640, qui juge en faveur du créancier du défunt, par l'avis de M. Henrys.*
5. *Raisons de M. Henrys, pour établir que les fruits font partie de l'héritage.*
6. *Le prix des fermages est de même nature que la terre.*
7. *Le propriétaire d'une terre est préférable pour tous les fermages à lui dûs.*
8. *Ses fermages sont subrogés au lieu des fruits de la terre.*
9. *Il faut distinguer dans la subrogation, les qualités intrinséques & les extrinséques.*

BIU Cujas

10. *Les fruits n'étant pas encore levés, ſont de la même nature que le fonds.*
11. *De la ſéparation des biens du défunt, d'avec ceux de l'héritier.*
12. *En France l'on accorde le même bénéfice aux créanciers de l'héritier.*

QUESTION XXIX.

Si le créancier qui n'a qu'une hypothéque poſtérieure à pluſieurs autres, & par conſéquent inutile, peut néanmoins faire vendre impunément l'héritage du tiers-acquéreur.

SOMMAIRE.

1. *Si un dernier créancier peut faire vendre l'héritage acquis par un tiers, & dont les deniers ont été employés au payement des créanciers.*
2. *Raiſons du dernier créancier.*
3. *Raiſons de l'acquéreur.*
4. *Avis de l'auteur en faveur de l'acquéreur.*
5. *Ce que la raiſon ne peut faire, ſouvent la néceſſité le fait faire.*
6. *Les frais immenſes des decrets & des conſignations, font chercher les moyens de les éviter.*
7. *Arrêt interlocutoire, du 16 juillet 1641, qui ordonne que la maiſon ſera eſtimée.*
8. *Arrêt définitif, du 16 juillet 1642, qui ordonne que le contrat de vente de la maiſon ſera exécuté.*
9. *Un créancier poſtérieur ne peut pas évincer, ni aſſigner en déclaration d'hypothéque un créancier antérieur, qui eſt en poſſeſſion de l'héritage du débiteur commun.*

QUESTION XXX.

Si un ancien créancier ſe peut payer par préférence, en prenant l'héritage au dire d'experts.

SOMMAIRE.

1. *Si un ancien créancier eſt recevable à demander en payement les héritages de ſon débiteur, ſaiſis réellement.*
2. *Raiſons pour l'empêcher.*
3. *Raiſons pour le faire ordonner.*
4. *Les légiſlateurs changent de régle, ſuivant les tems.*
5. *L'uſage des decrets eſt fondé ſur le titre du code* de jure dominii impetrando.
6. *Arrêt du 19 janvier 1647, qui ordonne que la maiſon demeurera à l'ancien créancier, ſuivant la priſée.*
7. *Arrêt du 28 juin 1647, qui ordonne qu'il ſera procédé à la vente par licitation.*
8. *Arrêt du 7 avril 1648, qui ordonne qu'une maiſon demeurera à l'ancien créancier pour la ſomme de quatre mille livres.*
9. *Arrêt du 2 mars 1648, qui ordonne que les biens ſaiſis ſeront eſtimés & baillés à l'ancien créancier, ſuivant le jour de l'eſtimation.*
10. *Autre arrêt du 30 avril 1649, qui ordonne la même choſe que le précédent.*
11. *Conditions néceſſaires pour demander par un ancien créancier les biens ſaiſis.*
12. *Au parlement de Paris, les derniers créanciers n'ont point de remede pour empêcher la vente par décret des biens de leur débiteur.*
13. *Du droit d'offrir, c'eſt un remede pour les derniers créanciers; il eſt en uſage dans les parlemens de droit écrit.*
14. *Il y a peu de fond à faire ſur les arrêts de Lapeyrere.*
15. *Le droit d'offrir n'eſt pas en uſage dans les pays de droit écrit du parlement de Paris*

QUESTION XXXI.

Si le cohéritier du vendeur peut évincer l'héritage pour une partie, & ſi la loi *cùm à matre C. de rei vindic.* eſt en uſage.

SOMMAIRE.

1. *Sentiment de l'auteur, que la loi* cùm à matre, cod. de reid. vind. *ne peut avoir lieu parmi nous.*
2. *Raiſons & autorités, pour l'établiſſement de cette propoſition.*
3. *La régle,* quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, *n'a lieu que quand on agit en ſon nom propre, & non pas quand on agit du chef d'un autre.*
4. *Cette queſtion eſt traitée par Meſſieurs d'Argentré & du Perrier.*

QUESTION XXII.

Des oppoſitions, à fin de conſerver, & s'il faut déclarer du chef de qui l'on s'oppoſe.

SOMMAIRE.

1. *les oppoſitions aux decrets ſont mal entendues.*
2. *Celui qui eſt créancier du mari & de la femme, doit s'oppoſer du chef de la femme.*
3. *Les ſubrogations ſont plutôt de fait que de droit.*
4. *Le fidéjuſſeur eſt ſubrogé de droit aux actions de celui qui a reçu les deniers, ſans avoir beſoin de déclarer qu'il s'oppoſe de ſon chef.*
5. *Sentence de Montbriſon, qui déclare le fidéjuſſeur ſubrogé, & le met en ordre du chef de celui qui a reçu ſes deniers.*
6. *Il n'eſt pas permis d'étendre les actes d'oppoſition.*
7. *La ſubrogation ne peut être faite après coup.*
8. *Acte de notoriété du ſiége de Montbriſon, que dans les actes d'oppoſitions il n'eſt pas néceſſaire d'en expliquer les cauſes.*

BIU Cujas

9. *Les actions qui appartiennent à un débiteur, peuvent être exercées par son créancier malgré lui.*
10. *Les obligations ne demeurent éteintes que par un payement effectif & perpétuel.*
11. *Arrêt du 7 septembre 1637, qui infirme la sentence, en ce qu'elle avoit jugé, qu'il n'est pas nécessaire de déclarer du chef de qui l'on s'oppose, & la confirme en ce qui confirme la subrogation.*
12. *Arrêt de réglement, du 31 août 1690, qui déclare, qu'il n'est pas nécessaire d'expliquer le titre de la créance, ni de s'opposer du chef de la femme.*

QUESTION XXXIII.

Si la dot ou le douaire ont la même hypothéque, ou qui des deux est préférable.

SOMMAIRE.

1. *Espéce sur laquelle l'arrêt qui suit est intervenu.*
2. *Raisons pour établir qu'il est libre à la femme de se faire colloquer pour son douaire avant sa dot.*
3. *Raison pour montrer que cela ne se peut faire au préjudice de la caution de la dot.*
4. *Arrêt du 19 juillet 1636, qui juge que la femme sera colloquée pour sa dot avant son douaire.*
5. *Ce qui est dit du douaire, doit avoir lieu pour l'augment.*

QUESTION XXXIV.

Si le supplément d'une dot a la même hypothéque sur les biens du mari, que la dot même.

SOMMAIRE.

1. *Si le supplément ou augmentation de la dot a la même hypothéque que la dot.*
2. *Raisons de la femme, pour établir que c'est la même hypothéque.*
3. *Raisons des créanciers du mari, que la femme, pour le supplément de sa dot, ne doit avoir hypothéque que du jour qu'il a été fait.*
4. *En Auvergne, tout ce qui est constitué ou échu à la femme depuis le contrat de mariage, est paraphernal.*
5. *Le sénat de Frise le juge ainsi.*
6. *La femme n'a point de privilége pour ses biens paraphernaux.*
7. *Progrès du droit sur cette question.*
8. *Distinction entre les meubles & immeubles: l'augmentation de la dot immobiliaire a la même hypothéque que la dot.*
9. Idem, *pour l'augmentation faite en meubles, quand le mari lors d'icelle n'a point de créancier.*
10. *Le parlement de Toulouse le juge ainsi.*
11. *Pour la dot simplement reconnue, la femme est tenue de justifier* unde habuerit.
12. *La loi* assiduis *a lieu dans le ressort du parlement de Toulouse.*
13. *Le privilége de la loi* assiduis *cesse, quand les créanciers du mari ont dénoncé leur hypothéque à la femme avant son mariage.*
14. *La saisie-réelle a le même fait que la dénonciation.*
15. *Le parlement de Toulouse suit la loi* assiduis, *même pour les biens situés hors son ressort.*
16. *Avis important aux femmes des pays de Forez & d'Auvergne.*
17. *Au parlement de Provence, la femme passe avant tous les créanciers du mari sur les biens à lui donnés en faveur du mariage.*
18. *De l'effet de la clause de franc & quitte.*

QUESTION XXXV.

Si les contrats reçus par notaires subalternes des seigneurs hauts-justiciers, entre personnes qui ne résident point dans leur territoire, & pour héritages qui n'y sont pas situés, peuvent porter hypothéque.

SOMMAIRE.

1. *Les notaires subalternes ne peuvent instrumenter hors de leur ressort.*
2. *Les notaires royaux peuvent instrumenter dans toute l'étendue du bailliage où ils ont été reçus.*
3. *Les contrats passés par un notaire subalterne entre des personnes domiciliées hors son ressort, ne produisent point d'hypothéque.*
4. *Arrêt du 9 février 1647, qui l'a ainsi jugé.*
5. *La jurisprudence a varié sur cette question.*
6. *Déclaration du roi, du 17 septembre 1697, qui régle la chose.*

QUESTION XXXVI.

De l'hypothéque d'un tuteur sur les biens des mineurs.

SOMMAIRE.

1. *Déférence de M. Henrys pour les arrêts.*
2. *La loi ne donne pas la même hypothéque au tuteur, qu'au mineur.*
3. *Les tutelles sont datives dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris.*
4. *Les tuteurs ont une hypothéque expresse en vertu de l'acte de tutelle.*
5. *L'on ne peut pas refuser au tuteur hypothéque du jour de la tutelle pour les frais nécessaires.*
6. *Si l'on examine bien la chose, l'on conviendra que l'hypothéque du tuteur doit être semblable à celle du mineur.*
7. *Autorités pour l'établissement de cette proposition.*

8. *Arrêt*

BIU Cujas

8. *Arrêt du parlement de Paris, qui a donné hypothéque au tuteur du jour de l'acte de tutelle.*
9. *Arrêt du parlement de Grenoble, qui a jugé la même choſe.*
10. *La juriſprudence du parlement de Rouen eſt ſemblable.*
11. *Avis des avocats du parlement de Paris, pour y introduire la même juriſprudence.*
12. *Dans les pays de droit écrit, les intérêts des ſommes avancées par le tuteur lui ſont dûs du jour qu'il les a fourni.*

QUESTION XXXVII.

Si le tuteur perd ſes droits, pour ne les pas déclarer lors de la tutelle, ſuivant l'authentique *Minoris C. qui dare tutores.*

SOMMAIRE.

1. *Suivant la novelle 72 de Juſtinien, les tuteurs ſont obligés de déclarer s'ils ſont créanciers ou débiteurs du mineur, à peine de perdre leur dette.*
2. *Savoir ſi cette diſpoſition doit avoir lieu contre les aſcendans.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Raiſons pour la négative.*
5. *L'affirmative jugée par ſentence du ſiége de Montbriſon, confirmée par arrêt.*
6. *Explication de la novelle 72.*
7. *Les tuteurs teſtamentaires ſont diſpenſés de la rigueur de cette novelle.*
8. *Les meres en ſont auſſi diſpenſées.*

QUESTION XXXVIII.

De la déconfiture, & ſi elle fait ceſſer le privilége des premiers ſaiſiſſans, aprés la choſe jugée.

SOMMAIRE.

1. *Le premier ſaiſiſſant les meubles eſt préférable.*
2. *En cas d'inſolvabilité du débiteur, il y a lieu à la contribution.*
3. *Récit du fait, ſur lequel l'arrêt eſt intervenu.*
4. *Arrêt du 29 décembre 1639, qui a jugé qu'en pays de droit écrit, il y a lieu à la contribution, en cas de déconfiture.*
5. *Dans les parlemens de droit écrit, les meubles ſuſceptibles d'hypothéques.*
6. *Au parlement de Provence, le créancier ſaiſi du gage eſt préférable.*
7. *Dans le droit, le premier ſaiſiſſant n'eſt point préféré aux autres : autrefois dans les pays de droit écrit du parlement de Paris, cela ſe jugeoit ainſi.*
8. *Arrêt du 17 mars 1699, qui a jugé que le premier ſaiſiſſant étoit préférable.*
9. *Par la juriſprudence nouvelle du parlement de Toulouſe, le premier ſaiſiſſant l'emporte, ſecùs des ſommes de deniers.*

QUESTION XXXIX.

Si celui qui vend un bien ſubſtitué, peut être pourſuivi par l'acquéreur avant l'éviction, ou trouble.

SOMMAIRE.

1. *Si celui qui vend un bien ſubſtitué peut être pourſuivi avant l'ouverture de la ſubſtitution.*
2. *Raiſons de l'acquéreur, pour établir l'affirmative.*
3. *Raiſons du vendeur, pour la négative.*
4. *Répliques de l'acquéreur.*
5. *Le parlement de Toulouſe juge, que l'acquéreur peut agir avant l'ouverture de la ſubſtitution.*
6. *Le parlement de Paris juge la même choſe.*

QUESTION XL.

Si une promeſſe de vendre, oblige à paſſer la vente.

SOMMAIRE.

1. *Une promeſſe de vendre n'eſt pas vente.*
2. *Une ſimple promeſſe de vendre, ſe réſout en dommages & intérêts.*
3. *Il faut faire grande différence entre les conſeils & les déciſions.*
4. *Il faut diſtinguer entre la promeſſe de vendre de futur, & celle de préſent.*
5. *La promeſſe de paſſer contrat de conſtitution de rente, eſt valable, & produit intérêts.*
6. *Arrêt qui l'a ainſi jugé.*
7. *Tous les docteurs ſont d'avis que la promeſſe de vendre n'oblige point à vendre.*
8. *Eloge de T. Tiraqueau, il eſt de l'avis des autres docteurs ; il apporte une exception, quand la promeſſe de vendre a été ſuivie de la tradition de la choſe & du payement du prix.*
9. *Du Moulin diſtingue entre la promeſſe de préſent & de futur.*
10. *Les arrêts du parlement de Paris jugent ſans diſtinction, que la promeſſe de vendre oblige de paſſer le contrat de vente.*
11. *Les arrêts du parlement de Toulouſe jugent de même.*
12. *Les arrêts du parlement de Grenoble jugent la même choſe.*
13. *Cette juriſprudence eſt contraire aux véritables principes de la vente, & à la diſpoſition du droit.*
14. *A l'égard des offices, le parlement de Paris juge que la promeſſe de vendre n'oblige point de paſſer le contrat.*
15. *Le parlement de Toulouſe juge au contraire.*
16. *Les docteurs portent le même jugement du louage que de la vente.*
17. *La promeſſe de paſſer contrat de conſtitution, produit intérêt de plein droit.*

BIU Cujas

18. *Une ſemblable promeſſe paſſe pour immeuble, & appartient à l'héritier des immeubles.*
19. *Propoſitions de vendre, ſur leſquelles la ſentence & l'arrêt ci-après ſont intervenus.*
20. *Sentence des requêtes du Palais par défaut, qui condamne à paſſer contrat de vente, ſinon que la ſentence vaudra contrat.*
21. *Arrêt contradictoire du 19 juillet 1697, qui confirme la ſentence.*

QUESTION XLI.

Du pacte de la loi commiſſoire, & ſi c'eſt auſſi-bien au choix de l'acheteur, que du vendeur, de ſe départir d'une vente caſuelle.

SOMMAIRE.

1. *Il eſt certain que la loi commiſſoire n'a lieu qu'en faveur du vendeur, & non de l'acheteur.*
2. *Eſpéce ſur laquelle la ſentence ci-après eſt intervenue.*
3. *Raiſons du vendeur.*
4. *Raiſons de l'acquéreur.*
5. *Sentence du bailliage de Montbriſon, en faveur de l'acquéreur.*
6. *Avis de l'auteur, en faveur du vendeur.*
7. *Déciſions des ſénats de Turin & de Mantoue contre l'acquéreur.*
8. *Quand le vendeur rentre dans ſon héritage, en vertu du pacte de la loi commiſſoire, il ne doit point de droit ſeigneuriaux.*
9. *Il faut dire la même choſe, quand il y rentre faute de payement.*
10. *Il faut diſtinguer la vente faite* præſenti pecuniâ vel græcâ fide.
11. *L'auteur du journal du palais cenſuré, pour avoir dit qu'en ce cas, il eſt dû doubles lods.*

QUESTION XLII.

Si la loi commiſſoire eſt plutôt reçue pour le fidéjuſſeur que pour le créancier.

SOMMAIRE.

1. *La caution du vendeur ne peut ſe ſervir de la loi commiſſoire.*
2. *Raiſons de la caution.*
3. *Raiſons du vendeur.*
4. *Autorités de Faber, de du Moulin & du Val, en faveur du vendeur.*
5. *Avis de l'auteur, conforme à celui de du Moulin.*

QUESTION XLIII.

De quel tems ſe doit prendre l'eſtimation des denrées qu'on doit ou pour prêt ou pour vente, & ſi le terme paſſé, le *quanti plurimi* y peut écheoir.

SOMMAIRE.

1. *La queſtion du tems que ſe doit faire l'eſtimation des denrées, eſt très-difficile.*
2. *Il faut diſtinguer entre les obligations pures & ſimples, & celles qui ſont à tems.*
3. *Dans les premieres, l'eſtimation doit être conſiderée au tems de la demande; dans les ſecondes, au jour de l'échéance.*
4. *Raiſons du créancier, pour ſoutenir que l'eſtimation doit être faite, par rapport à la valeur, au tems de la demande.*
5. *Raiſons du débiteur, pour établir que l'eſtimation doit être faite, par rapport à la valeur, au jour du terme.*
6. *La juriſprudence a fixé l'eſtimation au jour du terme du payement.*
7. *A l'égard des fermages, il y a plus de difficulté.*
8. *Sentence du bailli de Montbriſon, qui a jugé, qu'il falloit conſidérer la valeur au tems de la demande.*
9. *Arrêt du 5 mars 1633, qui infirme la ſentence, & juge qu'il faut s'arrêter à la valeur au tems du payement.*
10. *Arrêt de 1546, rendu aux grands jours tenus à Riom, qui régle la valeur à la commune eſtimation de chaque année.*
11. *Diſtinction de Chenu, entre les cens & rentes quérables, & les portables.*
12. *Eloge de M. de Marillac, avocat du roi.*
13. *Diſtinction de Coquille, par rapport aux perſonnes.*
14. *Le même auteur diſtingue entre l'année de la demande & les précédentes.*
15. *Par l'ordonnance de 1667, l'eſtimation des grains doit être faite par les regiſtres des gros fruits.*
16. *De l'eſtimation du* quanti minoris.

QUESTION XLIV.

Si la redevance du vin qu'on doit en eſpéces, ſe doit payer en vin de la même année, ou de l'année précédente.

SOMMAIRE.

1. *Les anciens ne faiſoient état que du vin vieux.*
2. *Eſpéce ſur laquelle l'arrêt ci-après eſt intervenu.*
3. *Raiſons des chanoines qui demandoient du vin vieux.*
4. *Raiſons contraires de la part du prieur.*
5. *Arrêt du 16 juillet 1612, qui condamne le prieur à fournir du vin du cru de l'année précédente.*
6. *Cet arrêt ne doit pas être tiré à conſéquence.*
7. *Dans la régle générale, les redevances en vin ne ſe payent que du vin de l'année.*

QUESTION XLV.

De l'uſage & tirage du charbon, & s'il peut être compté entre les fruits, & appartenir à l'uſufructuaire.

BIU Cujas

SOMMAIRE.

1. *Si le mari pendant le mariage, & le pere héritier fiduciaire de sa femme, peut tirer du charbon.*
2. *Jugement de l'auteur, en faveur du pere.*
3. *Raisons & autorités, pour établir que les pierres renaissent en France.*
4. *Raisons & autorités, pour prouver le contraire.*
5. *Savoir si les pierres que l'on tire des carrieres sont* in fructu.
6. *Il faut distinguer entre la carriere ouverte avant le mariage ou après.*
7. *Dans le second cas, il faut distinguer si le mari a de quoi entretenir sa famille sans secours.*
8. *Réguliérement les pierres ne sont pas* in fructu.
9. *Exception, quand le tirage de la pierre rend le fond plus précieux.*
10. *Belle dissertation sur la fouille de la terre.*
11. *Le seigneur ne peut pas empêcher le censitaire de tirer de la terre grasse dans le fond sujet au cens.*
12. *Les carrieres proche de Paris,* sunt in fructu.
13. *La veuve a droit de jouir du profit des ardoisiers.*

QUESTION XLVI.

Si en faisant l'ordre des créanciers sur la distribution d'un prix, l'intérêt doit être adjugé jusqu'au jour de la sentence, ou jusqu'au jour de l'adjudication seulement.

SOMMAIRE.

1. *Il y a des siéges où l'on adjuge les intérêts jusqu'au jour de l'ordre.*
2. *En d'autres on ne les adjuge que jusqu'au jour de l'adjudication.*
3. *Avis de l'auteur, pour adjuger partie, pour ce qui est des créanciers utilement colloqués.*
4. *L'opposition à un decret vaut demande, & produit intérêt.*

QUESTION XLVII.

De l'imputation des intérêts au principal des obligations pour prêt, & si c'est une régle infaillible.

SOMMAIRE.

1. *Les intérêts du prêt payés volontairement, doivent être imputés au principal.*
2. *Les intérêts du prêt fait par un marchand, pour employer à l'acquisition d'une terre, imputés au principal.*
3. *Quand un frere vend sa terre pour secourir son frere dans le besoin, il peut en prendre l'intérêt.*
4. *Raisons du frere qui avoit emprunté, & qui demandoit l'imputation.*
5. *Raisons du frere qui avoit prêté, pour se défendre de l'imputation.*
6. *Celui qui a prêté pour acheter une terre, ne peut prendre des intérêts.*
7. Idem, *pour employer à retirer par retrait lignager.*
8. *Jugement arbitral, par lequel il a été jugé que la convention faite par celui qui avoit prêté ses deniers pour acheter un héritage par decret, à la charge de jouir d'une portion des fruits, n'est pas valable.*
9. *Si celui qui prête de l'argent pour acquérir ou pour retirer un héritage, au lieu de stipuler l'intérêt de son argent, stipule qu'il jouira des fruits de l'héritage jusqu'à ce qu'il soit remboursé; savoir si cette convention est valable.*

QUESTION XLVIII.

Si l'intérêt peut excéder le principal, & aller au-delà du double.

SOMMAIRE.

1. *En droit, les intérêts ne peuvent excéder le principal.*
2. *Exception pour les intérêts dûs aux villes.*
3. *Distinction de l'auteur, entre les intérêts dûs en vertu d'un jugement, & ceux dûs* ex natura rei.
4. *Dans le premier cas, les intérêts peuvent excéder le double.*
5. *Dans le second cas, les intérêts ne peuvent excéder le double.*
6. *Exception pour le prix des héritages, & des deniers pupillaires.*
7. *Au parlement de Paris, tous les intérêts sans distinction peuvent excéder le double.*
8. *S'il y avoit une exception à faire, elle devroit être en faveur de la dot & de la légitime.*
9. *Dans les parlemens de droit écrit, l'on juge que les intérêts du prêt ne peuvent excéder le double, & que les autres peuvent l'excéder.*

QUESTION XLIX.

Si l'intérêt des dots & des légitimes est dû à raison de l'ordonnance, & si ce n'est qu'au denier-vingt.

SOMMAIRE.

1. *L'intérêt de la dot a toujours été au denier-vingt.*
2. *De même l'intérêt des légitimes.*
3. *Arrêt du 12 juillet 1647, qui juge que les intérêts de la dot ne sont dûs qu'au denier-vingt.*
4. *A présent tous les intérêts sont dûs au denier-vingt, dans tout le ressort du parlement de Paris.*
5. *Réflexions sur l'édit du mois de décembre 1665.*
6. *Autrefois en France les intérêts étoient sur le pied du denier-dix.*

BIU Cujas

7. *Edit du mois de décembre 1665, qui réduit toutes les conſtitutions de rente, qui ſeront faites à l'avenir, au denier-vingt.*
8. *Cet édit déclare nulles toutes les promeſſes & billets portant intérêts, ſi ce n'eſt à l'égard des marchands fréquentans les foires de Lyon.*

QUESTION L.

De l'inſinuation des donations, & ſi elle doit être faite au greffe royal des lieux, ou au greffe du bailliage & ſiége principal.

SOMMAIRE.

1. *Quand il y a deux ſiége dans une ville, il eſt libre de faire inſinuer dans celui que l'on veut.*
2. *Quand les ſiéges des châtellenies & prevôtés ſont dans une ville différente des bailliages ou ſénéchauſſées, l'on ne peut faire inſinuer dans ces derniers.*
3. *Il ſeroit plus à propos que toutes les inſinuations ſe fiſſent dans les bailliages & ſénéchauſſées.*
4. *Les nobles ne ſont obligés de faire inſinuer que dans les bailliages & ſénéchauſſées.*
5. *Quand les donateurs ſont domiciliés dans les juſtices des ſeigneurs, ils ne ſont pas obligés de faire inſinuer aux ſiéges royaux inférieurs.*
6. *Arrêt du 6 août 1644, qui juge que l'inſinuation faite au bailliage, n'eſt pas valable, quand le donateur eſt demeurant dans une juſtice royale inférieure.*
7. *Les nobles ne ſont obligés d'inſinuer qu'aux bailliages & ſénéchauſſées; cela ſe juge ainſi aux parlemens de Toulouſe & de Bordeaux.*
8. *Les roturiers domiciliés dans les juſtices des ſeigneurs ne ſont obligés que d'inſinuer aux bailliages & ſénéchauſſées.*
9. *Arrêt qui a jugé que la publication d'une ſubſtitution faite au bailliage de Montbriſon étoit valable, quoique le teſtateur demeurât dans l'étendue d'une châtellenie royale.*
10. *Du tems auquel doit être faite l'inſinuation des donations, & la publication des ſubſtitutions.*
11. *Récit du fait ſur lequel eſt intervenu la déclaration ci-après.*
12. *Déclaration du 25 novembre 1690, touchant le tems des inſinuations & des publications.*

QUESTION LI.

Si la dot payée des deniers de la communauté peut être répétée, ou imputée à la part du pere.

SOMMAIRE.

1. *Aujourd'hui les ſociétés ne ſont pas durables, parce que la bonne-foi, qui en eſt l'ame, ne régne plus.*
2. *Si la dot des filles mariées pendant la ſociété, doit ſe prendre ſur la part du pere, ou ſur la maſſe de la ſociété.*
3. *Raiſons pour montrer que la dot ſe doit prendre ſur la part du pere.*
4. *Raiſons, pour prouver que la dot ſe doit prendre ſur toute la ſociété.*
5. *Avis de l'auteur, qu'il faut diſtinguer, ſi la dot a été payée ou non, pendant la ſociété.*
6. *Dans les provinces d'Auvergne & de Bourbonnois, les aſſociations en tous biens ſont fort en uſage, mais elles ſont rares dans le Lyonnois.*
7. *Dans les pays de coutume, l'obligation de doter eſt commune au pere & à la mere.*

QUESTION LII.

Si la dot que le pere a conſtituée pour droits paternels & maternels, ſe doit payer par lui ſeul, & ſi la loi, *ſi pater, C. de dotis promiſſ.* eſt ſuivie en France.

SOMMAIRE.

1. *Il eſt du devoir du pere de doter ſes enfans.*
2. *Sentiment des docteurs, qui exceptent le cas de la renonciation de la fille.*
3. *Sentiment de l'auteur, que cette exception ne doit point avoir lieu.*
4. *Il faut diſtinguer entre les pays de droit écrit, & ceux de coutume.*
5. *La loi*, ſi pater, *a plus de ſubtilité, que de ſolidité.*
6. *La loi*, ſi pater, *doit être ſuivie dans les pays de droit écrit.*
7. *Premiere exception, quand la dot eſt conſtituée par le pere & la mere enſemble.*
8. *Deuxiéme exception, ſi le pere eſt pauvre.*
9. *L'exception de la pauvreté ſe doit rapporter à la dot de toutes les filles.*
10. *La loi*, ſi pater, *a lieu dans tous les pays de droit écrit.*
11. *Au parlement de Toulouſe, quand la mere a été préſente au contrat, elle ſupporte ſa part de la dot juſqu'à concurrence de la légitime.*
12. *Raiſons pourquoi dans les pays de coutume la dot ſe paye par moitié.*
13. *Eloge de M. Conan.*
14. *Eloge de M. Montholon, garde des ſceaux.*

QUESTION LIII.

Si la dot venant à ſe perdre, ſans la faute de la fille, le pere doit de rechef la doter.

SOMMAIRE.

1. *Si le pere eſt obligé de redoter ſa fille, quand*

BIU Cujas

quand la dot s'eſt perdue ſans la faute de ſa fille.
2. *Eſpéce propoſée par l'auteur.*
3. *Raiſons de la fille.*
4. *Raiſons de l'héritier de la fille.*
5. *Raiſons particulieres de la fille dans l'hypothèſe.*
6. *Raiſons particulieres de l'héritier du pere.*
7. *Sentiment univerſel pour l'obligation de redoter.*
8. *Avis de l'auteur, que le pere n'eſt pas obligé de doter une ſeconde fois, mais ſeulement de donner des alimens à ſa fille*
9. *Dans l'hipotèſe le pere devoit redoter, parce qu'il avoit mal payé.*
10. *Suivant les arrêts du parlement de Paris, la fille n'eſt pas recevable à rapporter l'action, elle doit rapporter les deniers effectifs.*
11. *Dans tous les parlemens de droit écrit, le pere eſt obligé de redoter.*
12. *Sur le fondement de la novelle 97, les parlemens de droit écrit ont introduit l'action* de dote malè collocata.
13. *Cette action paſſe aux enfans.*
14. *Le pere n'eſt pas obligé de redoter, quand le mari étoit ſolvable au tems du contrat de mariage.*
15. *La ſeconde fois le pere n'eſt obligé de doter que juſqu'à concurrence de la légitime.*
16. *Le frere qui a doté ſa ſœur, n'eſt pas obligé de redoter. Eloge de M. Catelan.*
17. *Opinion de l'auteur des obſervations, que le pere eſt obligé de redoter, quoique le mari fut ſolvable au tems du mariage.*
18. *La juriſprudence du parlement de Toulouſe, cenſurée.*
19. *Dans les choſes qui dépendent de la juſtice naturelle, les gens de biens ſont toujours du même ſentiment.*
20. *La fille, pour le payement de ſa ſeconde dot, n'a hypothéque que du jour de l'acte de redotation.*

QUESTION LIV.

Si ce qui a été conſtitué à une fille par ſon tuteur, eſt ſujet à rapport envers ſes ſœurs & cohéritiers.

SOMMAIRE.

1. *Eſpéce du fait, ſur lequel l'arrêt eſt intervenu.*
2. *Sentence du ſénéchal de Lyon, qui ordonne le rapport.*
3. *Moyens d'appel de la fille, pour ſe défendre du rapport.*
4. *Moyens des autres filles, pour établir la néceſſité du rapport.*
5. *Avis de l'auteur pour l'obligation du rapport.*
6. *Arrêt du 3 avril 1640, qui en infirmant la ſentence, décharge du rapport.*
7. *Il y a erreur ou mal façon dans cet arrêt.*
8. *Généalogie de M. Papon lieutenant général de Forez.*

QUESTION LV.

Des avantages qu'on fait indirectement à un monaſtère, pour la dot & réception d'une fille religieuſe.

SOMMAIRE.

1. *Les novices ne peuvent diſpoſer directement ni indirectement au profit du monaſtère où ils entrent, ni autre du même ordre.*
2. *Les peres & meres en faiſant leur fille religieuſe, lui peuvent donner telles ſommes que bon leur ſemble.*
3. *Les monaſtères tâchent d'éluder les loix par des voyes indirectes.*
4. *En ce cas la preuve par témoins eſt recevable.*
5. *Arrêt du 13 juillet 1646, qui enthérine les lettres priſes contre une conſtitution trop forte.*
6. *Une fille majeure peut, en entrant dans le monaſtère, ſe conſtituer en dot telle portion de ſes biens que bon lui ſemble.*
7. *Arrêt du 11 août 1649, qui confirme la donation faite par une fille majeure*
8. *Les novices ne peuvent diſpoſer, même au profit d'un autre ordre.*
9. *Arrêt de réglement qui fait défenſes aux religieux & religieuſes de rien prendre pour l'ingrès dans le monaſtère.*
10. *Une fille majeure ne peut pas faire une donation univerſelle, ou trop forte.*
11. *Arrêt du 25 mai 1655, qui a confirmé un legs de trente mille livres fait par une fille majeure, peu de jours avant ſa profeſſion.*
12. *Déclaration du roi, du 28 avril 1693, qui permet aux religieuſes de recevoir des dots.*

QUESTION LVI.

De la virile que la mere qui ne ſe remarie point a en l'augment, & ſi ſes créanciers la peuvent ſaiſir.

SOMMAIRE.

1. *La virile a été accordée aux veuves qui ne ſe remarient pas, pour récompenſer leur continence.*
2. *La mere n'a qu'une propriété imparfaite de la virile.*
3. *Elle appartient aux enfans, à moins que la mere n'en ait diſpoſé expreſſément.*
4. *Les créanciers de la mere n'ont aucun droit dans la virile, à moins d'une obligation expreſſe.*
5. *Raiſons des créanciers.*
6. *Raiſons des enfans.*
7. *Progrès du droit ſur cette queſtion.*

BIU Cujas

8. *Arrêt du 7 ſeptembre 1644, qui ordonne une enquête par turbes, pour ſçavoir ſi les créanciers ont droit de demander la virile.*
9. *Avis des turbiers, que la virile, ſans une diſpoſition expreſſe, appartient aux enfans.*
10. *Avis en particulier de M. Garnier, avocat au préſidial de Lyon, plus étendu, mais ſemblable.*
11. *Cet arrêt eſt conforme à la diſpoſition du droit.*
12. *Arrêt qui a jugé que la vente faite par la mere, d'une terre à elle donnée pour augment, n'équipolle pas à une obligation expreſſe.*
13. *L'auteur a changé d'avis dans la queſtion 140 de ce quatriéme livre, où il établit qu'il n'eſt pas néceſſaire d'une diſpoſition expreſſe.*
14. *Suivant la diſpoſition du droit, la vente vaut une diſpoſition expreſſe.*
15. *Un tiers-acquéreur peut preſcrire la virile.*

QUESTION LVII.

Du partage de l'augment entre les enfans, & s'il y a lieu de repréſentation, la qualité d'héritier ceſſante.

SOMMAIRE.

1. *Les enfans ſuccédent à l'augment, quoiqu'ils ne ſoient point héritiers de leur pere, & de leur mere.*
2. *L'enfant qui décéde avant ſa mere, tranſmet ſa portion à ſes enfans, pourvu qu'ils ſoient héritiers de leur pere.*
3. *L'opinion de ceux qui veulent que l'enfant ſurvive à ſa mere, pour tranſmettre ſa portion à ſes enfans, condamnée.*
4. *Si l'enfant qui décéde avant ſa mere, inſtitue un étranger, il lui transfere ſa portion dans l'augment au préjudice de ſes enfans.*
5. *L'augment eſt un troiſiéme genre de biens qui appartient aux enfans, quoiqu'ils ne ſoient pas héritiers de leur pere.*
6. *La repréſentation ne renferme pas néceſſairement la qualité d'héritier.*
7. *L'augment paſſe aux enfans plutôt par tranſmiſſion, que par repréſentation.*
8. *L'enfant qui décéde après le convol de ſa mere, tranſmet ſa portion à tous ſes héritiers, même à ſes créanciers.*
9. *L'augment appartient aux enfans à titre ſingulier,* honore præcipuo.
10. *Les petits-enfans ne peuvent avoir part dans l'augment, s'ils ne ſont héritiers de leur pere.*
11. *Les petits-enfans de différentes branches ſuccédent à l'augment par ſouche.*

QUESTION LVIII.

Si la communauté ſtipulée pour les acquêts & conquêts, eſt un avantage réductible, & ſujet au retranchement des ſecondes nôces.

SOMMAIRE.

1. *Clauſe du contrat qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Récit du fait.*
3. *Sentence du bailliage de Montbriſon, qui déclare la communauté valable.*
4. *Moyens d'appel du fils, pour établir qu'en pays de droit écrit, la communauté eſt un avantage indirect.*
5. *Moyens de la veuve, pour établir le contraire.*
6. *Arrêt confirmatif de la ſentence du bailli de Montbriſon.*
7. *Arrêts contraires en pays coutumier.*
8. *Il faut diſtinguer entre la communauté de tous biens, & celle des acquiſitions futures.*
9. *Il eſt permis aux conjoints en pays de droit écrit, de ſtipuler une communauté de biens.*
10. *La communauté des pays de droit écrit, ne comprend que les acquêts faits depuis le mariage.*
11. *Une communauté de cette nature n'eſt pas ſujette au retranchement.*
12. *Si en pays de droit écrit, la communauté étoit de tous biens, elle ſeroit ſujette au retranchement.*

QUESTION LIX.

A qui vient le retranchement des avantages trop grands faits à une ſeconde femme.

SOMMAIRE.

1. *Quand un mari donne plus à une ſeconde femme qu'à un des enfans, cela eſt ſujet au retranchement.*
2. *L'avantage fait au ſecond conjoint ſe doit meſurer par la légitime des enfans.*
3. *Quand il s'agit d'un troiſiéme mariage, les enfans des deux premiers lits participent au retranchement.*
4. *Quand il n'y a des enfans que de deux lits, ceux du ſecond lit doivent participer au retranchement.*
5. *Raiſons pour l'affirmative.*
6. *Raiſons pour la négative.*
7. *Il y a des auteurs qui tiennent, que le ſecond conjoint doit avoir part au retranchement.*
8. *Avis de l'auteur au contraire.*
9. *Il eſt permis de donner plus aux enfans du ſecond lit, qu'à ceux du premier.*
10. *Si le trop grand avantage peut être autoriſé par une peine impoſée aux enfans du premier lit.*
11. *Avis de l'auteur pour la négative.*
12. *Avis de l'auteur, que dans le retranchement, tous les petits-enfans ne font qu'une tête.*
13. *Arrêt du 7 ſeptembre 1645, qui juge*

BIU Cujas

que le retranchement ſe doit partager entre les enfans du premier & du ſecond lit, & que le ſecond mari n'y a point de part.
14. *Sentiment de l'auteur, qui improuve l'arrêt au premier chef.*
15. *Dans tous les parlemens de droit écrit, à la réſerve de celui de Bordeaux, l'avantage fait au ſecond conjoint ſe meſure par la légitime des enfans.*
16. *Quand il n'y a des enfans que de deux lits, le retranchement appartient aux ſeuls enfans du premier lit dans tous les pays de droit écrit.*
17. *Dans les pays de coutume, le retranchement ſe communique à tous les enfans.*
18. *Quand il s'agit d'un troiſiéme mariage, les arrêts des parlemens de Toulouſe & de Bordeaux partagent le retranchement entre les enfans des deux premiers lits.*
19. *Avis de l'auteur des obſervations, pour donner le retranchement aux ſeuls enfans du premier lit.*
20. *Le ſecond conjoint n'a point de part au retranchement.*
21. *Les enfans du ſecond lit ne ſont pas compris dans la prohibition.*
22. *L'uſufruit laiſſé au ſecond conjoint juſqu'à ce qu'il rende la propriété aux enfans, eſt valable.*
23. *La même régle doit être gardée à l'égard des petits-enfans, que des enfans du premier degré.*
24. *Quand il y a pluſieurs petits-enfans d'une ſeule branche, la portion du ſecond conjoint ſe régle par la part d'un des petits-enfans.*
25. *Factum de M. Gillet, pour établir que le retranchement doit être partagé entre le ſecond conjoint & les enfans des deux lits.*
26. *Factum de M. Macé, pour établir le contraire.*
27. *Arrêt du 15 juillet 1702, qui juge que le retranchement appartient pour le tout à la fille du premiet lit, à l'excluſion de la ſeconde femme, & de la fille du ſecond lit.*
28. *Trois obſervations néceſſaires à faire ſur cet arrêt.*

QUESTION LX.

Si la réſerve de l'égaliré des filles, en cas qu'elles euſſent une plus ample dot que l'aînée, peut nuire à la renonciation par elle faite, & la rappeller à la ſucceſſion du pere.

SOMMAIRE.

1. *Clauſe du contrat de mariage, qui donne lieu a la queſtion.*
2. *Récit du fait.*
3. *Raiſons pour établir l'égalité entre les enfans.*
4. *Les renonciations des filles ne ſont cenſé faites qu'en faveur des mâles.*
4. *Raiſons de la fille héritiere inſtituée par le pere, pour ſoutenir que les renonciations ſont favorables.*
6. *Arrêt du 28 mars 1605, qui juge la renonciation valable.*
7. *Suite de la généalogie de la maiſon de la Baume d'Holſtun.*
8. *Réflexions ſur les malheurs de la guerre.*

QUESTION LXI.

Si la fille qui ſe marie avant l'âge de douze ans accomplis, peut faire une renonciation valable.

SOMMAIRE.

1. *Le mariage d'une fille avant l'âge de douze ans, n'eſt pas valable.*
2. *Si la renonciation faite par une fille, qui ſe marie avant l'âge de douze ans, eſt valable.*
3. *Raiſons, pour établir qu'une ſemblable renonciation n'eſt pas valable.*
4. *Raiſons, pour montrer qu'une ſemblable renonciation eſt bonne.*
5. *Avis de l'auteur, pour la négative.*

QUESTION LXII.

Si la fille qui a renoncé par ſon contrat de mariage, ou lors de ſon entrée & réception dans la religion, eſt excluſe de la ſucceſſion du pere, décédé avant l'accompliſſement du mariage ou de la profeſſion.

SOMMAIRE.

1. *Si la renonciation de la fille eſt valable, quand le pere décéde avant que le mariage ſoit accompli.*
2. *Du Moulin a varié ſur cette queſtion.*
3. *Tous les autres auteurs tiennent pour la négative.*
4. *S'il faut porter le même jugement de la renonciation d'une fille religieuſe, quand le pere décéde avant la profeſſion.*
5. *Raiſons, pour établir que dans ce cas la renonciation eſt valable.*
6. *Raiſons, pour montrer qu'elle n'eſt pas valable.*
7. *Quand le mariage eſt diſſous par l'impuiſſance du mari, la renonciation de la fille ne ſubſiſte plus.*
8. *A préſent la juriſprudence eſt certaine ſur la premiere queſtion.*

QUESTION LXIII.

Si la renonciation des filles ſe peut étendre à l'augment que la mere a gagné, & aux avantages qu'elle a perdus par ſon convol en ſecondes nôces.

SOMMAIRE.

1. *La renonciation ne comprend pas l'augment ſans une clauſe expreſſe.*

BIU Cujas

2. *Arrêt qui a jugé que la fille peut demander ſa part dans l'augment, nonobſtant ſa renonciation.*
3. *Les avantages que le pere ou la mere perd en ſe remariant, n'eſt point compris en la renonciation de la fille.*
4. *Diſtinction de Faber, réfutée par l'auteur.*
5. *Sentence de Montbriſon, qui appointe ſur cette queſtion.*
6. *Variation de l'auteur ſur cette queſtion.*
7. *Les arrêts des parlemens de Toulouſe & de Grenoble jugent, que la renonciation, quelque générale qu'elle puiſſe être, ne comprend pas l'augment.*
8. *Sentiment de l'auteur des obſervations, qu'il faut diſtinguer, ſi la renonciation eſt faite pendant la vie du pere, ou après ſa mort.*
9. *Tous les auteurs conviennent, que la renonciation de la fille ne comprend point les avantages que le pere ou la mere perd en ſe remariant.*

QUESTION LXIV.

Si la fille qui a renoncé, peut avoir les intérêts du legs que lui fait le pere, du tems précédent à ſa demande & interpellation judiciaire.

SOMMAIRE.

1. *Si le legs fait par le pere à ſa fille qui a renoncé, porte intérêt de droit.*
2. *Raiſons pour la négative.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Avis de l'auteur pour l'affirmative.*
5. *Avis de l'auteur, que cela ne doit pas être tiré à conſéquence pour l'hypothéque.*
6. *Le plus grand nombre des auteurs tient pour l'affirmative.*
7. *Il y en a pluſieurs pour la négative.*
8. *Diſſertation ſur la queſtion; ſi les intérêts & les fruits des legs ſont dûs de droit.*

QUESTION LXV.

Si le mari, qui par un deſſein prémédité, tue ſa femme ſurpriſe en adultere, doit être puni, & de cela exemple mémorable.

SOMMAIRE.

1. *Le droit permet plutôt au pere de tuer ſa fille ſurpriſe en adultère, qu'au mari.*
2. *Le mari n'a pouvoir de tuer ſa femme ſurpriſe en adultère, que dans certains cas.*
3. *Les Romains ont emprunté cette loi des Grecs.*
4. *Hiſtoire tragique arrivée à Montbriſon ſur ce ſujet.*
5. *La peine de l'authentique,* ſed hodie, *eſt pratiquée en France.*
6. *Arrêt du 21 juin 1684, qui permet à une femme authentiquée de ſortir du monaſtère après le décès de ſon mari, & de ſe marier à un autre, avec les plaidoyers des avocats, & celui de M. l'avocat général Talon.*

QUESTION LXVI.

Si une veuve qui vit impudiquement, perd non-ſeulement ſes avantages, mais encore ſa dot, & autres doutes incidens.

SOMMAIRE.

1. *Quand il s'agit de maintenir les bonnes mœurs, l'indulgence eſt criminelle.*
2. *La veuve qui vit impudiquement, doit perdre ſa dot.*
3. *Raiſons pour établir l'affirmative.*
4. *Raiſons pour établir la négative.*
5. *Les auteurs ſont partagés ſur cette queſtion.*
6. *Sentiment & raiſon de l'auteur, pour l'affirmative.*
7. *Si le mariage contracté avec celui qui a eu commerce avec une veuve dans l'an du deuil, la décharge de la peine.*
8. *L'auteur ſoutient la négative.*
9. *Arrêt de la cour des aides, qui a jugé que la veuve qui vit mal dans l'année du deuil, ne doit pas jouir des priviléges de ſon mari.*
10. *L'enfant né d'une femme qui fait déclarer ſon mari impuiſſant, n'eſt pas légitimé par le ſubſéquent mariage.*
11. *Arrêt du parlement, qui reçoit la plainte de la femme ſur l'impuiſſance de ſon mari, & qui ordonne qu'il ſera informé de ſon adultère, à la requête de M. le procureur général.*
12. *La veuve qui vit impudiquement pendant l'an du deuil, perd tous les avantages à elle faits par ſon mari, mais elle ne perd pas ſa dot.*
13. *Au parlement de Toulouſe, la veuve qui vit impudiquement, même après l'an du deuil, perd ſes avantages.*
14. *Au parlement de Paris, la veuve qui ſe remarie dans l'année du deuil, n'encourt aucune peine.*
15. Idem, *au parlement de Bordeaux.*
16. *Le mariage de la veuve avec celui qui l'a débauchée pendant l'année du deuil, ne la juſtifie point.*
17. *Si la veuve qui vit impudiquement pendant l'année du deuil, doit être privée des priviléges, exemptions, &c.*
18. *L'enfant né pendant le mariage d'un homme déclaré impuiſſant, n'eſt pas légitime, quoique la femme épouſe après celui avec lequel elle avoit eu commerce.*
19. *L'impuiſſance du mari ne juſtifie pas la mauvaiſe conduite de la femme.*
20. *Si les peines établies par le droit Romain contre les veuves qui ſe marient dans l'année du deuil, ont lieu en France.*
21. *Si, pour régler ſi la peine doit avoir lieu, il*

BIU Cujas

il faut ſuivre la loi du domicile du défunt mari, ou de celui de la veuve.
22. *Si la veuve qui vit impudiquement après l'an du deuil, eſt ſujette à quelques peines.*
23. *Du legs ſous condition de demeurer en viduité, &c.*

QUESTION LXVII.

Si le fils nommé héritier par la mere en l'hoirie du pere, s'en rend indigne par un mariage clandeſtin, & contracté avec une perſonne infâme.

SOMMAIRE.

1. *Il importe à l'état de punir les enfans qui manquent à leur devoir, envers leurs pere & mere.*
2. *Arrêt du 2 juillet 1640, qui juge que le fils nommé par la mere, ſe rend indigne de cette nomination, en ſe mariant ſans ſon conſentement.*
3. *La mere qui a une fois nommé, ne peut plus varier.*
4. *La mere peut révoquer ſa nomination, quand ſon fils ſe marie ſans ſon conſentement.*
5. *La nomination peut être révoquée pour toutes les injures graves.*
6. *Le partage fait par les enfans, des biens de leur pere à l'inſçu de leur mere, les rend indignes du bénéfice de l'élection.*
7. *Les parens ſe rendent indignes de la faculté de choiſir, quand ils maltraitent leurs enfans, ou qu'ils vendent le bénéfice de l'élection.*

QUESTION LXVIII.

De la force des clauſes pénales, & ſi par icelles on peut s'obliger au double.

SOMMAIRE.

1. *Si la peine du double ſtipulée dans un contrat de mariage, doit être exécutée.*
2. *Clauſe du contrat, qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Les ſtipulations de peine ſont valables dans tous les contrats, à la réſerve de celui du prêt.*
5. *Raiſons pour la négative.*
6. *Arrêt du 5 juin 1638, qui décharge de la peine du double.*
7. *Remarques curieuſes, ſur le roman de l'Aſtrée.*

QUESTION LXIX.

De la différence des rentes foncieres, & des rentes conſtituées à prix d'argent.

SOMMAIRE.

1. *La principale différence entre les rentes foncieres & conſtituées, conſiſte dans l'origine de la rente.*
2. *Pour connoître ſi l'on peut demander vingt-neuf années d'arrérages d'une rente, il faut conſidérer la cauſe primitive.*
3. *Clauſe du contrat, & récit du fait dont il s'agit.*
4. *Sentence du ſénéchal de Lyon, qui déclare la rente fonciere.*
5. *Moyens d'appel de la part du débiteur de la rente, pour établir que la rente devoit être réputée rente conſtituée.*
6. *Moyens du créancier, pour établir que la rente étoit fonciere.*
7. *Arrêt qui infirme la ſentence, & condamne à payer ſeulement cinq années d'arrérages.*

QUESTION LXX.

Si la rente créée en écus d'or, & payable en mêmes eſpéces, ſe doit payer de la même ſorte.

SOMMAIRE.

1. *Auteurs qui ont traité la queſtion.*
2. *La juriſprudence a varié ſur cette queſtion.*
3. *Edit du roi Henry IV. de l'an 1602, qui ordonne que le rachat des rentes conſtituées en cens, ſe fera ſur le pied de ſoixante ſols par écu.*
4. *Arrêt du 3 août 1640, qui ordonne qu'une rente créée en cens ſera rembourſée ſur le pied de trois livres par écu.*
5. *A préſent l'on compte par livres, & non par écus.*
6. *Note curieuſe de Chopin, ſur le changement de la monnoie.*
7. *Auteurs qui ont traité de toutes les monnoies qui ont eu cours en France.*

QUESTION LXXI.

Si la rente dûe à l'égliſe pour fondation du divin ſervice, eſt cenſée fonciere; & ſi les arrérages ne s'en peuvent demander que des cinq dernieres années.

SOMMAIRE.

1. *Les rentes dûes pour fondation, ſont réputées foncieres.*
2. *Elles ne ſont pas compriſes dans l'ordonnance qui réduit les arrérages des rentes conſtituées aux cinq dernieres années.*
3. *Eſpéce, ſur laquelle eſt intervenu l'arrêt ci-après.*
4. *Arrêts du parlement de Bordeaux, qui ont adjugé vingt-neuf années d'arrérages des rentes dûes pour fondation.*
5. *Raiſons de l'auteur, pour juſtifier l'arrêt qui ſuit.*
6. *Arrêts du parlement de Paris, qui a réduit les arrérages d'une ſemblable rente à 5 ans.*
7. *La juriſprudence du parlement de Toulouſe adjuge vingt-neuf années.*
8. *Critique de l'arrêt du parlement de Paris.*
9. *Cenſure des arrêts de Boniface.*
10. *Il faut tenir pour une maxime certaine, que l'on peut demander vingt-neuf années*

BIU Cujas

d'arrérages d'une ſemblable rente.
11. *Quand la fondation n'a pas été ſervie, on ne laiſſe pas d'adjuger vingt-neuf années d'arrérages, qui ſont employés à l'augmentation du ſervice.*
12. *Dans les rentes de cette qualité, l'aſſignat paſſe toujours pour démonſtratif.*
13. *Le payement des arrérages d'une ſemblable rente, eſt ſolidaire.*
14. *Si la rente diminue, les héritiers du fondateur, ſont obligés d'y ſuppléer.*
15. *Si l'héritage, ſur lequel la rente eſt aſſignée, périt, elle doit être rétablie ſur d'autres héritages.*
16. *Au parlement de Toulouſe ces ſortes de rentes ſont impreſcriptibles, même contre les tiers-poſſeſſeurs.*
17. *Les arrérages ſont dûs de vingt-neuf ans, ſi ce n'eſt contre les tiers-acquéreurs.*
18. *Une ſemblable rente peut être prouvée par témoins.*

QUESTION LXXII.

Si les fondations, & preſtations annuelles dûes à l'égliſe pour le divin ſervice, ſont preſcriptibles.

SOMMAIRE.

1 *Le fond des rentes pour fondation, eſt impreſcriptible.*
2. *Moyens des demandeurs.*
3. *Moyens des défendeurs.*
4. *Sentence du bailliage de Montbriſon, qui a jugé que la rente eſt impreſcriptible.*
5. *Sentiment de M. d'Olive, pour l'impreſcriptibilité.*
6. *Une ſemblable rente eſt impreſcriptible, quoique dans le contrat elle ſoit ſtipulée rachetable.*
7. *Caractère de M. d'Olive, Henrys & du Perrier.*
8. *Eloge de M. Catelan.*
9. *Le fond des rentes dûes aux particuliers, quoiqu'elles conſiſtent en eſpéces, eſt ſujet à preſcription.*
10. *Il faut diſtinguer entre les rentes & les penſions viageres, les premieres ſont ſujettes à preſcription, les ſecondes ſont impreſcriptibles.*
11. *Les auteurs ſont partagés en trois ſectes, Bulgare admet la preſcription ſans aucune diſtinction, Martin la rejette abſolument.*
12. *L'opinion de Bulgare eſt ſuivie au parlement de Grenoble.*
13. *La même opinion eſt ſuivie dans les tribunaux de Flandres & de Brabant, à la réſerve des penſions viageres.*

QUESTION LXXIII.

Des rentes conſtituées, de leur uſage & preſcription.

SOMMAIRE.

1. *Les rentes conſtituées ne ſont pas fréquentes dans le pays de Forez.*
2. *Pour la validité d'une rente conſtituée, il faut que le contrat porte une numération réelle des deniers, & en quelles eſpéces.*
3. *L'on peut convertir une obligation en un contrat de conſtitution.*
4. *Il y a un cas où les arrérages peuvent entrer dans un contrat de conſtitution, quand c'eſt au profit de la caution qui les a payés.*
5. *Pour empêcher la preſcription des cinq années, il ſuffit d'un ſimple commandement.*

QUESTION LXXIV.

De la preſcription des arrérages, & ſi nonobſtant icelle, le ſerment peut être demandé.

SOMMAIRE.

1. *En France l'on ne peut jamais ſe diſpenſer d'affirmer.*
2. *Exception à l'égard des rentes conſtituées, & des arrérages du cens.*
3. *Quand le débiteur reconnoîtroit devoir plus de cinq années d'arrérages, l'on ne pourroit le condamner à en payer davantage.*
4. *La preuve par témoins, que le débiteur a promis de payer plus de cinq ans d'arrérages, n'eſt pas recevable, mais en ce cas il eſt obligé d'affirmer.*
5. *Un ſimple commandement ſuffit pour empêcher la preſcription, & il n'eſt point ſujet à péremption, ni l'aſſignation donnée pour raiſon de ce.*
6. *Dans les parlemens de droit écrit, l'ordonnance qui a introduit la preſcription des cinq ans, eſt ſuivie.*
7. *A Lyon les rentes conſtituées ſont immeubles.*
8. *A Lyon les rentes conſtituées ſont fort en uſage.*
9. *A Lyon, l'on appelle les rentes conſtituées, penſions.*
10. *L'on ſe ſert de ce terme dans tous les pays au-delà de la riviere de Loire.*
11. *Au parlement de Bordeaux les rentes ſont immeubles.*
13. *Edit du mois d'août 1569, qui permet aux marchands fréquentans les foires de Lyon, de diſpoſer de leurs biens meubles, & rentes conſtituées.*
14. *Arrêt d'enregiſtrement, du 4 février 1572, qui déclare les rentes immeubles, pour ce regard.*

QUESTION LXXV.

De la preſcription de l'action perſonnelle hypothécaire, & ſi elle va juſqu'à quarante ans.

SOMMAIRE.

1. *Les auteurs ſont partagés ſur l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire, les uns la bornent à trente ans, les autres l'étendent juſqu'à quarante ans.*

BIU Cujas

2. *Raiſons de ceux qui la bornent à trente ans.*
3. *Coutumes qui bornent toutes les actions à trente ans.*
4. *Coutumes qui font durer l'action perſonnelle hypothécaire juſqu'à quarante ans.*
5. *Contrariété entre la loi* ſicut *& la loi* cùm notiſſimi, cod. de præſcript. 30, vel 40, ann.
6. *Il répugne que l'action perſonnelle étant éteinte, l'action hypothécaire qui n'en eſt qu'acceſſoire ſubſiſte.*
7. *Explication de la loi 2*, cod. de luit. pign.
8. *Eloge de Loyſeau, & ſon ſentiment ſur cette queſtion.*
9. *Raiſons pourquoi après qu'un héritier a payé ſa part, l'action hypothécaire ſubſiſte encore à ſon égard.*
10. *Opinion de d'Argentré, contre la loi* cùm notiſſimi.
11. *Opinion de Papon, qui tient que dans toute la France la preſcription eſt bornée à trente ans.*
12. *Raiſons de ceux qui étendent en ce cas la preſcription à quarante ans.*
13. *Cujas, Chopin, Baquet & Bourdin, ſont de ce ſentiment.*
14. *Faber remarque pluſieurs cas où l'action hypothécaire ſubſiſte; quoique la perſonnelle ſoit éteinte.*
15. *Avis & raiſons de l'auteur, pour borner à trente ans cette action.*
16. *Limitation de l'auteur à l'hypothéque conventionnelle, qui ſubſiſte d'elle-même.*
17. *L'hypothéque légale ne doit pas produire le même effet.*
18. *Si l'hypothéque qui deſcend des actes de tutelle & des jugemens, doit être conſidérée comme légale ou conditionelle.*
19. Quid juris, *à l'égard d'un héritier qui ne poſſéde aucuns immeubles de l'hoirie.*
20. *L'action perſonnelle jointe à une hypothéque légale, ne dure que trente ans.*
21. *Dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire, dure quarante ans.*
22. *De même, dans les coutumes qui n'ont point de diſpoſitions contraires.*
23. *Au parlement de Toulouſe cette action ne dure que trente ans.*
24. *Au parlement de Bordeaux autrefois elle duroit quarante ans, mais à préſent elle ne dure que trente ans.*
25. *Réflexions ſur la diverſité de la juriſprudence ſur cette queſtion.*

QUESTION LXXVI.

Si l'acquéreur, ſous faculté de rachat, peut dès-lors de ſon contrat commencer à preſcrire les hypothéques.

SOMMAIRE.

1. *En quel tems commence la preſcription dans les ventes ſous faculté de reméré.*
2. *Raiſons du créancier, pour établir que la preſcription ne doit commencer qu'après le tems du reméré.*
3. *Le tems de retrait lignager ne commence qu'après la faculté de remeré expirée.*
4. *Au parlement de Paris, le tems de la reſtitution ne commence à courir que du jour que le délai du remeré eſt fini.*
5. *Raiſons de l'acquéreur, pour établir que la preſcription commence du jour de la vente.*
6. *Au parlement de Toulouſe, le tems de la reſtitution commence du jour de la vente.*
7. *Les raiſons de l'acquéreur ne ſont plus juridiques.*
8. *Contrariété des coutumes, ſur le tems du retrait en ce cas.*
9. *Arrêt confirmatif de la ſentence qui avoit jugé en faveur de l'acquéreur.*
10. *Un acquéreur à titre pignoratif, peut preſcrire les hypothéques.*
11. *La vente ſous faculté de reméré eſt pure & ſimple, mais elle peut ſe réſoudre ſous cette condition.*

QUESTION LXXVII.

Si la faculté réſervée par le vendeur d'être préféré en la choſe, en cas que l'acheteur vint à la vendre, eſt preſcriptible.

SOMMAIRE.

1. *Clauſe du contrat, qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Récit du fait.*
3. *Moyens des créanciers.*
4. *Diſtinction entre la prohibition d'aliéner ſtipulée par un contrat, & celle portée par un teſtament.*
5. *Moyens du vendeur.*
6. *Arrêt du 12 janvier 1604, qui fait diſtraction au vendeur.*
7. *Arrêt du 16 juillet 1644, qui entérine la requête civile obtenue par les créanciers, & déboute le vendeur.*
8. *Avis de l'auteur, que ce dernier arrêt eſt fondé ſur le laps du tems qui s'étoit écoulé depuis le contrat.*
9. *En matiere de legs & de fidéicommis, la preſcription ne commence à courir que du jour de l'aliénation.*

QUESTION LXXVIII.

De la preſcription du ſupplément de légitime.

SOMMAIRE.

1. *Eloge de M. Brodeau, & ſon ſentiment, que l'action pour le ſupplément de légitime, ne dure que cinq ans.*

BIU Cujas

2. *Avis de l'auteur, que l'action du supplément de légitime dure trente ans.*
3. *Arrêt du 15 décembre 1612, qui a jugé que cette action dure trente ans.*
4. *A présent, c'est une maxime certaine, que l'action du supplément de légitime dure trente ans.*
5. *La même jurisprudence est suivie dans les parlemens de droit écrit.*
6. *La prescription ne commence à courir que du jour du décès du pere, ou de la mere.*
7. *L'acceptation du legs n'exclud pas la demande en supplément de légitime.*
8. *Le supplément de légitime se doit payer en corps héréditaire, comme la légitime.*
9. *Si le légitimaire a reçu sa légitime en argent, il ne peut demander le supplément en corps héréditaires.*
10. *L'action du supplément de légitime passe aux héritiers & aux créanciers.*

QUESTION LXXIX.

Des servitudes, & si elles peuvent s'acquérir sans titre, & de la prescription d'icelles.

SOMMAIRE.

1. *En pays de droit écrit, il faut suivre le droit Romain, à moins qu'il n'y ait été dérogé par les ordonnances, ou par les arrêts.*
2. *La coutume de Paris ne doit point servir de régle dans les pays de droit écrit, même en matiere de servitude.*
3. *Ceux qui ont rédigé la coutume de Paris, n'ont eu intention que de régler les usages de cette ville, & de son détroit, & non pas tout le royaume.*
4. *Raisons & autorités, pour établir que l'on ne peut acquérir un droit de servitude par la prescription.*
5. *Raisons & autorités, pour établir que l'on peut acquérir une servitude, par le moyen de la prescription.*
6. *Coutumes qui admettent la prescription en matiere de servitude.*
7. *Sentence du présidial de Montbrison, qui a jugé que le droit de servitude se peut acquérir sans titre.*
8. *Suivant le dernier état du droit, les servitudes s'acquiérent par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens.*
9. *Suivant l'usage de la province, il faut trente ans.*

QUESTION LXXX.

De la régle des servitudes urbaines, & quel est l'usage d'icelles dans la ville de Lyon.

SOMMAIRE.

1. *Le droit Romain est le droit commun de tout le royaume.*
2. *Pour les servitudes urbaines, il faut avoir recours à la coutume de Paris.*
3. *Dans les pays de droit écrit, pour les vûes & fenêtres, l'on suit l'usage de la coutume de Paris.*
4. *Arrêt du 17 mai 1631, confirmatif de la sentence du sénéchal de Lyon, qui avoit condamné un voisin à réduire les fenêtres qu'il avoit sur son voisin, aux us & coutumes de Lyon.*
5. *Dans la ville de Lyon, & autres villes de la province, l'on suit en matiere de servitudes urbaines, la disposition de la coutume de Paris.*
6. *Cela n'a pas lieu pour les villages.*
7. *Cette police avoit lieu à Lyon, avant que la coutume de Paris eût été rédigée.*
8. *En Provence, l'on peut prescrire d'avoir des vûes pleines & droites sur son voisin.*
9. *Consultation, pour sçavoir si le légataire d'une de deux maisons appartenantes au testateur, peut conserver les vûes sur l'autre maison, quand le testateur ne l'a pas déclaré.*

QUESTION LXXXI.

Des bois & pascages communs, & si l'on peut les prescrire, ou les changer.

SOMMAIRE.

1. *Le droit de pâturage ne s'acquiert pas par la seule possession.*
2. *Ce droit se conserve par la seule intention.*
3. *Coutumes qui décident, qu'il faut avoir titre.*
4. *Auteurs des pays coutumiers, qui décident qu'il faut un titre.*
5. *Les auteurs du pays de droit écrit, disent la même chose.*
6. *Arrêt pour la province d'Auvergne, qui l'a ainsi jugé.*
7. *Les pâturages ne peuvent changer de nature, sans le consentement unanime de tous les intéressés.*
8. *Arrêts qui l'ont ainsi jugé.*
9. *L'ordonnance des eaux & forêts régle cette matiere.*

QUESTION LXXXII.

Si la loi *quinque pedum, C. finium regundorum*, est suivie, & si la complainte peut être reçue pour les limites, & s'il y a prescription pour elles.

SOMMAIRE.

1. *Espéce du procès, sur lequel roule la question.*
2. *Sentence du premier juge, qui ordonne que les parties nommeront des experts, pour visiter les lieux.*
3. *Moyens d'appel par la partie qui avoit formé complainte.*
4. *Moyens de l'intimé, pour soutenir qu'en semblable cas la prescription n'a pas lieu.*
5. *Avis de l'auteur, pour confirmer la sentence.*

BIU Cujas

6. *Sentence du bailliage de Montbrison, contraire à l'avis de l'auteur.*
7. *Sentiment de Tronçon, conforme à celui de l'auteur.*
8. *Sentiment de l'auteur des observations, que la complainte ne doit pas avoir lieu en semblable cas.*
9. *Sentiment du même auteur, que l'action des bornes est sujette à la prescription de trente ans.*
10. *Arrêt du parlement de Grenoble, qui a jugé que les limites sont imprescriptibles entre deux communautés.*
11. *Arrêt du parlement de Provence, qui a préjugé que les limites sont sujettes à la prescription de trente ans.*

QUESTION LXXXIII.

Si la prescription peut courir contre les chevaliers de Malthe.

SOMMAIRE.

1. *C'est un des priviléges de l'ordre de Malthe, que ses biens ne sont point sujets à aucune prescription.*
2. *En Droit, la prescription n'avoit pas lieu contre les soldats.*
3. *C'est l'ordre qui possède tous les biens, les commandeurs n'en sont que les économes.*
4. *Arrêts des parlemens de Paris & de Toulouse, qui ont cassé des baux emphithéotiques, qui n'avoient pas été faits dans les formes, après cent ans.*
5. *Arrêt du parlement de Paris, du 22 août 1622, qui casse deux contrats de 1447 & 1448.*
6. *La jurisprudence sur cette question est différente, & incertaine dans tous les tribunaux.*
7. *Au parlement de Paris, il y a des arrêts pour la prescription de quarante ans, d'autres pour celle de cent ans, & d'autres pour l'imprescriptibilité.*
8. *Le parlement de Toulouse jugeoit autrefois que la prescription centenaire suffisoit, à présent il la rejette.*
9. *Le grand-conseil admet la prescription centenaire en certains cas, en d'autres il la rejette.*
10. *Interprétation des arrêts du parlement de Paris.*
11. *Interprétation des arrêts du grand-conseil.*
12. *Interprétation des arrêts du parlement de Toulouse.*
13. *Sentiment de l'auteur des observations, que la prescription centenaire a lieu contre cet ordre, & qu'elle peut être opposée par toute sorte de personnes, & dans tous les cas.*

QUESTION LXXXIV.

De la dénonciation de nouvelle œuvre, & quand on peut passer outre au préjudice d'icelle.

SOMMAIRE.

1. *Censure de Tribonien.*
2. *Par le droit du digeste, celui qui a commencé à bâtir, a droit de continuer en baillant caution.*
3. *Par la constitution de Justinien, le juge doit tâcher de terminer le différend dans trois mois; s'il ne le peut, il doit permettre de continuer sous caution.*
4. *Dispute entre les interprétes, si la caution est recevable sur le champ.*
5. *Récit du fait, sur lequel roule la question.*
6. *Moyens de celui qui empêchoit la caution.*
7. *Moyens de celui qui l'offroit.*
8. *Avis de l'auteur, pour ordonner une visite.*
9. *Sentence qui l'a ainsi ordonné.*
10. *Distinction de l'auteur, si l'ouvrage est avancé ou non.*

QUESTION LXXXV.

Si la contenue déclarée en la saisie & aux placards ne se trouvant pas aux biens vendus par decret, il y peut écheoir maintenue ou diminution du prix.

SOMMAIRE.

1. *Distinction entre les ventes qui commencent* à corpore, vel à quantitate.
2. *Distinction entre le vendeur, & l'acheteur.*
3. *Distinction entre les ventes volontaires & les ventes judiciaires.*
4. *Il faut encore distinguer si le défaut de mesure est censé durable, ou non, & s'il n'est point récompensé d'ailleurs.*
5. *Sentiment de l'auteur en faveur de l'acheteur, suivi par sentence de Riom.*
6. *Arrêt cité par Mornac, au contraire.*
7. *Surdus a traité la question* ex professo.
8. *Quand le défaut de mesure est modique, l'adjudicataire n'est pas recevable.*
9. *L'adjudicataire doit se pourvoir sur le prix, s'il est en nature, sinon contre le poursuivant.*
10. *Sentence des requêtes du palais, qui juge toutes les questions ci-dessus.*
11. *Arrêt du 26 mars 1705, qui adjuge à l'adjudicataire trois mil cinq cent livres de dédommagement, à prendre sur les deniers consignés.*
12. *Sentiment de l'auteur des observations, que pour la répétition des droits seigneuriaux, l'adjudicataire doit se pourvoir contre le seigneur.*
13. *Arrêt du 14 mars 1611, qui l'a préjugé.*

QUESTION LXXXVI.

De la confession que doit un condamné à mort, & si elle peut détruire le droit d'un tiers.

BIU Cujas

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait, ſur lequel l'arrêt eſt intervenu.*
2. *Moyens du demandeur en lettres.*
3. *Moyens du défendeur.*
4. *Arrêt qui déboute des lettres.*
5. *Autorités, pour établir que la confeſſion d'un criminel ne peut nuire à un tiers.*

QUESTION LXXXVII.

Des incendies, & ſi les locataires en peuvent être reſponſables.

SOMMAIRE.

1. *Les loix & les juges ne peuvent donner une déciſion certaine ſur les incendies.*
2. *Explication des loix, qui parlent des incendies.*
3. *C'eſt plutôt une queſtion de fait que de droit.*
4. *Le propriétaire eſt obligé de prouver que l'incendie eſt arrivé par la faute du locataire.*
5. *Contrariétés d'arrêts remarqué par Chopin.*
6. *Sentence de Montbriſon, qui a jugé en faveur du locataire.*
7. *Bouvot rapporte des arrêts qui l'ont ainſi jugé.*
8. *Auteurs qui ont traité la queſtion.*
9. *Les locataires ſont reſponſables des incendies arrivés dans la maiſon qu'ils habitent.*
10. *La préſomption que l'incendie eſt arrivé par la faute du locataire, eſt de droit.*
11. *Arrêts qui l'ont ainſi jugé.*
12. *Si l'incendie eſt arrivé par haſard ou par une faute légere, le locataire n'en eſt pas tenu.*
13. *Les voiſins ne ſont pas tenus de la ruine des maiſons abattues pour arrêter l'incendie.*
14. *Arrêt du 2 juillet 1657, qui l'a ainſi jugé.*
15. *Arrêt du 26 février 1624, qui déclare le propriétaire de la maiſon brulée, privilégié ſur tous les meubles & marchandiſes du locataire.*
16. *L'incendie n'eſt point un cas royal.*

QUESTION LXXXVIII.

Si pour le gain & profit qu'un fermier fait, il peut être cottiſé ailleurs qu'en ſon domicile.

SOMMAIRE.

1. *Dans le reſſort de la cour des aydes de Paris, la taille eſt perſonnelle.*
2. *Si un fermier eſt cottiſable dans le lieu de ſon domicile, ou de la ferme.*
3. *Raiſons, pour établir qu'il eſt cottiſable dans le lieu de ſon domicile.*
4. *Raiſons, pour montrer qu'il eſt cottiſable au lieu de la ferme.*
5. *Arrêt de la cour des aydes, du 14 juillet 1643, qui juge que les fermiers doivent être impoſés au lieu de leur domicile.*
6. *Arrêt du 26 ſeptembre 1644, ſemblable.*
7. *Les particuliers qui ont des biens en différentes paroiſſes, doivent être impoſés dans la paroiſſe de leur domicile ſeulement.*
8. *De même de ceux qui ont des biens en différentes élections.*

QUESTION LXXXIX.

De l'exemption des mineurs pour la taille, & ſi elle s'étend juſqu'à vingt-cinq ans.

SOMMAIRE.

1. *Juſqu'à quel âge les mineurs jouiſſent de l'exemption de la taille.*
2. *La cour des aydes juge qu'ils en ſont exempts juſqu'à vingt-cinq ans.*
3. *Les arrêts du conſeil ont reſtraint ce privilége à l'âge de dix-huit ans.*
4. *Avis de l'auteur, pour reſtraindre l'exemption des mineurs, à dix-huit ans.*
5. *Remontrances au roi, du ſyndic de Forez, pour faire reſtraindre l'exemption des mineurs à dix-huit ans.*
6. *Arrêt interlocutoire du conſeil des finances, du 13 décembre 1607.*
7. *Arrêt du 21 février 1609, qui reſtraint l'exemption des mineurs, à dix-huit ans, & déclare les nobles exempts de la taille, & qui y ſoumet les eccléſiaſtiques non nobles.*
8. *Déclaration du roi du même jour, conforme à l'arrêt ci-deſſus.*
9. *Arrêt d'enregiſtrement, portant que pour les eccléſiaſtiques non nobles, remontrances ſeront faites au roi.*
10. *Requête au roi par les agens du clergé, pour avoir un délai pour avertir les eccléſiaſtiques de la province.*
11. *Requête du ſyndic du tiers-état du Forez, ſervant de réponſe à celle des agens du clergé.*
12. *Arrêt du conſeil, du 24 octobre 1609, qui accorde deux mois aux agens du clergé, pour avertir les eccléſiaſtiques de la province.*
13. *Arrêt de la cour des aydes, du 7 mars 1646, qui fait défenſes d'impoſer les mineurs à la taille, avant l'âge de vingt-cinq ans.*
14. *A préſent dans les provinces du Lyonnois, Forez & Beaujolois, les mineurs ne jouiſſent de l'exemption des tailles, que juſqu'à l'âge de dix-huit ans.*
15. *Par l'édit de 1667, les gentils-hommes ne ſont exempts de payer la taille, que pour une ſeule terre de l'exploitation de quatre charrues.*
16. *Suivant le même édit, tous les eccléſiaſtiques ſont exempts de payer la taille pour les biens de l'égliſe, & pour les biens à*

BIU Cujas

eux échus en ligne directe, juſqu'à concurrence de quatre charrues.
17. *Les officiers de la maiſon du roi employés ſur l'état, jouiſſent de l'exemption de la taille pour deux charrues.*
18. *Les ſecrétaires du roi, les officiers des cours ſouveraines, & ceux des préſidiaux & bailliages, jouiſſent de l'exemption de la taille.*

QUESTION XC.

Si la minorité ſe doit conſidérer au tems de l'induction & impoſition de la taille, ou de l'année commencée.

SOMMAIRE.

1. *Si pour impoſer à la taille un mineur, il ſuffit qu'il ait dix-huit ans accomplis lors de l'impoſition de la taille.*
2. *En Forez, l'on impoſe les mineurs à la taille, quand ils ont dix-huit ans accomplis, lors de l'impoſition de la taille.*
3. *Avis & raiſons de l'auteur, pour montrer qu'il faut que les mineurs ayent dix-huit ans accomplis au commencement de l'année.*
4. *Arrêt du conſeil d'état, du 1 octobre 1650, qui ordonne, que les mineurs qui auront atteint l'âge de dix-huit ans, ſeront compris au rôle des tailles.*

QUESTION XCI.

Si les choſes *quæ ſunt meræ facultatis*, ſont preſcriptibles ou non.

SOMMAIRE.

1. *Communément les choſes qui ſont de pure faculté, ne ſont pas ſujettes à preſcription.*
2. *Le droit de corvée & de taille eſt impreſcriptible.*
3. *Il faut diſtinguer entre la faculté qui vient de la nature ou de la loi, & celle qui deſcend de la convention des hommes.*
4. *Il faut auſſi diſtinguer entre les choſes qui ſont du droit particulier, & celles qui ſont du droit privé.*

QUESTION XCII.

Si pour les penſions foncieres, la preſcription ſe doit compter du jour du contrat ou du terme échu.

SOMMAIRE.

1. *Si la preſcription d'une rente fonciere doit commencer du jour du contrat, ou du premier terme échu.*
2. *Raiſons du créancier.*
3. *Raiſons du débiteur.*
4. *Sentiment de l'auteur, que la preſcription doit commencer du jour du contrat pour le fond de la rente, & pour les arrérages, du jour de l'échéance de chaque rente.*
5. *Dans les pays du droit, l'on ſe ſert du mot de* penſion, *au lieu de celui de* rente.
6. *Sentiment de M. du Perrier, que le fond des rentes eſt impreſcriptible.*
7. *Sentiment de l'auteur des obſervations, que le fond des rentes eſt ſujet à la preſcription de trente ou quarante ans.*
8. *Dans les parlemens de Toulouſe & de Bordeaux, les rentes ſont ſujettes à la preſcription de trente ans.*
9. *Au parlement de Grenoble, la juriſprudence n'eſt pas certaine.*

QUESTION XCIII.

Comment ſe doit entendre en une donation, la condition de payer la moitié des dettes & charges, & ſi les légitimes y ſont compriſes.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait, qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Raiſons du ſecond donataire.*
3. *Raiſons du premier donataire.*
4. *Arrêt du parlement de Paris, du 3 mai 1626, qui juge que le premier donataire n'eſt pas tenu de payer la moitié des légitimes.*
5. *Deux arrêts du parlement de Toulouſe, contraires.*
6. *La Juriſprudence des parlemens de Toulouſe, de Grenoble & de Bordeaux, contraire à celle du parlement de Paris.*
7. *Premiere exception, quand la clauſe de franc & quitte eſt inſérée dans la donation.*
8. *Seconde exception, quand dans la donation, la clauſe de payer la moitié des charges n'y eſt pas compriſe.*

QUESTION XCIV.

Si ce qui eſt donné à l'un des aſſociés, entre dans la communauté, & comment ſe doit entendre l'art. 246 de la coutume de Paris.

SOMMAIRE.

1. *Si les biens des ſucceſſions qui échéent à un des aſſociés pendant la ſociété, y entrent.*
2. *Les loix ſemblent contraires ſur cette queſtion.*
3. *Conciliation des loix.*
4. *Eloge de M. Buiſſon, Foreſien, célébre avocat au parlement.*
5. *Il faut diſtinguer entre la ligne directe, & la collatérale.*
6. *Diſpoſition des coutumes d'Auvergne & de Bourbonnois, ſur cette queſtion.*
7. *Diſpoſition de la coutume de Paris.*
8. *Arrêt du 18 mai 1646, rendu après une enquête par turbes, qui juge que ce qui eſt donné en collatérale, entre dans la communauté.*
9. *L'article 246, de la coutume de Paris, décide nettement la queſtion.*
10. *Il eſt de ſtyle dans tous les contrats de mariage de ſtipuler, que tout ce qui écherra & adviendra aux futurs époux, par ſucceſſion, donation, ou autrement, n'entrera pas en communauté.*

BIU Cujas

QUESTION XCV.

De la rupture ou continuation des sociétés.

SOMMAIRE.

1. *De la différence entre la société conventionelle, & la communauté conjugale.*
2. *Il faut un inventaire pour dissoudre toute sorte de sociétés.*
3. *Disposition des coutumes de Bourbonnois, Nivernois & Berry, sur cela.*
4. *Le droit Romain comparé à l'Océan, où l'on peut puiser incessamment.*
5. *Espéce, sur laquelle roule la question.*
6. *Raisons du survivant, pour empêcher la continuation de la société.*
7. *Avis & raisons de l'auteur, pour la continuation de la société.*
8. *L'espéce proposée par l'auteur ne doit pas être tirée à conséquence.*
9. *Si dans les pays de droit écrit, la communauté stipulée entre conjoints, continue faute d'inventaire.*
10. *Arrêts qui ont jugé pour l'affirmative.*
11. *Interprétation de l'arrêt de la maison de Sourdis.*
12. *Cet arrêt ne doit point être tiré à conséquence, pour les communautés stipulées en pays de droit écrit.*
13. *Dans les pays de droit écrit, pour dissoudre la communauté, il suffit que l'inventaire soit fidèle, il n'est pas nécessaire qu'il soit solemnel.*
14. *La coutume de Bourbonnois, doit plutôt être suivie en Forez, que celle de Paris.*

QUESTION XCVI.

Du rapport des maîtres écrivains, & s'ils doivent être convenus ou pris d'office : ensemble sur quels actes se doit faire la comparaison de lettres.

SOMMAIRE.

1. *Si en matiere de faux, il faut que les parties conviennent des piéces de comparaison, & si l'accusé doit avoir la liberté de nommer un expert de sa part.*
2. *Avis de l'auteur, que le juge doit nommer les experts.*
3. *Dans le crime de faux, le juge doit plutôt pancher pour l'accusateur que pour l'accusé.*
4. *Avis de l'auteur, que l'accusé doit convenir des piéces de comparaison.*
5. *Les piéces de comparaison doivent être du même tems ou approchant, que la piéce arguée de faux.*
6. *Deux sentences de Montbrison, qui ont jugé suivant l'avis de l'auteur.*
7. *M. le Vayer, maître des requêtes, a fait un excellent traité de la comparaison d'écritures.*

QUESTION XCVII.

De la preuve de la minorité, & par quel moyen elle se doit faire pour la rescision d'un contrat.

SOMMAIRE.

1. *Pour être reçu dans une charge, l'on peut prouver l'âge par témoins.*
2. *Pour la rescision d'un contrat, il faut que la minorité soit prouvée par écrit.*
3. *Contestation sur ce fait.*
4. *Moyens du mineur.*
5. *Moyens du créancier.*
6. *Sentence qui a reçu la preuve par témoins.*
7. *Avis de l'auteur, qu'il faut des circonstances bien précises.*
8. *L'ordonnance de 1667 permet la preuve par témoins en ce cas, quand il n'y a point de registre de baptême.*

QUESTION XCVIII.

Du mariage des veuves, & du certificat qu'elles doivent avoir du décès de leurs maris.

SOMMAIRE.

1. *Suivant la disposition des novelles de Justinien, il est défendu aux femmes des absens de se remarier, jusqu'à ce qu'elles aient eu des nouvelles de leurs maris.*
2. *La disposition du droit canonique est conforme à celle du droit civil.*
3. *A qui des deux maris, avec lesquels la femme a eu commerce la nuit du neuviéme mois, l'enfant doit appartenir.*
4. *Arrêt de réglement du 9 février 1604, portant défenses à tous les curés de marier les veuves, sans auparavant avoir un certificat en bonne forme du décès de leurs maris.*
5. *En droit, la peine de la polygamie est simplement l'infâmie.*
6. *La jurisprudence des arrêts a varié sur cela, autrefois la peine de la polygamie étoit la mort ; à présent les galeres pour les hommes & le bannissement pour les femmes.*
7. *Belle dissertation sur cette question par M. Gueret, & son éloge.*

QUESTION XCIX.

Des sorciers, & si l'on peut, pour les connoître, faire l'épreuve de l'eau, & procéder à l'instruction du procès sans appel.

SOMMAIRE.

1. *Il ne faut pas être trop crédule, ni incrédule sur le sujet des sorciers.*
2. *La province de Forez a toujours été exempte de sorciers.*
3. *Dans les procès de sortilége, le juge peut user d'artifices.*
4. *Arrêt du parlement de Paris du 10 août 1641, qui fait défenses à tous juges d'ordonner la preuve par l'eau dans les procès de sortilége, & de juger les accusés sans appel.*
5. *Ce que c'est que sortilége.*

BIU Cujas

6. *Trois raiſons, pour prouver qu'il ne peut y avoir de ſorciers.*
7. *Le parlement de Paris a raiſon de ne pas croire aux ſorciers.*
8. *Anciens arrêts du parlement de Paris, qui ont condamné des coupables de ſortilége.*
9. *A préſent le parlement ne condamne plus les gens pour ſortilége ſimplement.*
10. *De la peine de la loi divine contre les ſorciers.*
11. *Des loix des Grecs contre les ſorciers.*
12. *Des loix des Romains.*
13. *Des loix de France.*
14. *Des auteurs qui ont parlé des ſorciers.*
15. *Arrêt du conſeil d'état du 26 avril 1672, qui ordonne que les priſons ſeront ouvertes en Normandie aux accuſés de ſortilége.*
16. *Eloge de M. Ménage.*
17. *Réflexion ſur les jugemens de la chambre ardente.*
18. *Edit du mois de juillet 1682, pour la punition des devins & des empoiſonneurs.*
19. *Eloge de M. Bayle.*
20. *Eloge de M. de la Mare.*

QUESTION C.

L'artifice nuit.

SOMMAIRE.

1. *Eloge de la vérité.*
2. *Les accuſés ne doivent point avoir recours à l'artifice.*
3. *Les juges ſont des hommes qui peuvent ſe tromper.*
4. *Récit d'un procès jugé à Montbriſon, où la naïveté d'un des accuſés fit connoître ſon innocence.*
5. *Récit d'un procès jugé en la cour des aides, où l'artifice pratiqué par l'accuſé découvrit ſon crime.*
6. *Hiſtoire du levrier d'Aubry de Montdidier.*

QUESTION CI.

De la péremption de l'inſtance.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Pour former une inſtance, il faut une conſtitution de procureur.*
3. *Arrêt du 7 ſeptembre 1646, qui l'a ainſi jugé.*
4. *Eloge du parlement de Paris.*
5. *Article du réglement, qui ordonne que les inſtances ſeront ſujettes à péremption, quoiqu'il n'y ait point de conſtitution de procureur.*

QUESTION CII.

De la clauſe *outre autres dettes*, & ſi elle empêche la preſcription des obligations premieres.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Reconnoiſſance de l'auteur, que ſon ſentiment ſur la preſcription de l'action perſonnelle jointe à l'hypotécaire, n'eſt pas ſuivi.*
3. *Savoir, ſi la clauſe* outre autres dettes *inſérée dans une obligation poſtérieure, empêche la preſcription des obligations précédentes.*
4. *Raiſons du créancier contre la preſcription.*
5. *Raiſons du débiteur en faveur de la preſcription.*
6. *Arrêt qui a jugé que cette clauſe empêche la preſcription.*
7. *Cette maxime n'eſt pas certaine, il faut une reſerve des précédentes obligations.*
8. *Cette maxime eſt ſuivie au parlement de Toulouſe.*

QUESTION CIII.

Si une femme eſt tenue d'accuſer ſon mari qui a fait mourir l'enfant qu'elle avoit eu d'un premier mari.

SOMMAIRE.

1. *Il n'y a rien que le deſir des richeſſes ne faſſe faire.*
2. *Récit du fait.*
3. *Raiſons contre la femme.*
4. *Raiſons pour la femme.*
5. *Arrêt qui a dechargé la femme.*
6. *Une femme n'eſt jamais obligée de dénoncer ſon mari.*
7. *Explication des Loix qui puniſſent ceux qui ayant connoiſſance d'un crime, ne dénoncent pas les coupables.*
8. *Les peres & les enfans ne ſont pas obligés de ſe dénoncer.*
9. *Célébres jugemens de l'antiquité, qui ont rapport à cette queſtion.*

QUESTION CIV.

Si l'héritier de la veuve, qui n'a pas vécu l'année entiere de deuil, peut demander l'intérêt de ſa dot, pour le tems qui reſte.

SOMMAIRE.

1. *Si l'héritier d'une veuve qui décede avant l'an du deuil, doit avoir les intérêts de la dot depuis le décès de la veuve.*
2. *Raiſons pour l'héritier de la femme.*
3. *Raiſons pour l'héritier du mari.*
4. *Sentiment & raiſons de l'auteur, en faveur de l'héritier du mari.*
5. *Sentence du ſénéchal de Lyon, en faveur de l'héritier de la femme.*
6. *Arrêt confirmatif, du 30 mai 1648.*
7. *Du droit de viduité en pays de droit écrit.*
8. *Le droit de viduité eſt dû à la femme, encore qu'elle n'ait point apporté de dot.*
9. *Quand le mari décede avant que d'avoir reçu la dot, la veuve a le choix de jouir de ſa dot pendant l'an du deuil, ou de demander le droit de viduité.*
10. *Le mari a droit de jouir des intérêts de la*

BIU Cujas

dot pendant l'an de viduité, quoique la dot faſſe réverſion au pere ou à la mere.
11. *Dans les parlemens de droit écrit, le droit de viduité a la même hypotéque que la dot.*
12. *Le droit de viduité eſt dû à la femme, quoique l'héritier de ſon mari lui rende ſa dot incontinent.*
13. *Quand les biens du mari ſont en diſcuſſion, la femme a droit de demander les intérêts de ſa dot auſſi-tôt après le décès de ſon mari.*

QUESTION CV.

De la puiſſance des coutumes, & ſi elle peut s'étendre hors le territoire.

SOMMAIRE.

1. *Quand il s'agit de la capacité de la perſonne, il faut ſuivre la coutume du domicile.*
2. *Quand il s'agit de biens immeubles, il faut ſuivre la coutume du lieu, où ils ſont aſſis.*
3. *Un mineur demeurant à Lyon peut teſter à l'âge de quatorze ans, même des biens qu'il a en pays coutumier.*
4. *Arrêt du 24 mai 1636, qui ordonne une enquête par turbes, ſur l'uſage de l'article 25, de la coutume d'Auvergne.*
5. *La renonciation des filles dans la coutume d'Auvergne, ne s'étend point aux biens ſitués en pays de droit écrit.*
6. *Diſtinction de du Moulin, entre la renonciation conventionnelle, & celle portée par la coutume.*
7. *Interprétation de d'Argentré, ſi la renonciation conventionnelle n'eſt pas plus étendue que la coutumiere.*
8. *Diſpute entre du Moulin & d'Argentré ſur la queſtion, ſi la communauté comprend les biens acquis en pays de droit écrit.*
9. *Diſtinction de Charondas, entre la communauté coutumiere, & la conventionnelle.*
10. *Quand des perſonnes mariées en pays de droit écrit transférent leur domicile, ou font des acquiſitions en pays coutumier, la communauté n'a pas lieu.*
11. *Quand des habitans du droit écrit ſe marient à Paris, la communauté n'a pas lieu, à moins d'une ſtipulation expreſſe.*
12. *Les habitans de Paris ne peuvent diſpoſer des biens à eux appartenans en pays de droit écrit, qu'ils n'ayent atteint l'âge preſcrit par la coutume.*
13. *Les maris & les femmes de Paris peuvent diſpoſer entr'eux des biens qu'ils ont en pays de droit écrit.*
14. *Les habitans du pays de droit écrit peuvent diſpoſer des biens qu'ils ont en pays de coutume, quand ils ont atteint l'âge de puberté.*
15. *Ils peuvent teſter à Paris, à l'âge de puberté.*
16. *Quand un habitant du pays de droit écrit teſte à Paris, il ſuffit d'obſerver les formalités requiſes par la coutume.*
17. *Arrêts qui ont jugé que dans les teſtamens faits à Paris, par un habitant du pays de droit écrit, il n'eſt pas néceſſaire d'inſtituer les aſcendans, ni les deſcendans.*
18. *Sentiment de l'auteur des obſervations, contraire à cette juriſprudence.*
19. *Une fille mineure de Paris, mariée à un Lyonnois, peut diſpoſer de ſes biens, comme ſi elle étoit née à Lyon.*
20. *Des enfans mineurs de Paris demeurant chez leur tuteur à Lyon, peuvent diſpoſer comme s'ils y étoient nés.*
21. *Le douaire ſtipulé à Lyon n'eſt que viager.*
22. *Il ne ſe perd pas par les ſecondes nôces.*
23. *Le droit d'habitation accordé à une femme, ſe perd par ſon ſecond mariage.*
24. *Le douaire promis dans un contrat de mariage paſſé à Paris, par un Lyonnois qui n'y a pas un domicile permanent, n'eſt que viager, à moins qu'il ne ſoit ſtipulé expreſſément qu'il ſera propre aux enfans.*
25. *Réflexions de l'auteur des obſervations, ſur la maxime que les clauſes des contrats de mariage ſe réglent par la coutume du lieu où ils ont été paſſés.*

QUESTION CVI.

Si la fille qui renonce à la ſucceſſion des pere & mere, peut auſſi-bien renoncer à celle des freres, quoiqu'ils ne ſoient préſens ni conſentans.

SOMMAIRE.

1. *Dans le droit, l'on ne peut renoncer à la ſucceſſion d'une perſonne vivante, ſans ſon conſentement.*
2. *Les renonciations des filles ont été reçues en France, ſuivant la diſpoſition du droit canonique.*
3. *Dans les pays de droit écrit, il faut que ceux à la ſucceſſion deſquels les filles renoncent, y conſentent.*
4. *Dans les pays de coutume, l'on diſtingue entre les propres & les acquêts.*
5. *Arrêts anciens, qui ont jugé ſuivant cette diſtinction.*
6. *Récit du fait ſur lequel roule la queſtion.*
7. *Avis de l'auteur, que la renonciation d'une fille ne l'exclud pas de la ſucceſſion de ſon frere compoſée d'acquêts, quand il n'a pas conſenti à la renonciation.*
8. *Faber, dans ſon code, parle ſuivant l'uſage, & dans ſon traité* de erroribus, *il parle ſuivant ſon ſentiment.*
9. *Sentiment de Brodeau, que la renonciation d'une fille à toutes ſucceſſions directes & collatérales, l'exclud de la ſucceſſion de ſes freres, de quelque côté que viennent leurs biens.*
10. *Réponſe de l'auteur, aux raiſons de Brodeau.*

BIU Cujas

11. *Circonſtances particulieres de l'affaire.*
12. *Les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions, par iceux l'on peut déroger à la coûtume pour une partie, & s'y ſoumettre par une autre partie.*
13. *Autorités, pour montrer que l'on peut déroger aux coûtumes.*
14. *Arrêt du 2 juillet 1569, qui juge ſuivant la diſtinction des propres & acquêts.*
15 *Arrêt du 23 mars 1650, qui appointe ſur la même queſtion, avec le plaidoyer de M. Talon, contraire à cette diſtinction.*
16. *A préſent dans tout le reſſort du parlement de Paris, la renonciation de la fille à toutes ſucceſſions directes & collatérales, l'exclud de la ſucceſſion de ſes freres, ſans aucune diſtinction.*
17. *Dans les parlemens de droit écrit; la renonciation ne s'étend point aux ſucceſſions des freres.*
18. *La renonciation d'une fille peut être faite au profit des autres filles.*
19. *Les enfans mâles peuvent renoncer au profit de leurs freres.*
20. *Dans les parlemens de droit écrit, la fille qui a renoncé peut demander un ſupplément de légitime.*

QUESTION CVII.

Si en pays de droit écrit l'augment qu'une ſeconde femme gagne, eſt ſujet au retranchement de la loi.

SOMMAIRE.

1. *L'augment n'eſt pas ſujet à l'inſinuation.*
2. *Le douaire coutumier n'eſt pas ſujet au retranchement.*
3. *L'augment eſt ſujet au retranchement.*
4. *L'augment coutumier de Toulouſe eſt ſujet au retranchement.*
5. *Avis de l'auteur, que l'augment eſt ſujet au retranchement. Ainſi jugé par arrêt.*
6. *Dans la province du Lyonnois, Forez & Beaujolois, l'augment eſt dû de droit, ſans aucune ſtipulation, ſecùs dans le Mâconnois.*
7. *Dans la province du Lyonnois, Forez & Beaujolois, l'augment eſt de la moitié, quand la dot conſiſte en deniers ou en meubles; & du tiers, quand elle conſiſte en immeubles.*

QUESTION CVIII.

Si les tiers-acquéreurs peuvent preſcrire la portion virile que la femme a droit de prendre en ſon augment.

SOMMAIRE.

1. *Eſpéce de la queſtion.*
2. *Si les acquéreurs peuvent preſcrire la virile de la mere.*
3. *Raiſons des enfans, pour empêcher la preſcription.*
4. *Raiſons des acquéreurs pour établir la preſcription.*
5. *Sentence du ſénéchal de Lyon, en faveur des enfans.*
6. *Arrêt du 7 juin 1647, en faveur des acquéreurs.*
7. *Réflexions de l'auteur ſur cet arrêt.*
8. *Ce que c'eſt que la virile.*
9. *Les acquéreurs ne peuvent point preſcrire la virile pendant la vie de la mere.*
10. *Arrêt célebre, qui a jugé que les créanciers n'ont aucun droit ſur la virile de la mere, ſans une obligation expreſſe.*
11. *Autre arrêt, qui a jugé que la femme n'a pas droit de vendre l'héritage à elle donné, pour lui tenir lieu d'augment, & que l'aliénation n'eſt pas valable, même juſqu'à concurrence de la virile.*

QUESTION CIX.

Si le vendeur d'un héritage eſt préférable, quoique pour le prix il n'ait pas réſervé ſon hypothéque ſpéciale.

SOMMAIRE.

1. *Le vendeur d'une choſe mobile doit ſe réſerver ſon privilége ſur la choſe, ſinon il le perd.*
2. *En droit, le vendeur qui a ſuivi la foi de l'acquéreur, perd ſon hypothéque.*
3. *Le parlement de Toulouſe donne au vendeur une hypothéque privilégiée ſur la choſe par lui vendue.*
4. *Les anciens arrêts du parlement de Paris, n'accordent point de privilége au vendeur.*
5. *La vérité ne ſouffre point de preſcription.*
6. *Les nouveaux Arrêts du parlement de Paris, conſervent le privilége au vendeur.*
7. *Raiſons de l'auteur, pour le privilége du vendeur.*
8. *Juriſprudence du parlement de Provence, en faveur du vendeur.*
9. *Avis de l'auteur, que l'hypothéque générale réſultante du contrat ſuffit au vendeur pour lui conſerver ſon hypothéque, & ſon privilége.*
10. *Le terme moyennant une telle ſomme réſultante du contrat, empêche la novation, & réſerve les hypothéques*, importat conditionem vel modum.
11. *Arrêt d'ordre, du 7 ſeptembre 1646, qui a colloqué le vendeur par privilége juſqu'à concurrence du prix de la choſe par lui vendue.*
12. *Juſtinien diſtingue entre la vente faite argent comptant, & celle faite à crédit.*
13. *Autrefois les parlemens de Paris & de Toulouſe jugeoient que le vendeur perdoit ſon hypothéque, ſans une réſerve expreſſe.*
14. *A préſent tous les parlemens jugent que le vendeur conſerve ſon hypothéque, quoiqu'il n'en ait point fait de réſerve.*
15. *A l'égard des meubles, le parlement de Paris eſt le ſeul qui conſerve le privilége au vendeur.*
16. *A Lyon, le vendeur a droit de ſuite ſur la*

BIU Cujas

marchandise par lui vendue & transportée.

QUESTION CX.

Si les deniers déposés entre les mains des marchands négocians peuvent produire intérêt.

SOMMAIRE.

1. *Il est contre la nature du dépôt, qu'il produise des intérêts.*
2. *Il y a plusieurs loix qui autorisent les intérêts des deniers déposés.*
3. *Cela se pratique ainsi à l'égard des marchands de la ville de Lyon.*
4. *Arrêt du 3 septembre 1644, qui condamne un marchand de Lyon de payer les intérêts des sommes déposées entre ses mains.*
5. *A Lyon, tout l'argent que l'on met entre les mains des marchands, soit par forme de dépôt ou de prêt, produit des intérêts.*
6. *Cet usage est autorisé par les canons, les docteurs, les ordonnances & les arrêts.*
7. *Factum pour l'établissement de cette proposition.*
8. *Arrêt du 19 janvier 1704, qui l'a ainsi jugé.*
9. *La jurisprudence des parlemens de droit écrit sur cette matiere est fort incertaine.*
10. *Au parlement de Toulouse, il n'est pas permis de stipuler les intérêts des deniers prêtés; mais s'ils ont été payés, ils ne s'imputent pas au principal.*
11. *La même jurisprudence est suivie au parlement de Bordeaux; il y a plus, les intérêts sont dûs en vertu d'un simple commandement.*
12. *Au parlement de Provence, il est permis de stipuler les intérêts.*
13. Idem, *au parlement de Grenoble.*
14. Idem, *au parlement de Pau.*

QUESTION CXI.

Si la donation faite au profit d'un religieux, & de son couvent, est nulle au défaut d'insinuation; & si ce défaut peut être réparé, pour en être fait quelque mention au testament du donateur.

SOMMAIRE.

1. *Si la donation d'une rente annuelle & perpétuelle, faite par un pere à son fils religieux, faute d'insinuation, est nulle.*
2. *Raisons des religieux.*
3. *Raisons de l'héritier.*
4. *Arrêt qui a déclaré la donation nulle.*
5. *Sentiment de l'auteur contraire à l'arrêt.*
6. *Raisons de l'auteur des observations, pour montrer que l'arrêt n'est pas juridique.*
7. *Dans les parlemens de droit écrit, l'héritier du donateur n'est pas recevable à débattre la donation, faute d'insinuation.*
8. *Au parlement de Provence, outre l'insinuation, il faut une déclaration en jugement par le donateur.*
9. *En Dauphiné, il faut que les donations soient faites pardevant le juge, en présence de trois parens ou voisins.*

QUESTION CXII.

Comment se doit faire la vente des meubles des mineurs, & comment les tuteurs en sont comptables.

SOMMAIRE.

1. *Les mineurs sont d'autant plus favorables, qu'ils sont déplorables, en ce qu'ils sont souvent exposés à bien des frais.*
2. *Souvent les frais d'un inventaire en excédent la valeur.*
3. *Les testateurs peuvent défendre aux officiers de justice la confection de l'inventaire de leurs biens.*
4. *Inconvénient de laisser faire l'inventaire par un notaire affidé au tuteur.*
5. *Reméde à cet inconvénient.*
6. *Arrêt des grands jours tenus à Lyon en 1596, qui fait défenses aux tuteurs de retenir les meubles des mineurs pour le prix de la prisée, & ordonne de les faire vendre au plus offrant & dernier enchérisseur.*

QUESTION CXIII.

Si celui qui n'est point encore cottisable, s'établissant dans Lyon, est obligé d'y demeurer dix ans, avant que de pouvoir jouir du privilége.

SOMMAIRE.

1. *Régulierement, pour acquérir les priviléges de bourgeoisie dans la ville de Lyon, il faut y avoir demeuré dix ans.*
2. *Exception en faveur des officiers des maisons royales & des mineurs.*
3. *Arrêt de la cour des aides du 11 mars 1650, qui juge qu'un mineur allant demeurer à Lyon, n'a pas besoin de faire aucune déclaration, ni d'observer aucunes formalités.*
4. *Les formalités requises pour acquérir le droit de bourgeoisie, ne sont pas nécessaires à ceux qui sont revêtus de charges qui demandent une résidence actuelle.*
5. *L'exemption de la taille accordée aux bourgeois de la ville de Lyon, n'est pas générale, elle est bornée à une seule ferme.*
6. *Eloge de la ville de Lyon.*

QUESTION CXIV.

Si le fils qui a été pourvu de l'office acquis par le pere, peut être responsable du prix, quoique le pere seul en ait fait la promesse.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Sentence du sénéchal de Lyon, qui juge*

que

BIU Cujas

que le vendeur d'un office ayant passé quittance du prix entier, au profit d'un pere, sous la foi d'une contre-lettre, ne peut s'attaquer au fils pourvu de ce même office.
3. *Le parlement de Paris juge suivant l'équité, & les autres suivant la rigueur des loix.*
4. *Arrêt qui infirme la sentence, & condamne le fils pourvu de l'office, à payer le restant du prix.*

SUITE DU LIVRE QUATRIÉME.

QUESTION CXV.

Si, pour la faillite, mort civile, ou mauvais ménage du mari, la femme séparée de biens, peut jouir de son augment.

SOMMAIRE.

1. *L'augment est un troisiéme genre de biens qui appartient aux enfans, quoiqu'ils ne soient pas héritiers de leur pere, ou mere.*
2. *La mere qui ne se remarie pas, peut disposer d'une portion virile de l'augment.*
3. *L'augment appartient aux enfans, sans qu'ils soient obligés de rapporter ce qu'ils ont reçu en avancement d'hoirie.*
4. *L'augment ne peut appartenir aux enfans, si la mere ne survit le pere, c'est un gain de survie.*
5. *Savoir, si en cas de faillite du mari, la femme doit avoir l'augment.*
6. *Raisons de la femme.*
7. *Raisons des créanciers du mari.*
8. *Arrêt du 18 juillet 1656, qui juge que la femme doit avoir l'augment, en donnant caution.*
9. *Dans les cas de la faillite, longue absence, mort civile du mari, & de la séparation de corps & de biens, ou de biens seulement, la femme a droit de jouir de l'augment.*
10. *Convenances de l'augment, avec le douaire.*
11. *Différences entre l'augment, & le douaire.*
12. *Espéce sur laquelle est intervenu l'arrêt qui suit.*
13. *Arrêt du 19 août 1704, qui juge que l'acquéreur des biens du mari a droit de retenir par ses mains le prix de l'augment.*

QUESTION CXVI.

Si dans un contrat de mariage, ayant été convenu que le tiers des biens appartiendra au premier mâle survivant, qui descendra dudit mariage, en préciput & avantage, & au défaut des mâles, à la fille aînée, qui de même se trouvera en vie; la fille qu'elle a laissée la peut représenter, & exclure de ce tiers sa tante, fille puînée des pere & mere, & qui leur a survêcu.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait, qui a donné lieu à la question.*
2. *Avis de l'auteur, que la donation faite à la fille aînée est transmise à ses enfans, quoiqu'elle décéde avant ses pere & mere.*
3. *Raisons & autorités, pour établir son opinion.*
4. *Sentence arbitrale de cinq avocats du parlement, qui juge que la donation doit appartenir à la fille puînée, qui s'est trouvé l'aînée lors du décès de ses pere & mere.*
5. *Avis de l'auteur contre la sentence.*
6. *Nouvelles autorités, pour établir son avis.*
7. *Les juges affectent de se déterminer par de légeres circonstances du fait, ou sur de petits mots insérés dans les actes.*
8. *La représentation a lieu dans tous les dispositions contractuelles en faveur des enfans, quoique le donataire ou l'institué décéde avant le donateur, ou l'instituant.*
9. *Eloge du recueil des arrêts de M. Catelan.*
10. *Arrêt du parlement de Toulouse, du 31 mars 1651, qui juge que la donation doit appartenir à la fille de l'aînée, & non à la fille puînée.*

QUESTION CXVII.

Si les deniers constitués en faveur de mariage, avec stipulation d'emploi, pour demeurer propres, doivent être censés meubles ou immeubles.

SOMMAIRE.

1. *Espéce de la question.*
2. *La premiere distinction, est que la simple destination ne suffit pas, il faut que les deniers ayent été effectivement payés.*
3. *Seconde distinction, il ne suffit pas de la stipulation de propres, il faut que les deniers soient employés en héritages ou rentes.*
4. *La simple stipulation de propres suffit à l'égard des conjoints.*
5. *Pour rendre la somme stipulée propre immeuble à l'égard des collatéraux, il faut ajouter ces mots*, de côté & ligne.
6. *Autrefois, quand la somme avoit passé au petit-fils, elle reprenoit sa nature de meubles.*
7. *A présent il faut qu'il ait passé en collatérale.*
8. *Récit du fait.*
9. *Avis de l'auteur, que les deniers stipulés*

BIU Cujas

propres, reprennent leur nature de meubles, quand ils ont une fois passé en collatérale.
10. *Arrêt du 10 avril 1629, qui l'a ainsi jugé.*
11. *Avis de l'auteur, que dans les pays de droit écrit, une pareille stipulation n'est pas un immeuble, sur lequel les créanciers puissent être colloqués, par ordre d'hypothèque.*
12. *Une semblable stipulation n'empêche pas celui au profit de qui elle a été faite, de disposer des deniers stipulés propres, comme d'un meuble.*
13. *Celui qui fait une semblable disposition, ne peut pas s'en interdire la disposition.*
14. *Ces sortes de stipulations ne peuvent être faites que par des contrats de mariage.*
15. *En pays de droit écrit, une semblable stipulation n'empêche pas la mere de succéder aux deniers stipulés propres, comme à un meuble.*
16. *Il faut distinguer entre les personnes qui ont fait la stipulation.*
17. *Ces sortes de stipulations ne sont guères en usage dans les pays de droit écrit.*
18. *Quand il s'y en rencontre, on les régle comme à Paris.*
19. *Au parlement de Bordeaux, elles sont en usage.*

QUESTION CXVIII.

De la renonciation des filles aux successions collatérales, & si elle peut avoir lieu en pays de droit écrit.

SOMMAIRE.

1. *Savoir si la renonciation de la fille s'étend à ses enfans, & comprend les biens provenans des freres.*
2. *Sentence du bailli de Montbrison, qui déclare la petite-fille non-recevable.*
3. *Moyens d'appel de la petite-fille.*
4. *Réponse de l'héritier de l'oncle.*
5. *Arrêt du 13 avril 1635, qui confirme la sentence.*
6. *Arrêt du 29 mars 1650, qui appointe sur la question, si la renonciation s'étend aux acquêts faits par un frere.*
7. *Arrêt définitif du 24 mars 1651, qui juge que la renonciation de la fille à toutes successions, s'étend à la succession du frere, quoique composée d'acquêts.*
8. *Avis de l'auteur, qu'en pays de droit écrit la renonciation des sœurs ne s'étend pas aux successions des freres, sur-tout aux acquêts & biens adventifs.*
9. *Les enfans de la fille qui a renoncé sont exclus, aussi-bien que leur mere.*
10. *Cette régle n'a lieu que tandis qu'il y a des descendans du pere, ou de la mere qui ont stipulé la renonciation.*

QUESTION CXIX.

Quelle renonciation est requise pour la portion qu'un enfant peut espérer en l'augment gagné par la mere.

SOMMAIRE.

1. *Savoir si l'augment est un bien paternel ou maternel.*
2. *C'est un troisiéme genre de biens qui n'est ni paternel ni maternel.*
3. *L'augment n'est pas compris en la renonciation des biens paternels & maternels.*
4. *L'augment est compris en la renonciation générale de tous les droits & prétentions que la fille peut avoir.*
5. *Sentiment de Faber, conforme à cette derniere opinion.*
6. *Sentiment d'Expilly conforme.*
7. *Cela doit avoir lieu, principalement quand lors de la renonciation l'augment étoit acquis.*
8. *La question jugée à Montbrison, conformément au sentiment de Faber.*
9. *Pendant la vie du pere, il faut une renonciation expresse pour comprendre l'augment.*
10. *Après la mort du pere, la renonciation à tous les biens & droits paternels comprend l'augment.*
11. *Exception, quand la mere est remariée, & que la renonciation est à son profit, ou à celui de ses enfans du second lit.*
12. *La renonciation faite après le décès du pere ou de la mere, à tous les droits paternels & maternels, comprend l'augment.*
13. *Limitation, pourvu que la dot constituée par le frere à sa sœur, égale à-peu-près sa légitime, & sa part dans l'augment.*
14. *Distinction entre les successions échues ou à écheoir.*
15. *Toutes ces distinctions ne sont nécessaires que par rapport aux renonciations qui sont odieuses.*
16. *Dans les partages entre freres & sœurs, l'expression de l'augment n'est pas nécessaire.*
17. Idem, *dans les transactions générales.*
18. *De même, pour les cessions & transports de tous droits, ainsi jugé par sentence du châtelet de Paris, du 8 avril 1702.*
19. *L'institution universelle comprend l'augment.*
20. Idem, *de la donation universelle.*
21. *Les enfans, après le décès de leur pere, & pendant la vie de leur mere, peuvent disposer de leur part dans l'augment, comme bon leur semble.*
22. *Premiere distinction, si la mere est remariée ou non.*
23. *Deuxiéme distinction, si la disposition est expresse ou générale.*
24. *Troisiéme distinction, si la disposition est au profit des freres & sœurs, ou de leurs enfans, ou au profit des étrangers.*

BIU Cujas

QUESTION CXX.

Si par la dotation d'une fille, la renonciation que le pere en tire, l'inſtitution d'héritiere par moitié auparavant par lui faite, eſt cenſée révoquée à l'égard de cette fille.

SOMMAIRE.

1. *Eſpéce de la queſtion, ſi la renonciation d'une fille détruit l'inſtitution faite de ſa perſonne pour moitié, par le teſtament de ſon pere, antérieur à ſon mariage.*
2. *Raiſons, pour établir que l'inſtitution eſt révoquée.*
3. *Raiſons pour établir le contraire.*
4. *Avis & raiſons de l'auteur, pour établir que l'inſtitution doit ſubſiſter, nonobſtant la renonciation.*
5. *En ce cas, la fille eſt obligée de rapporter ſa dot.*

QUESTION CXXI.

Si, en la coutume d'Auvergne & autres ſemblables, on peut faire donation du tout ou de partie, à la fille qui a renoncé, & explication des articles 26, 27, & ſubſéquens de ladite coutume d'Auvergne, titre 12.

SOMMAIRE.

1. *Dans la coutume d'Auvergne, la fille dotée eſt excluſe de toutes ſucceſſions*
2. *Quel avantage l'on peut faire aux filles mariées & dotées.*
3. *Dumoulin eſtime qu'elles peuvent être rappellées par forme de legs.*
4. *Avis de l'auteur, que les donations faites à la fille par les collatéraux, ſont valables, quand même elles ſeroient univerſelles.*
5. *Opinion de Baſmaiſon, que la fille qui a renoncé, peut être inſtituée héritiere.*
6. *Opinion de Beſſian, que l'on peut donner à la fille qui a renoncé, autant qu'à un étranger.*
7. *Avis de l'auteur, touchant la donation univerſelle.*
8. *Eſpéce de la queſtion, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
9. *Arrêt du 5 Juin 1658, qui déclare nulle l'inſtitution faite par une mere au profit de ſa fille qui avoit renoncé.*
10. *Dans les pays de droit écrit, il eſt permis de diſpoſer au profit des filles qui ont renoncé, comme à l'égard des autres enfans.*

QUESTION CXXII.

Explication plus particuliere de l'article 31, du titre 14, de la coutume d'Auvergne, & de quoi l'on peut diſpoſer au préjudice de l'héritier conventionnel.

SOMMAIRE.

1. *Il n'eſt pas permis à celui qui a fait une inſtitution contractuelle, de faire des diſpoſitions à titre gratuit, au préjudice de l'inſtitué.*
2. *Arrêt du 24 mars 1635, qui a jugé que l'inſtitution du quart n'eſt pas valable au préjudice de l'inſtitution contractuelle.*
3. *Les legs faits à un incapable, appartiennent au légataire univerſel, au préjudice de l'héritier* ab inteſtat.
4. *Les inſtitutions contractuelles ne peuvent être chargées de fideicommis après coup.*
5. *Belle ſentence de Juſtinien, pour excuſer les redites.*

QUESTION CXXIII.

Si, en cas d'homicide, celui qui a fait le coup, ayant obtenu Lettres de grace, il eſt néceſſaire a celui qui a aſſiſté, d'obtenir lettres de pardon.

SOMMAIRE.

1. *Ceux qui aſſiſtent de deſſein prémédité à un homicide, ſont puniſſables.*
2. *Ceux qui ont aſſiſté à un homicide arrivé par hazard, ont beſoin de lettres de grace.*
3. *Avis des avocats de Lyon, qu'il n'eſt pas néceſſaire en ce cas d'obtenir des lettres de grace.*
4. *Avis de l'auteur, qu'en ce cas les lettres ſont néceſſaires.*
5. *Avis de Theveneau, conforme à celui de l'auteur.*
6. *Diſtinction de Charondas entre les différentes lettres.*
7. *Sentiment de M. le Bret, que celui qui a pris des armes dans l'intention de tuer, doit obtenir des lettres.*
8. *Opinion de Papon, conforme à celle de l'auteur.*
9. *Opinion de Bouchel, conforme.*
10. *Il y a trois ſortes de lettres de graces, 1°. d'abolition 2°. de remiſſion 3°. de pardon.*
11. *Cette diſtinction n'eſt pas aſſez parfaite.*
12. *L'on ne doit pas confondre les cauſes des homicides involontaires.*
13. *Les lettres ne ſont pas néceſſaires pour les homicides arrivés par cas fortuit, ou par néceſſité.*
14. *Les pauvres qui ont commis un homicide involontaire par imprudence, n'ont pas beſoin d'obtenir des lettres.*

QUESTION CXXIV.

Sur les articles 22 & 23, du titre 14, de la coutume d'Auvergne.

SOMMAIRE.

1. *Si la ſomme réſervée doit appartenir à l'héritier, ou au donataire, quand il eſt dit que faute d'en diſpoſer elle appartiendra au donataire.*

BIU Cujas

2. *Cette clauſe eſt contraire à l'eſprit de la coutume.*
3. *Les loix ſoumettent leur pouvoir à la diſpoſition de l'homme*, ſecùs *des coutumes.*
4. *Sentiment de l'auteur, que la ſomme réſervée doit appartenir à l'héritier* ab inteſtat.
5. *Suivant du Moulin, la donation de meubles que l'on aura lors de ſon décès, eſt valable entre-vifs.*
6. *Par les derniers arrêts, la donation de tous les biens que le donateur aura lors de ſon décès, a été déclarée réductible, à cauſe de mort.*
7. *Suivant le ſentiment de Ricard, la ſomme réſervée doit appartenir à l'héritier.*
8. *Quand dans la donation il eſt dit, qu'au cas que le donateur ne diſpoſe pas de la ſomme réſervée, il en fait donation à cauſe de mort au donataire, elle doit lui appartenir.*
9. *Il eſt certain que quand le donateur s'eſt réſervé une ſomme ſimplement pour en diſpoſer, & qu'il n'en diſpoſe pas, elle appartient à l'héritier.*
10. *Quand dans la donation il y a clauſe, qu'à défaut de diſpoſer de la ſomme réſervée, elle appartiendra au donataire, il faut diſtinguer les différens pays.*
11. *Progrès du droit ſur la tradition.*
12. *Dans les pays de droit écrit, la ſomme réſervée appartient au donataire.*
13. *Dans les coutumes de Bourbonnois & d'Auvergne, la ſomme réſervée appartient à l'héritier.*
14. *Dans les coutumes qui deſirent la tradition réelle, il faut diſtinguer entre les héritages & les ſommes de deniers.*
15. *Il faut auſſi diſtinguer entre les contrats de mariage, & les autres actes.*
16. *Dans les coutumes qui admettent la tradition civile, la ſomme réſervée appartient au donataire.*
17. *Dans les cas où la ſomme réſervée appartient à l'héritier, comment ſe payent les dettes, les legs & les frais funéraires.*
18. *Les legs ſe payent* pro modo emolumenti.
19. *Les legs ſont à la charge de l'héritier ſeul.*
20. Idem, *des frais funéraires.*
21. *Quand la ſomme reſervée n'eſt pas ſuffiſante pour payer les frais funéraires, tous les donataires doivent y contribuer également.*

QUESTION CXXV.

Si dans la coutume d'Auvergne, la ſociété finit par la mort d'un des aſſociés, quoiqu'étendue aux deſcendans par la convention.

SOMMAIRE.

1. *Par la diſpoſition du droit, la ſociété finit par la mort.*
2. *Dans la coutume d'Auvergne, ni la mort ni le partage ne rompent les ſociétés.*
3. *Le droit veut que les ſociétés finiſſent par la mort, de peur de bleſſer la liberté de teſter.*
4. *Les coutumes ne font pas grand cas du pouvoir de teſter.*
5. *Conciliation des loix qui paroiſſent contraires.*
6. *Eſpéce de la queſtion, ſur laquelle l'arrêt ci-après eſt intervenu.*
7. *Clauſe du contrat, qui donnoit lieu à la queſtion.*
8. *Arrêt du 31 août 1652, qui juge que la mort ni le partage ne rompent la ſociété dans la coutume d'Auvergne.*
9. *Les aſſociations ſont rares dans le Lyonnois, Forez & Beaujolois.*

QUESTION CXXVI.

Si le mari qui s'eſt aſſocié avec ſa femme & avec convenance de ſuccéder, peut faire pareille aſſociation & convenance avec un autre.

SOMMAIRE.

1. *Eſpéce de la queſtion.*
2. *Le mari aſſocié avec ſa femme, peut s'aſſocier encore avec un autre.*
3. *Mais cette aſſociation ne peut contenir une convention de ſuccéder.*
4. *Mais ſi la femme décéde la premiere, la convention de ſuccéder aura lieu.*
5. *Explication de la régle du droit*, quod ab initio non valuit, tractu temporis convaleſcere non poteſt.
6. *Dans les pays de droit écrit, les aſſociations ne ſont permiſes que dans les contrats de mariage.*

QUESTION CXXVII.

Si le pere étant décédé, l'ayeul paternel eſt cenſé avoir en ſa puiſſance les enfans.

SOMMAIRE.

1. *Par la diſpoſition du droit, les petits-enfans tomboient en la puiſſance de l'ayeul.*
2. *En France, le mariage émancipe, & par conſéquent les petits-enfans ne tombent point en la puiſſance de l'ayeul.*
3. *La fille mariée, après la mort de ſon mari, ne revient plus en la puiſſance de ſon pere.*
4. *L'ayeul ne peut ſubſtituer pupillairement à ſes petits-enfans.*
5. *Concluſion de l'auteur, qu'après la mort du pere les enfans ne paſſent point en la puiſſance de leur ayeul, & qu'il n'a pas l'uſufruit de leurs biens.*
6. *Du principe, que dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, le mariage émancipe, il y a quatre conſéquences à tirer.*
7. *Dans les parlemens de droit écrit, le mariage n'émancipe point les enfans de famille.*

8. *Dans*

BIU Cujas

8. *Dans le droit, le mariage n'eſt pas un moyen pour émanciper les enfans de famille.*
9. *La puiſſance paternelle a toujours eu lieu à Lyon.*
10. *Ce n'eſt que ſur la fin du XV ſiécle que l'on a commencé à prétendre qu'à Lyon le mariage émancipe.*
11. *Il n'y a que les grandes dignités qui émancipent.*
12. *L'office de conſeiller dans une cour ſouveraine, n'émancipe pas.*
13. *Arrêt qui a jugé que la charge de tréſorier de France n'émancipe point.*
14. *Dans les dignités eccléſiaſtiques, il n'y a que celle de l'épiſcopat qui émancipe.*
15. *Le négoce n'émancipe pas.*
16. *L'habitation ſéparée pendant dix ans, émancipe.*
17. *La majorité n'émancipe pas.*

Des effets de la puiſſance paternelle.

18. *Les enfans de famille, quelque âge qu'ils ayent, ne peuvent teſter que des pécules caſtrenſes.*
19. *Ils peuvent donner entre-vifs ou à cauſe de mort, du conſentement de leur pere.*
20. *Un pere ne peut faire donation à ſes enfans, étant en ſa puiſſance, mais la donation eſt confirmée par la mort du pere.*
21. *La donation d'un fils de famille à ſon pere eſt valable.*
22. *La preſcription ne court point contre les enfans de famille.*
23. *Le pere jouit de l'uſufruit des biens de ſes enfans.*
24. *Cette régle ſouffre cinq exceptions.*
25. *Le pere jouit des biens de ſes enfans, quoiqu'ils décedent avant lui.*
26. *Le pere qui aſſiſte au contrat de mariage de ſon fils, demeure reſponſable de la dot de ſa belle-fille.*

Des droits des peres ſur les biens de leurs enfans, après l'émancipation.

27. *Le pere, après l'émancipation, a droit de jouir de la moitié des biens de ſes enfans.*
28. *Il n'eſt pas néceſſaire de faire aucune réſerve de cet uſufruit.*
29. *Ainſi réglé par tranſaction entre mademoiſelle de Montpenſier, & madame de Guiſe.*
30. *Les peres domiciliés à Paris jouiſſent des biens de leurs enfans, ſitués en pays de droit écrit.*
31. *Les peres domiciliés en pays de droit écrit, jouiſſent des biens de leurs enfans, ſitués en pays coutumier.*
32. *Les peres ont droit de jouir de la moitié des biens qui échéent à leurs enfans, après leur émancipation.*
33. *Le pere peut renoncer à cet uſufruit, au préjudice de ſes créanciers.*
34. *Des moyens, par leſquels finit la puiſſance paternelle.*
35. *De quelle maniere doit être faite l'émancipation.*
36. *Des cas auſquels le pere peut être contraint d'émanciper ſes enfans.*
37. *L'émancipation doit être générale; cependant elle peut être faite pour un ſeul cas, quand il y a raiſon ou néceſſité.*
38. *L'émancipation particuliere ne met pas le fils en droit de teſter.*
39. *Arrêt du parlement de Paris, qui a déclaré valable le teſtament d'un fils de famille émancipé, pour la conſervation de ſes droits.*
40. *Des coutumes qui admettent la puiſſance paternelle.*

QUESTION CXXVIII.

Si le tuteur peut prendre l'étrouſſe des fruits de ſon mineur.

SOMMAIRE.

1. *Le tuteur ne peut point contracter avec ſon mineur.*
2. *Devoir des tuteurs.*
3. *Explication, & conciliation des loix ſur cette queſtion.*
4. *Arrêt du 18 mai 1658, qui déclare nulle l'adjudication des fruits des biens d'une mineure, faite à ſon tuteur.*
5. *Quand il n'y a point de fraude, le tuteur peut ſe rendre adjudicataire des fruits des biens de ſon mineur.*
6. *L'uſage de faire les baux des biens des mineurs en jugement, eſt très-utile.*

QUESTION CXXIX.

L'authentique *minoris, C. qui dare tutores*, de rechef touchée, & ſi elle a lieu contre le tuteur teſtamentaire.

SOMMAIRE.

1. *Par l'ancien droit, un créancier pouvoit être tuteur.*
2. *Par le droit nouveau, un créancier ne peut être tuteur; & s'il diſſimule ſa créance, il la perd.*
3. *En France, où les tutelles ſont datives, le premier point n'eſt pas gardé, mais le ſecond eſt obſervé à la rigueur.*
4. *Il n'y a point de diſtinction à faire entre les tuteurs teſtamentaires & les autres.*
5. *Explication de l'arrêt de Guy Pape.*
6. *Erreur de Ferrerius réfutée.*
7. *Arrêt du 22 mai 1643, qui a jugé qu'un tuteur teſtamentaire perd ſa créance, faute de l'avoir déclarée.*
8. *Sentence du préſidial de Lyon, du 10 décembre 1655, qui a jugé la même choſe.*

BIU Cujas

9. *Les tuteurs teſtamentaires ne ſont pas ſujets à la rigueur de la loi.*
10. *Les autres tuteurs ne peuvent ſe ſervir de cette excuſe, mais on peut la leur objecter.*
11. *Dans les parlemens de droit écrit, les nominateurs ſont reſponſables.*
12. *Les nominateurs ne ſont pas reſponſables dans les pays de droit écrit du parlement de Paris.*
13. *Les nominateurs ſont reſponſables en Normandie & en Bretagne.*

QUESTION CXXX.

Des promeſſes ou obligations que le tuteur exige pour conſentir au mariage de ſa mineure, & ſi les conjectures ſervent de preuves.

SOMMAIRE.

1. *C'eſt une choſe odieuſe à un tuteur, de vouloir vendre ſa mineure.*
2. *De l'effet de ſes proteſtations.*
3. *Arrêt du 9 avril 1652, qui entérine les lettres obtenues par le mari de la mineure, contre les quittances & obligations exigées de lui par le tuteur.*
4. *Eſpéce ſemblable dans un arbitrage où les lettres ont été entérinées, même contre la reconnoiſſance faite par le mari de la mineure, dans ſon contrat de mariage, d'avoir reçu trois mille livres, à titre de dot.*
5. *Arrêt du parlement de Rouen, qui fait défenſes aux tuteurs de ne rien exiger pour conſentir au mariage de leurs mineurs, à peine de punition.*

QUESTION CXXXI.

Si l'intérêt eſt dû au tuteur, des avances qu'il fait pour liquider l'hoirie.

SOMMAIRE.

1. *La loi accorde les intérêts aux tuteurs, de tout l'argent qu'ils employent utilement, pour les affaires de leurs mineurs.*
2. *L'uſage du Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois, eſt conforme à la loi.*
3. *La raiſon le deſire ainſi, afin d'engager les tuteurs à faire des avances pour leurs mineurs.*
4. *Il ne faut pas argumenter de l'hypothéque à l'intérêt.*
5. *L'intérêt eſt dû à tous ceux qui font les affaires d'autrui.*
6. *Avis des avocats de Paris contre les tuteurs.*
7. *Réponſe de l'auteur, aux raiſons de cet avis.*
8. *Avis des avocats de Lyon, en faveur du tuteur.*
9. *Dans le compte, il ne faut pas allouer les intérêts article par article, mais ſeulement à la clôture.*
10. *Eſpéce du fait très-favorable.*
11. *L'avis des parens ne ſert qu'à faire des frais, & à colorer les fraudes des tuteurs.*
12. *Il n'eſt pas néceſſaire de faire tant de diſtinctions, il faut s'en tenir à celle de la loi.*
13. *Raiſons de l'uſage de Paris.*
14. *Dans tous les parlemens du droit, l'on ſuit la diſpoſition de la loi.*
15. *Le tuteur doit avoir hypothéque ſur les biens de ſon mineur, du jour de la tutelle.*

QUESTION CXXXII.

Quelle autorité, de la mere ou du tuteur, doit prévaloir : & ſi la mere ayant marié ſa fille ſans le conſentement du tuteur, il en peut reclamer.

SOMMAIRE.

1. *Ancienne conteſtation ſur ce ſujet.*
2. *Il ſemble que l'affection de la mere étant plus grande, ſon avis doit prévaloir.*
3. *Raiſons du tuteur.*
4. *Eſpéce du ſujet de la queſtion.*
5. *Arrêt en faveur du tuteur.*
6. *Cet arrêt a été rendu ſur des circonſtances particulieres.*
7. *Arrêt en faveur de la mere.*
8. *Diſpoſition du droit ſur cette queſtion.*
9. *Inconvéniens de ſe déterminer en ſemblable occaſion, par l'avis des parens.*
10. *L'autorité du curateur n'eſt pas néceſſaire pour le mariage des mineurs.*

QUESTION CXXXIII.

Si, pour empêcher la preſcription de l'action hypothéquaire, la reſtitution du mineur profite au majeur.

SOMMAIRE.

1. *Il faut diſtinguer entre les dettes actives & les paſſives pour l'indiviſibilité.*
2. *Les dettes actives ſont diviſées de plein droit entre cohéritiers.*
3. *Si le tiers-acquéreur preſcrit l'hypothéque par dix ans, quand un des cohéritiers eſt mineur.*
4. *Raiſons du cohéritier, majeur.*
5. *Arrêt du 15 mars 1605, en faveur du cohéritier, majeur.*
6. *Réponſe à cet arrêt.*
7. *Conciliation des loix.*
8. *Diſtinction, s'il y a eu partage entre les cohéritiers ou non.*
9. *Avant le partage, les dettes ſont communes.*
10. *Si avant le partage, les cohéritiers ont formé la demande chacun pour ſa part, la demande eſt cenſée diviſée.*
11. *Arrêt du mois de mars 1650, qui a jugé que pour les dettes actives, la preſcription court contre les cohéritiers majeurs.*
12. *Sentiment de l'auteur pour ce parti.*
13. *Il ne faut pas déférer aux arrêts, quand ils ſont contraires à l'équité ou à la raiſon.*

BIU Cujas

14. *Disposition de la coutume de Bourbonnois, conforme à la décision de cet arrêt.*
15. *Les changemens en matiere de jurisprudence, ne sont pas avantageux.*
16. *La décision de ce dernier arrêt est la plus juridique.*
17. *Deux arrêts du parlement de Toulouse, qui ont jugé que dans les dettes actives, la restitution du mineur ne profite point au majeur.*

QUESTION CXXXIV.

Si l'assignation donnée en matiere de rescision un jour de dimanche, auquel les dix ans de l'ordonnance expiroient, est valable, même se trouvant posée par un qui n'est pas sergent.

SOMMAIRE.

1. *Espéce de la question.*
2. *Des actes de justice qui peuvent être faits les jours de fête.*
3. *L'exploit de la demande en retrait, peut être faite un jour de fête.*
4. *Aucun acte de justice ne peut être fait le dimanche.*
5. *Il n'y a point de parité entre la consignation en matiere de retrait, & la demande en rescision.*
6. *Tous les exploits qui sont faits par un sergent qui n'a point de caractère, sont nuls.*
7. *Il faut distinguer entre l'inhabileté de la personne, & le défaut de pouvoir.*
8. *Il faut aussi distinguer entre les juges & les sergens, ou les notaires.*
9. *Sentence du bailliage de Montbrison, qui suivant les conclusions de l'auteur, a déclaré l'exploit nul.*
10. *Eloge de la famille des Bochards.*

QUESTION CXXXV.

Si celui, qui pour quelque action se fait relever du tems qui a couru pendant sa minorité, en doit être relevé dans l'âge de trente-cinq ans.

SOMMAIRE.

1. *La prescription court contre les mineurs, mais ils peuvent être restitués.*
2. *Il suffit d'obtenir les lettres dans les trente ans, à compter depuis la majorité.*
3. *Opinion de Ferrerius, que le mineur doit obtenir des lettres dans les dix ans depuis sa minorité, réfutée.*
4. *Avis de l'auteur, que l'ordonnance de Louis XII. n'a lieu que pour les contrats, & qu'elle ne s'étend pas à la seule négligence du tems.*
5. *Progrès du droit sur cette question.*
6. *La jurisprudence du parlement de Toulouse, est conforme au sentiment de Ferrieres.*
7. *Au parlement de Grenoble, les auteurs sont partagés.*
8. *Au parlement de Bordeaux, l'on suit l'opinion de Ferrieres.*
9. *Au parlement de Provence, le mineur peut être restitué pendant trente ans, à compter du jour de sa majorité.*
10. *Eloge de M. du Perrier.*
11. *Dans les pays de droit du parlement de Paris, la prescription de trente ans, ne court point contre les mineurs.*
12. *Dans la coutume de Berry, la prescription de trente ans court contre les mineurs, mais ils peuvent être restitués.*
13. *En droit, la prescription court contre les furieux & les insensés.*
14. *M. d'Argentré estime que la prescription ne court point contre les furieux & les insensés.*
15. *Cela se juge ainsi au parlement de Toulouse.*
16. *M. d'Argentré est aussi d'avis que la prescription ne court point contre les prodigues & les interdits.*
17. *L'auteur des observations est d'un sentiment contraire.*

QUESTION CXXXVI.

Si celui qui détient un héritage à titre d'engagement, peut prescrire l'hypothéque des créanciers, qui sont précédens à son contrat gagiaire.

SOMMAIRE.

1. *Avis de Chopin, que le possesseur à titre pignoratif, prescrit les hypothéques des créanciers par cinq ans.*
2. *Avis de Brodeau, qu'en tous lieux l'acquéreur à titre pignoratif prescrit les hypothéques par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens.*
3. *Un semblable acquéreur ne prescrit point contre le vendeur.*
4. *Sentiment de l'auteur, qu'un semblable possesseur ne peut point prescrire les hypothéques des créanciers.*
5. *Conseil de l'auteur aux créanciers, de s'accommoder avec le débiteur, ou de se faire subroger en ses droits.*

QUESTION CXXXVII.

Si l'on est obligé de discuter les biens qui sont dans le ressort du parlement de Grenoble, ou de celui de Dijon.

SOMMAIRE.

1. *Au parlement de Grenoble, l'on ne fait point de décret, & l'on n'est pas obligé de discuter les biens qui sont hors de son ressort.*
2. *Le Dauphiné a retenu plusieurs des usages qu'il avoit, avant que d'être uni au royaume.*

BIU Cujas

3. *Au parlement de Dijon, l'on ne fait que de ſimples ſubhaſtations, & la diſcuſſion n'y eſt pas requiſe.*
4. *Au parlement de Paris, l'on oblige à la diſcuſſion de tous les héritages ſitués dans le royaume.*
5. *Sentence du ſénéchal de Lyon, qui diſpenſe de la diſcuſſion des héritages ſitués en Dauphiné.*
6. *Arrêt du 20 février 1655, qui infirme la ſentence, & ordonne la diſcuſſion.*
7. *Par le traité de Humbert II, avec Philippe de Valois, le Dauphiné ne peut être uni au royaume.*
8. *Auteurs qui ont traité la matiere de la diſcuſſion.*

QUESTION CXXXVIII.

Si l'on eſt obligé de diſcuter les héritages ſitués dans la principauté de Dombes.

SOMMAIRE.

1. *Opinion de du Moulin, que quand les héritages ſont trop éloignés ou trop difficiles à diſcuter, l'on doit être diſpenſé de la diſcuſſion.*
2. *La diſcuſſion n'eſt pas néceſſaire pour les biens qui ſont hors du royaume.*
3. *L'on n'eſt pas obligé de diſcuter les biens ſitués en Dombes.*
4. *Sentiment de l'auteur au contraire, à cauſe que le parlement de Dombes a ſon ſiége à Lyon, & qu'il eſt compoſé des officiers du préſidial de Lyon.*
5. *A préſent le parlement de Dombes eſt à Trevoux, & les charges de ce parlement ſont incompatibles avec celles du préſidial de Lyon.*
6. *Le roi a attribué les mêmes prérogatives au parlement de Dombes, qu'à celui de Paris.*

QUESTION CXXXIX.

Si le gain que le mari fait en ſurvivant à ſa femme, étant retourné à l'enfant du premier lit, doit être cenſé bien paternel ou maternel.

SOMMAIRE.

1. *Le gain de ſurvie fait par le mari, eſt un bien maternel.*
2. *Arrêt du 1 juin 1619, qui a jugé que l'avantage fait par une femme à ſon mari eſt propre maternel.*
3. *Diſpoſition du droit, conforme.*
4. *Opinion de du Moulin, conforme.*
5. *Sentiment de l'auteur, conforme.*

QUESTION CXL.

De la virile qui appartient à la mere qui ne ſe remarie point; & quel pouvoir elle a d'en diſpoſer.

SOMMAIRE.

1. *Eloge de ceux qui ſe rétractent.*
2. *Variation du droit, ſur le gain des avantages faits entre les conjoints.*
3. *Il faut ſe tenir à la novelle 127, qui ne dit pas que la mere doive diſpoſer expreſſément de ſa virile.*
4. *Erreur d'Irnerius, il faut plutôt s'en tenir à l'original qu'à l'extrait.*
5. *La vérité doit l'emporter ſur l'uſage, elle n'eſt point ſujette à preſcription.*
6. *Belle penſée de Cujas, ſur la rétractation.*
7. *L'eſprit de préſomption & d'opiniâtreté, eſt le caractère de ce ſiécle.*
8. *Erreur des juges & des avocats des pays de droit écrit, au ſujet de la virile.*
9. *Définition de la virile. De quelle maniere la mere peut diſpoſer de ſa virile entre ſes enfans.*
10. *Arrêt du parlement de Paris, du 23 juin 1700, qui a jugé que dans une donation univerſelle, la virile n'eſt pas compriſe.*
11. *La juriſprudence du parlement de Provence eſt contraire.*
12. *Progrès du droit ſur la queſtion, ſi l'inſtitution d'héritier comprend la virile.*
13. *Le parlement de Toulouſe juge à préſent, que l'inſtitution d'héritier d'un des enfans ne comprend pas la virile.*
14. *Le parlement de Grenoble juge, que l'inſtitution d'héritier d'un des enfans emporte la virile.*
15. Idem, *au parlement de Provence.*
16. *Toutes les diſpoſitions faites au profit d'un étranger, ne comprennent pas la virile, ſans une mention expreſſe.*
17. *Cenſure des arrêts cités par Deſpeiſſes & Boniface, & leur éloge.*
18. *Les qualités néceſſaires à un bon légiſlateur.*
19. *Quand un étranger eſt inſtitué avec un des enfans, la virile appartient à l'enfant ſeul.*
20. *Quoique l'inſtitution des enfans ſoit par portions inégales, ils partagent également la virile.*
21. *Il n'eſt pas néceſſaire que les enfans ſoient héritiers de leur mere pour avoir la virile.*

Du droit des créanciers dans la virile.

22. *Il faut diſtinguer entre les dettes contractées par le pere avant ou pendant le mariage, les premiers ont droit ſur la virile, & non les autres.*
23. *A l'égard des dettes contractées par la mere, celles faites avant ou pendant le mariage, ne ſe prennent point ſur la virile.*
24. *Les créanciers qui ont contracté avec la mere depuis la mort du pere, peuvent ſe venger ſur la virile, pourvu qu'elle leur ſoit obligée expreſſément.*

25. *La*

BIU Cujas

25. *La mere peut céder à ſes enfans, la virile, ſans que ſes créanciers puiſſent s'y oppoſer.*
26. *La mere ne peut vendre les héritages à elle donnés pour ſon augment, non pas même juſqu'à concurrence de ſa virile.*

De la preſcription de la virile.

27. *Il faut diſtinguer les tems; ceux qui ont acquis avant le mariage peuvent preſcrire. Ceux qui ont acquis pendant le mariage, ne peuvent point preſcrire. A l'égard de ceux qui ont acquis depuis le mariage, il y a beaucoup de difficulté.*
28. *Arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1647, qui a jugé en faveur de la preſcription.*
29. *Arrêt du parlement de Provence, du 14 juin 1675, qui a jugé contre la preſcription.*

De la quotité de la virile.

30. *Pour régler la quotité de la virile, il faut conſidérer le nombre des enfans, au jour du décès de la mere.*
31. *Quand une veuve ſe fait religieuſe, il faut conſidérer le nombre des enfans, au jour de la profeſſion.*
32. *Après la mort du pere & pendant la vie de la mere, les enfans peuvent diſpoſer de leur part dans l'augment.*

Du partage de la virile entre les enfans.

33. *Quand il y a des enfans de différens lits, les enfans de chaque lit prennent la virile qui vient de leur pere, quand leur mere n'en a pas diſpoſé expreſſément.*
34. *La virile n'entre point dans la compoſition de la légitime de la mere.*
35. *Conſultation de l'auteur des obſervations ſur cette queſtion, entre les petits-enfans de M. Henrys.*

De la virile du pere.

36. *La virile du pere ſe régle comme celle de la mere.*
37. *Dans la coutume de Toulouſe, le mari gagne une portion virile dans la dot de ſa femme.*
38. *Avis & vœux de l'auteurs des obſervations, pour retrancher toutes ces difficultés.*

QUESTION CXLI.

La prohibition de la loi *Julia, de fundo dotali non alienando*, de rechef agitée, & confirmée par arrêt.

SOMMAIRE.

1. *Dans le tome premier l'auteur établit, que la femme peut obliger ſa dot.*
2. *Le contraire depuis jugé.*
3. *L'uſage a beaucoup de force, & l'on a de la peine à s'en départir.*
4. *Raiſons & autorités, pour montrer que l'on ne doit pas permettre aux femmes d'obliger & aliéner leurs biens dotaux.*
5. *La prohibition de la loi* Julia *a été étendue par Juſtinien à la donation à cauſe de nôces.*
6. *Arrêt du 7 ſeptembre 1654, qui juge que l'obligation de la femme pour raiſon de ſa dot, n'eſt pas valable.*
7. *Arrêt ſur requête civile, qui juge que nonobſtant les obligations contractées par la femme pendant le mariage, elle jouira de ſa dot, de ſon augment & intérêt.*
8. *Oppoſition de l'auteur à l'acte de notoriété, demande & délivré dans ſon ſiége, portant que la femme peut obliger.*
9. *Des différences entre le juriſconſulte Velleïen, & la loi* Julia, de fundo dotali.
10. *Arrêt du 12 mai 1657, ſur la requête civile ci-deſſus, dans ſon entier.*
11. *Autre arrêt ſur requête civile, du 13 juillet 1658, qui confirme la loi* Julia, de fundo dotali.

QUESTION CXLII.

Si un mariage étant déclaré nul par impuiſſance, cette nullité marche en arriere, & peut empêcher qu'un enfant né avant la ſentence du juge d'égliſe, ne ſoit pas adulterin, & ne puiſſe être légitimé.

SOMMAIRE.

1. *Si l'enfant né pendant le mariage d'un homme impuiſſant, peut devenir légitime par le mariage ſubſéquent avec le pere de cet enfant.*
2. *Raiſons pour la validité de la légitimation.*
3. *Raiſons contre la légitimation.*
4. *Arrêt célébre du 13 juin 1651, en faveur de M. le duc de Vendôme, contre Madame la ducheſſe d'Elbeuf ſa ſœur, contenant les pladoyers des avocats des parties; & de M. Talon, avocat général, par lequel Madame d'Elbeuf eſt déclarée non-recevable en ſa requête, tendante à conteſter l'état de M. de Vendôme, ſur ce qu'il étoit né pendant le mariage de leur mere avec M. de Liancourt, depuis déclaré impuiſſant.*

QUESTION CXLIII.

Si les gentils-hommes peuvent jouir & exploiter par leurs mains ou par leurs ſerviteurs, plus que d'une terre & ſeigneurie.

SOMMAIRE.

1. *Eloge de la nobleſſe de France.*
2. *Les gentils-hommes n'ont droit de jouir*

BIU Cujas

& faire valoir par leurs mains qu'une seule ferme.
3. *Arrêt du conseil d'état, du 22 octobre 1650, qui ordonne que les gentils-hommes de Beausse jouiront de l'exemption de la taille, pour toutes leurs terres, quand ils les feront valoir par leurs mains.*
4. *Déclaration du roi du 8 novembre 1650, conforme à l'arrêt ci-dessus.*
5. *Arrêt d'enregistrement au parlement, du 16 janvier 1651.*
6. *Par l'édit du mois d'avril 1667, les gentils-hommes ne peuvent faire valoir qu'une seule terre de labour de quatre charrues.*

QUESTION CXLIV.

Si les tailliables peuvent être cottisés hors le lieu de leur domicile, pour les biens qu'ils exploitent & cultivent ailleurs par leurs mains, sans les mettre en ferme.

SOMMAIRE.

1. *Dans le ressort de la cour des aides de Paris, la taille est personnelle.*
2. *Les taillables ne doivent être imposés que dans la paroisse de leur domicile, quoiqu'ils ayent des héritages ailleurs, & qu'ils les fassent valoir.*
3. *Arrêt de la cour des aides du 14 juillet 1643, qui ordonne que les taillables seront imposés au rôle de leur paroisse pour tous leurs biens.*
4. *Autre arrêt du 26 septembre, qui ordonne la même chose.*

QUESTION CXLV.

Si l'action tutelaire, & en reddition de compte, & celle du dépôt, se peuvent prescrire, & par quel tems.

SOMMAIRE.

1. *Quoique le mineur soit toujours réputé mineur à l'égard de son tuteur, néanmoins l'action tutelaire se prescrit par trente ans.*
2. *Progrès du droit sur cette question.*
3. *Les actions perpétuelles se prescrivent par trente ans.*
4. *Réponse aux raisons contraires.*
5. *L'action pour revendiquer un depôt est perpétuelle, tandis que la chose déposée est en nature.*
6. *L'action du dépôt se prescrit par trente ans, quand la chose déposée n'est plus en nature.*
7. *Le mineur doit se pourvoir dans les dix ans de sa majorité contre les actes par lui passés avec son tuteur.*
8. *Explication de l'article premier de la reddition des comptes de l'ordonnance de 1667.*
9. *Il faut distinguer entre le compte & ses suites. L'action pour rendre compte est imprescriptible.*
10. *L'action du payement du reliqua, restitution des pièces, réformation des erreurs & omissions, se prescrit par trente ans.*
11. *L'erreur de calcul se prescrit aussi par trente ans.*
12. *Les intérêts d'intérêts courent après la majorité jusqu'à ce que le compte soit rendu.*
13. *Par la clôture du compte, l'on compose un capital de tout le reliqua qui produit des intérêts de plein droit.*
14. *Arrêt célèbre pour l'imprescriptibilité du dépôt, en faveur de Catherine de Medicis, contre l'évêque de Clermont.*

QUESTION CXLVI.

Si in condictione indebiti usuræ veniant.

SOMMAIRE.

1. *Les intérêts ne sont pas dûs, sans demande, d'une somme payée par erreur.*
2. *Erreur de Mornac, qui estime que l'on peut répéter les intérêts avec le principal, réfutée par l'auteur.*
3. *Celui qui paye par erreur, est censé faire une espece de prêt, que l'on appelle* promutuum, *qui se régle comme le prêt.*
4. *Celui qui reçoit par erreur une somme qui ne lui est pas dûe, ne peut être présumé en mauvaise foi que du jour de la demande qui lui en est faite.*
5. *Il faut distinguer entre les sommes payées volontairement, & celles payées par contrainte; au premier cas les intérêts ne sont pas dûs sans demande; dans le second cas, ils sont dûs de droit.*
6. *Il faut aussi distinguer entre les choses stériles de leur nature, & celles qui produisent des fruits naturellement.*
7. *Quoique celui qui reçoit une somme non-dûe soit de mauvaise foi, ou qu'il le devienne dans la suite, il ne doit les intérêts qu'après une demande en justice.*
8. *Comparaison du prêt avec le payement d'une somme non-dûe, appellée* promutuum.
9. *Dans l'un & l'autre cas, il faut une demande en justice pour produire des intérêts.*
10. *Confirmation de la distinction entre les choses stériles, & celles qui produisent des fruits de leur nature.*

QUESTION CXLVII.

Que la cause d'appel étant périe, on ne doit point examiner le fonds, quoiqu'il y ait un vice d'usure apparent.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Moyens de l'appellant, pour montrer que la péremption ne couvre pas l'usure.*
3. *Moyens de l'intimé pour prouver qu'après la péremption de l'appel, l'on ne doit plus examiner le fond.*

BIU Cujas

4. *Arrêt qui l'a ainſi jugé.*
5. *Sentiment de M. Lepreſtre, que le ceſſionaire d'une rente peut demander les intérêts du principal & des arrérages, réfuté par l'auteur.*
6. *L'arrêt de réglement du 8 mars 1692, dit que la péremption de l'appel emporte confirmation de la ſentence.*
7. *La péremption a été ſagement établie pour punir la négligence & la malice des plaideurs.*
8. *Ce que c'eſt que l'anatociſme.*
9. *L'anatociſme eſt permis en certains cas.*
10. *Il y a un cas où l'on peut demander les intérêts des arrérages des rentes.*
11. *Eloge de M. Hevin, & de ſon traité ſur les intérêts.*

QUESTION CXLVIII.

Si le créancier, ayant fait déclarer l'héritage d'un tiers-acquéreur hypothequé pour ſa dette, à la charge de la diſcuſſion, eſt obligé de faire cette diſcuſſion dans un tems préfix, & explication de la loi *diffamari. C. de ingenuis manumiſſis.*

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Sentence du bailli de Forez, qui ordonne que le créancier fera la diſcuſſion dans un certain tems.*
3. *Moyens d'appel du créancier.*
4. *Moyens du tiers-détenteur.*
5. *Sentence du préſidial de Lyon, qui infirme celle du bailli, ſi mieux n'aime le tiers-détenteur faire la diſcuſſion lui-même.*
6. *Explication de la loi* diffamari.
7. *Arrêt du 17 décembre 1621, confirmatif de la ſentence du préſidial de Lyon.*
8. *La loi* diffamari *eſt en uſage dans les parlemens de droit écrit.*
9. *Origine du bénéfice de diſcuſſion.*
10. *Tous les auteurs ſoutiennent que le tiers-détenteur eſt recevable à faire différentes indications.*
11. *Dans les arrêts de M. le premier préſident de Lamoignon, il y a un article contraire.*
12. *Eloge de M. Dreux.*
13. *Arrêt du 20 janvier 1701, qui juge que l'acquéreur n'eſt pas recevable à faire une ſeconde indication.*
14. *Le juge ne peut pas ordonner d'office la diſcuſſion, quand elle n'eſt pas demandée par la partie.*
15. *Quand la diſcuſſion n'a pas été propoſée en premiere inſtance, elle ne peut l'être en cauſe d'appel.*
16. *Eſpéce de récit du fait, ſur lequel eſt intervenu l'arrêt qui ſuit.*
17. *Eloge de M. Mainguy.*
18. *Arrêt du premier ſeptembre 1705, qui juge que la diſcuſſion ne peut être ordonnée d'office, & qu'elle ne peut être propoſée en cauſe d'appel, quand elle ne l'a pas été en cauſe pricipale.*
19. *Arrêts qui ont condamné la partie qui requiert la diſcuſſion, d'en avancer les frais.*
20. *Cette maxime a lieu contre le cédant, auſſi-bien que contre le tiers-détenteur.*

QUESTION CXLIX.

Si le propriétaire des prés qui ſont au-deſſous du béal d'un moulin, y peut prendre l'eau pour leur irrigation, & ſi la poſſeſſion en peut acquérir le droit.

SOMMAIRE.

1. *Les arrêts qui ſont ici rapportés, ont plutôt jugé la queſtion de fait, que celle de droit.*
2. *Le propriétaire d'un moulin, eſt cenſé l'être du canal par où l'eau paſſe.*
3. *L'on ne peut avoir droit de prendre de l'eau dans le canal d'un moulin, ſans titre.*
4. *Les ſervitudes ſont contre le droit commun, ainſi il faut un titre pour les établir.*
5. *Sujet de la conteſtation, ſur laquelle les arrêts ci-après ſont intervenus.*
6. *Les ſeigneurs hauts-juſticiers ſont maîtres des ruiſſeaux; l'on ne peut y prendre de l'eau ſans leur permiſſion.*
7. *Arrêt du 15 juillet 1656, qui fait défenſes de détourner l'eau du béal d'un moulin.*
8. *Arrêt du 13 décembre 1608, qui a jugé la même choſe.*
9. *Explication du mot* béal.
10. *Arrêt du 7 ſeptembre 1596, par lequel il a été jugé que le propriétaire d'un pré a droit de conduire & faire paſſer l'eau néceſſaire pour l'arroſer, ſur les héritages voiſins.*

QUESTION CL.

Si la vente d'un domaine faite par un accuſé ou contumax, peut être valable, & des circonſtances qui marquent la fraude.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Avis & raiſons de l'auteur, pour établir que la vente faite par un coupable, même avant ſa condamnation, n'eſt pas valable.*
3. *Sentence du bailli de Montbriſon, du 11 mars 1652, confirmée par un arrêt contradictoire du 24 avril 1654, qui a déclaré la vente nulle.*
4. *Auteurs qui ont traité la queſtion.*

Si la mort civile donne ouverture au fideicommis.

5. *Les docteurs ſont partagés ſur cette queſtion.*

BIU Cujas

6. *Les anciens arrêts jugeoient que la mort civile faiſoit ouverture au fideicommis.*
7. *Les nouveaux arrêts jugent que la mort civile ne donne point ouverture à la ſubſtitution, ni au droit de retour.*

Si le profeſſion de la vie religieuſe donne ouverture aux ſubſtitutions.

8. *Le parlement de Toulouſe a toujours jugé pour l'affirmative.*
9. *Le parlement de Paris a varié, à préſent il juge comme celui de Toulouſe.*
10. *Ricard ſoutient la négative, & Gueret l'affirmative.*

QUESTION CLI.

Le vendeur ayant convenu que le prix lui ſera payé dans un certain tems, & que juſqu'à ce l'on lui payera certaine ſomme, ſi excédant le juſte intérêt, la convention eſt valable.

SOMMAIRE.

1. *Moyens pour établir que l'on peut ſtipuler des intérêts plus forts que ceux de l'ordonnance.*
2. *Moyens pour établir la négative.*
3. *Arrêt qui a réduit les intérêts au taux de l'ordonnance.*
4. *La ſtipulation d'intérêt dans une donation, doit être réduite* ad legitimum modum.
5. *Le teſtateur peut ordonner que les intérêts d'une ſomme par lui léguée, ſeront payés ſur un pied plus haut.*
6. *Arrêt du 29 décembre 1648, qui juge que le vendeur ne peut ſtipuler des intérêts plus forts.*
7. *Sentiment de Brodeau, contraire à l'arrêt.*
8. *Doctrine de du Moulin, conforme à l'arrêt.*
9. *Opinion de du Moulin, qu'un teſtateur peut ordonner qu'il ſera payé au légataire des intérêts plus hauts.*

QUESTION CLII.

S'il eſt néceſſaire que ceux qui s'obligent conjointement & ſolidairement, renoncent au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion.

SOMMAIRE.

1. *Par le droit du digeſte, il ſuffiſoit pour rendre l'obligation ſolidaire, qu'il ne fût pas déclaré que chacun s'obligeoit pour ſa part.*
2. *Par le droit du code, il n'y avoit rien de certain.*
3. *Par le droit des novelles, il faut que la ſolidité ſoit exprimée.*
4. *Deux arrêts dans M. Bouguier, par leſquels il a été jugé que le mot* conjointement, *ſuffit pour rendre une obligation ſolidaire.*
5. *Sujet de la conteſtation, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
6. *Arrêt du 8 février 1642, qui juge que le mot* ſolidairement *ſuffit, ſans qu'il ſoit beſoin de faire mention de la renonciation au bénéfice de diviſion & diſcuſſion.*
7. *Des conditions requiſes pour la validité d'une obligation ſolidaire.*
8. *Invective de M. Paſquier, contre ceux qui ſoutiennent que la renonciation aux bénéfices de diviſion & diſcuſſion eſt néceſſaire.*
9. *Arrêt du parlement de Toulouſe, du 16 mai 1652, qui a jugé que la renonciation aux bénéfices de diviſion & diſcuſſion, n'eſt pas néceſſaire.*
10. *Sujet de la conteſtation, qui a donné lieu à l'arrêt qui ſuit.*
11. *Arrêt du 18 mai 1706, qui juge que le porteur d'une lettre de change peut agir ſolidairement contre le tireur & les endoſſeurs.*

QUESTION CLIII.

Si le pere, qui en mariant un de ſes fils, a promis de l'inſtituer héritier avec ſes autres enfans mâles, eſt obligé par-là d'établir entr'eux une égalité.

SOMMAIRE.

1. *Eſpéce du fait.*
2. *Raiſons pour établir l'égalité.*
3. *Raiſons au contraire.*
4. *L'inſtitution contractuelle, même la ſimple promeſſe d'inſtituer, eſt irrévocable.*
5. *Cette irrévocabilité n'a lieu qu'en faveur de ceux de qui elle eſt faite.*
6. *L'inſtitution contractuelle ne peut être débattue par les autres enfans, que juſqu'à concurrence de leur légitime.*

QUESTION CLIV.

Si la condamnation ſolidaire obtenue contre l'un des coobligés, & ſa demeure, peut nuire aux autres, & réflexion particuliere ſur les arrêts contraires intervenus à ce ſujet.

SOMMAIRE.

1. *La demande faite à l'un des coobligés, interrompt la preſcription à l'égard des autres.*
2. *Il faut dire la même choſe de la condamnation des intérêts.*
3. *Arrêt du 16 avril 1630, qui l'a ainſi jugé.*
4. *Arrêt poſtérieur cité par Brodeau, qui a jugé le contraire.*
5. *Savante*

BIU Cujas

5. *Sçavante dissertation de l'auteur pour l'affirmative.*
6. *Censure contre Faber, en faveur de du Moulin.*
7. *Conseil de l'auteur, de faire élire à tous les coobligés un même domicile irrévocable.*
8. *Consultation de M. Vesin, qui établit que la condamnation d'intérêts prononcée contre l'un des coobligés, nuit à tous les autres.*

Si un coobligé qui a payé toute la dette, sans prendre cession ou subrogation du créancier, peut agir contre ses coobligés.

9. *M. Charles du Moulin tient l'affirmative.*
10. *Le président Faber soutient la négative.*
11. *Le coobligé qui a payé, a l'action du mandat; mais cette action n'est pas solidaire sans subrogation de la part du créancier.*
12. *Le coobligé qui a pris subrogation, peut agir solidairement, sa part déduite.*
13. *Les cautions solidaires ne sont pas cautions entr'elles.*
14. *La caution peut répéter la dette sans subrogation.*
15. *Arrêt du parlement de Toulouse, du 7 avril 1663, qui a jugé que la demande contre les coobligés, fait courir les intérêts contre tous les autres.*
16. *Arrêt du même parlement, du mois d'avril 1663, qui a jugé le contraire à l'égard des cohéritiers.*
17. *Savoir si la demande contre le principal débiteur interrompt la prescription. M. du Perrier tient la négative, M. Catelan tient l'affirmative.*
18. *La demande contre le principal débiteur, fait courir les intérêts contre la caution.*
19. *Les cautions judiciaires ne jouissent pas du bénéfice de division & de discussion.*
20. *La demande contre le principal débiteur interrompt la prescription à l'égard de la caution judiciaire.*

QUESTION CLV.

Si un procureur ensuite du pouvoir à lui donné, ayant accepté une étrousse de fruits, est obligé de le faire signifier à la partie, ou s'il suffit qu'il affirme de lui en avoir donné avis.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait.*
2. *Conclusions de l'auteur, en faveur du procureur.*
3. *Sentences de Montbrison & du présidial, qui jugent que le procureur doit être cru à son affirmation, d'avoir donné avis à sa partie qu'il s'étoit rendu adjudicataire pour elle.*
4. *Arrêt du 7 juin 1658, confirmatif.*
5. *Dissertation sur la question, si un procureur, faute d'avoir fait sa déclaration dans les quarante jours, est tenu en son nom de payer les lods & ventes.*
6. *Arrêt du 2 juillet 1705, qui sur la demande du seigneur contre le procureur, met les parties hors de cour, & condamne la partie à payer les lods.*

QUESTION CLVI.

De his quæ in fraudem creditorum fiunt, & si la fraude peut être facilement présumée entre personnes proches.

SOMMAIRE.

1. *Sujet de la contestation.*
2. *Un frere ne peut se départir de sa légitime en faveur de son frere, en fraude de ses créanciers.*
3. *Moyens pour établir la fraude.*
4. *Moyens du frere, pour établir la validité de la transaction passée avec son frere, portant quittance.*
5. *Arrêt du 23 juin 1640, qui condamne le frere, nonobstant la transaction, à payer; sans avoir égard à la quittance de son frere.*

QUESTION CLVII.

De la novation; & si le fidéjusseur du préposé en une société de négociation, peut être censé libéré par un contrat postérieur & de dissolution.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait, & du sujet de la contestation.*
2. *Moyens pour établir que la caution d'un associé demeure déchargée, quand cet associé a vendu sa part dans la société, du consentement des créanciers.*
3. *Moyens pour établir le contraire.*
4. *Réplique de l'héritier de la caution.*
5. *Sentence des requêtes du palais, en faveur de l'héritier de la caution.*
6. *Sentiment de Charondas, conforme à la sentence.*
7. *De la novation; comment elle se fait. Progrès du droit sur cela.*
8. *Arrêt du 23 janvier 1698, du parlement de Paris pour la ville de Lyon, qui a jugé conformément à la loi derniere, cod.* de novat.
9. *Arrêt du parlement de Toulouse, du mois de juin, conforme.*
10. *Eloge de M. Catelan.*
11. *La même jurisprudence est suivie dans les parlemens de Guyenne & de Provence.*
12. *Arrêt du 21 avril 1598, qui a jugé*

BIU Cujas

que dans les pays de coutume, il faut ſuivre la loi derniere, cod. de novat.
13. *Doctrine de du Moulin & de Loyſeau, conforme.*
14. *Le plus sûr, eſt de faire réſerve des anciennes hypothéques.*
15. *Les magiſtrats de ce tems tiennent à honneur d'être praticiens.*

QUESTION CLVIII.

Qui doit être préféré ſur les meubles que le mari laiſſe après ſon décès, ou la veuve ou le propriétaire de la maiſon, ou le boucher pour la chair qu'il a fournie.

SOMMAIRE.

1. *Les apoticaires, pour les médicamens fournis pendant la derniere maladie, ſont préférés ſur les meubles à la femme.*
2. *Les bouchers, boulangers & autres qui ont fourni les alimens, ne ſont pas préférés à la femme.*
3. *La difficulté eſt plus grande à l'égard du propriétaire de la maiſon.*
4. *Raiſons pour établir les priviléges de la femme.*
5. *Raiſons pour établir les priviléges du propriétaire.*
6. *Sentiment de Chopin, pour le propriétaire.*
7. *Sentiment d'Automne, pour la femme.*
8. *Arrêt du parlement de Bordeaux, du 15 mars 1615, en faveur de la femme.*
9. *Les loix ont accordé aux femmes trois différens priviléges ſur les biens de leurs maris.*
10. *Dans les pays de droit écrit du reſſort de Paris, les femmes ont un droit perſonnel & tacite ſur les biens de leurs maris.*
11. *Trois arrêts qui l'ont ainſi jugé.*
12. *La femme a les mêmes priviléges pour ſon augment, que pour ſa dot.*
13. *Le privilége de la premiere femme paſſe à ſes enfans, au préjudice de la ſeconde femme.*
14. *La loi* aſſiduis *n'eſt pas ſuivie dans les pays de droit du reſſort de Paris.*
15. *Elle n'eſt pas ſuivie non plus aux parlemens de Bordeaux, de Grenoble & d'Aix.*

QUESTION CLIX.

Si le mari & la femme, ayant ſtipulé une communauté de meubles, les beſtiaux des domaines ſont cenſés y être entrés.

SOMMAIRE.

1. *Sujet de la conteſtation.*
2. *Moyens, pour ſoutenir que les beſtiaux ſont immeubles.*
3. *Moyens, pour établir qu'ils ſont de la même nature que l'héritage auquel ils ſont attachés.*
4. *Avis de l'auteur pour ce dernier parti.*
5. *Dans les pays de droit écrit, les beſtiaux n'entrent point en communauté.*
6. *Les beſtiaux ſont meubles, & ſont compris dans le legs des meubles.*
7. *Arrêt du parlement de Grenoble, qui juge que le legs d'un domaine comprend les beſtiaux qui s'y trouvent du jour du décès du teſtateur.*
8. *Deux arrêts du parlement de Paris, qui jugent que les baux à chaptel de beſtiaux ſont meubles.*
9. *Il y a deux différentes ſortes de chaptel de beſtiaux.*
10. *Orïgine du contrat de chaptel. Auteurs & coutumes qui en parlent.*

QUESTION CLX.

Par quel tems l'abſence peut faire préſumer la mort, & donner lieu à un partage proviſionnel.

SOMMAIRE.

1. *Dans le droit, un homme n'eſt préſumé mort qu'après cent ans.*
2. *Les coutumes d'Anjou & du Maine, après ſept ans d'abſence, permettent aux héritiers de ſe mettre en poſſeſſion des biens de l'abſent.*
3. *Les arrêts ont limité ce tems à neuf années.*
4. *Contrariété d'arrêts ſur cette queſtion.*
5. *Opinion de Bartole, qui deſire outre la longue abſence, des conjectures pour faire préſumer la mort.*
6. *Eſpéce du fait, ſur lequel l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
7. *Sentence du bailli de Montbriſon, qui a jugé que ſept ans d'abſence ne ſont pas ſuffiſans pour faire préſumer la mort.*
8. *Arrêt du 13 juillet 1654, qui confirme la ſentence.*
9. *Nouvelle conteſtation ſur ce ſujet après dix ans.*
10. *Moyens des héritiers, pour établir que dix ans ſont ſuffiſans pour faire préſumer la mort d'un abſent.*
11. *Moyens pour établir le contraire.*
12. *Avis & raiſons de l'auteur, pour montrer que dans cette eſpéce il n'y avoit pas lieu d'admettre les héritiers de l'abſent à un partage proviſionnel.*
13. *Pour ſavoir en quel tems un abſent eſt réputé mort, il faut diſtinguer les différens cas & les différentes perſonnes.*
14. *A l'égard des femmes, il faut diſtinguer entre le lien du mariage & les conventions. Dans le premier cas, le mari abſent n'eſt point réputé mort ſans preuve. Dans le ſecond cas, après dix ans la femme peut demander ſes conventions matrimoniales.*
15. *A l'égard des enfans de famille, ils peu-*

BIU Cujas

vent se marier après trois ans d'absence de leur pere.
16. *Un fils de famille absent est réputé vivant, par rapport au testament de son pere, & à sa légitime.*
17. *A l'égard des créanciers, le débiteur est toujours réputé vivant.*
18. *A l'égard des héritiers, après dix ans d'absence, ils peuvent demander le partage des biens de l'absent, en donnant caution, laquelle demeure déchargée après 30 ans.*
19. *L'absent est réputé mort du jour de son départ, ou de la derniere nouvelle.*
20. *Le Brun est d'un sentiment contraire.*
21. *Eloge des arrêts de M. le premier président de Lamoignon, & de ceux qui y ont travaillé.*
22. *Arrêts du parlement de Toulouse, qui ont jugé que l'absent est réputé mort du jour de son absence.*
23. *Quand l'absent a fait un testament, la jouissance doit être donnée à l'héritier institué, s'il est héritier présomptif, sinon à l'héritier légitime.*
24. *L'héritier légitime ne doit avoir la jouissance que pendant dix ans.*
25. *L'héritier légitime est obligé de rendre les fruits, quand l'héritier institué justifie de la mort de l'absent.*
26 *Pendant l'absence, le plus proche héritier peut demander la cassation des actes préjudiciables à l'absent.*
27. *La fin de non-recevoir des dix ans, ne court pas contre l'héritier institué.*
28. *Arrêt du 23 mars 1688, du parlement de Paris, qui juge qu'un absent est réputé mort du jour de son départ, & que les héritiers qu'il avoit pour lors sont censés lui avoir succédé, & transmettent leur droit a leurs héritiers.*

QUESTION CLXI.

Si la qualité de noble a été autrefois prise pour celle d'écuyer, & si elle équipole, & de la forme des enquêtes par turbes.

SOMMAIRE.

1. *Sujet de la contestation.*
2. *A présent la qualité de noble est commune aux officiers de justice, & aux avocats.*
3. *Dans les siécles précédens, les gentils hommes ne prenoient que la qualité de nobles.*
4. *Arrêt de la cour des aides, du 2 mars 1657, qui ordonne qu'il sera fait une enquête par turbes, comme la qualité de noble dans le pays de Forez a été prise au lieu de celle d'écuyer, depuis 1450, jusqu'en 1550.*
5. *Avis général des turbiers, que dans les deux siécles précédens la qualité de noble étoit la même que celle d'écuyer.*
6. *Avis particulier de l'auteur, mais plus étendu.*
7. *Nouvelle contestation faite par les traitans, aux avocats & médecins de la ville de Lyon, au sujet de la qualité de nobles.*
8. *Recueil des piéces du procès.*
9. *Ancienne contestation faite aux avocats du Dauphiné sur le même sujet.*
10. *Arrêt du conseil, du 4 janvier 1699, qui décharge les avocats & les médecins de Lyon des assignations à eux données, sans que la qualité de noble puisse leur attribuer la noblesse.*
11. *Arrêt du conseil d'état, du 15 mai 1703, portant que la qualité de noble est une qualification de noblesse dans le Lyonnois, Forez & Beaujolois, & autres provinces.*
12. *Réflexion judicieuse sur la conduite des intendans.*
13. *Arrêt du conseil, de 1706, en faveur des officiers de Montbrison.*
14. *Censure contre la conduite des traitans.*

QUESTION CLXII.

De la prescription du tiers-acquéreur par dix ou vingt ans, & si le vice de son auteur y fait obstacle.

SOMMAIRE.

1. *Eloge de Mornac.*
2. *L'usufruitier ne peut point prescrire.*
3. *L'engagiste ne peut prescrire contre le propriétaire.*
4. *Arrêt contre l'évêque de Clermont.*
5. *Raisons & autorités, pour soutenir cet arrêt.*
6. *Opinion de Mornac, que celui qui a acheté de bonne-foi d'un usufruitier, ne peut prescrire contre le propriétaire.*
7. *Opinion de l'auteur, qu'un semblable acquéreur peut prescrire contre tous.*
8. *Quand il y a un vice réel en la chose, l'acquéreur ne peut prescrire.*
9. *L'acquéreur des biens du mineur ne peut prescrire, quand la vente a été faite par fraude de la part du tuteur.*
10. *Le second acquéreur peut prescrire, nonobstant le vice réel.*
11. *Celui qui a acheté d'un accusé, ne peut prescrire que par trente ans.*
12. *Ce n'est que dans les choses dérobées ou possédées par violence, que le vice réel passe aux successeurs.*
13. *Cela n'a lieu qu'à l'égard des meubles.*
14. *A l'égard des immeubles, l'acquéreur de bonne-foi du possesseur par violence peut prescrire.*
15. *Exception contre les seigneurs qui ont usurpé un héritage par violence.*
16. *Auteurs qui ont traité la question*, an mala fides defuncti noceat hæredi.

BIU Cujas

17. *En France, en matiere de preſcription, nous ſuivons le droit civil, plutôt que le droit canonique.*
18. *Quand le titre vient à paroître, s'il ſe trouve vicieux, il détruit la preſcription.*
19. *Une ville, une communauté peut preſcrire, quoique ceux qui les premiers ont acquis, ne fuſſent pas dans la bonne-foi.*
20. *L'on a coutume de diſtinguer entre le ſucceſſeur univerſel, & le ſucceſſeur à titre ſingulier.*
21. *Il faut diſtinguer ſi celui qui objecte la preſcription, veut ſe ſervir de la poſſeſſion de ſon auteur; en ce cas la mauvaiſe foi de ſon auteur lui nuit.*
22. *Ces diſtinctions n'ont lieu que pour la preſcription de dix & de vingt ans, & non pour celle de trente ans.*

QUESTION CLXIII.

Vicinus an vicino de incendio teneatur?

SOMMAIRE.

1. *Opinion d'André Gail, que c'eſt au propriétaire à établir que c'eſt par la faute du locataire que l'incendie eſt arrivé.*
2. *Récit du fait, qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Moyens du propriétaire.*
4. *Moyens du Locataire.*
5. *Plaidoyer de l'auteur, à la fin duquel il conclut à ce que les parties ſoient miſes hors de cour.*
6. *Sentence du bailliage de Montbriſon, du 25 mai 1652, qui met les parties hors de cour.*
7. *Arrêt du 28 août 1654, qui condamne le locataire à la ſomme de quatre cent livres pour tous dépens, dommages & intérêts.*

QUESTION CLXIV.

S'il eſt abſolument véritable que l'héritage conſtitué en dot, ou baillé en payement pour partie d'icelle, étant eſtimé, ſoit propre au mari.

SOMMAIRE.

1. *Quand un héritage eſt donné au mari en dot pour un certain prix, c'eſt une eſpéce de vente qui rend le mari propriétaire, à la charge de rendre le prix.*
2. *Cela dépend des termes dans leſquels eſt conçue la clauſe.*
3. *Clauſe du contrat qui donne lieu à la queſtion.*
4. *Raiſons & autorités, pour établir que dans l'eſpece le fond eſt demeuré dotal.*
5. *Quand un pere donne des héritages à ſa fille en payement de ſa dot, il n'eſt point dû de lods.*
6. *Il faut dire la même choſe du bail en payement fait par le frere.*
7. *Trois effets ſinguliers de la vente faite dotis cauſa. Le premier, la moindre léſion ſuffit pour reſcinder le contrat. Le ſecond, quoique le mari en cette occaſion paſſe pour acheteur, il peut être reſtitué. Le troiſiéme, en cas d'éviction, le profit, s'il y en a, appartient à la femme.*

QUESTION CLXV.

Si le conſentement des habitans, pour exempter un médecin des tailles, eſt valable.

SOMMAIRE.

1. *Il n'appartient qu'au roi d'accorder l'exemption de la taille.*
2. *Les habitans d'une paroiſſe ne la peuvent point accorder.*
3. *Sujet de la conteſtation, ſur laquelle les arrêts ſuivans ſont intervenus.*
4. *Arrêt de la cour des aides, du 19 août 1629, qui ordonne que le ſieur Torilhon, médecin de la ville de Montbriſon, ſera impoſé au rôle des tailles, nonobſtant l'exemption à lui accordée par les habitans, & néanmoins les échevins & habitans de payer à ſa décharge les taxes pour leſquelles il ſera impoſé.*
5. *Arrêt du conſeil des finances, qui caſſe l'arrêt de la cour des aides, avec défenſes d'en donner de ſemblables, & audit Torilhon de s'en aider, à peine de mille livres.*

QUESTION CLXVI.

Du maître & chef de la communauté, & s'il peut obliger valablement ſes aſſociés.

SOMMAIRE.

1. *Par la diſpoſition du droit, un aſſocié ne peut obliger les autres que pour les choſes qui concernent la ſociété.*
2. *Différence entre la ſociété & la communauté conjugale.*
3. *Par les coutumes de Berry, de Bourbonnois & de Nivernois, le chef de la communauté oblige tous les autres.*
4. *Sujet de la conteſtation.*
5. *Sentence du bailli de Montbriſon, qui juge que le chef de la communauté ne peut obliger les autres.*
6. *Moyens d'appel du créancier.*
7. *Moyens des aſſociés.*
8. *Par l'arrêt intervenu ſur l'appel, la ſentence fut infirmée.*
9. *Avis & raiſons de l'auteur, pour établir que le chef de la ſociété peut obliger tous les autres.*
10. *Limitation, s'il paroît par l'acte que c'eſt pour ſes affaires particulieres.*
11. *Il n'en eſt pas de même des communautés publiques*, univerſitatis, *le chef ne les peut obliger, qu'il ne juſtifie de l'emploi des deniers.*
12. *Les*

BIU Cujas

12. *Les parens d'un mineur peuvent décharger un tuteur de faire inventaire, & consentir que la société continue entre le tuteur & le mineur.*
13. *Arrêt du 5 juin 1655, qui juge que le chef de la communauté avoit pu obliger tous les associés.*
14. *Le moindre des associés peut obliger les autres, quand il contracte au nom de la compagnie.*
15. *Le consentement des parens, de continuer la société entre le tuteur & l'enfant posthume, son frere son associé, ne peut pas faire valider la continuation de la société.*
16. *Espéce sur laquelle l'arrêt qui suit est intervenu.*
17. *Arrêt du 17 janvier 1689, qui a jugé la question.*
18. *Eloge de Messieurs de Séve.*

QUESTION CLXVII.

Si le décret des biens des mineurs ayant été cassé par quelque défaut de forme, ou autre nullité, non-seulement les lods, mais encore les droits du receveur des consignations sont restituables.

SOMMAIRE.

1. *Ce qui est nul, ne produit aucun effet.*
2. *En matiere de vente, il faut distinguer si la nullité est inhérente au contrat.*
3. *En ce cas le seigneur est obligé de rendre les lods par lui perçus*, conditione indebiti.
4. *Il y a plus de difficulté à l'égard du receveur des consignations.*
5. *Arrêt du 7 septembre 1618, qui condamne le receveur des consignations de rendre les droits de consignation, & les seigneurs à rendre les lods.*
6. *Il n'est pas nécessaire d'appeller les seigneurs pour voir entériner les lettres de rescision.*
7. *L'édit du mois de février 1689, ordonne que les receveurs des consignations rendront les sommes par eux reçues des contrats qui seront annullés.*

QUESTION CLXVIII.

Si les ordonnances qui prohibent de donner aux tuteurs, & autres administrateurs, étant étendues aux confesseurs & directeurs de consciences, cette prohibition doit aussi s'étendre aux communautés dont ils sont.

SOMMAIRE.

1. *Les confesseurs & directeurs sont compris dans la prohibition de l'ordonnance.*
2. *Savoir si cette prohibition s'étend à la maison, ou au monastère dont ils sont membres.*
3. *Raisons pour l'affirmative.*
4. *Raisons pour la négative.*
5. *Espéce du fait, sur lequel est intervenu le premier arrêt ci-après rapporté.*
6. *Espéce du fait, sur lequel est intervenu le second arrêt dont l'auteur fait mention.*
7. *Sentence rendue au bailliage de Montbrison le 22 juillet 1647, qui déclare nul le legs fait au monastère des Camaldules, parce que le confesseur étoit religieux dans ce monastère.*
8. *Arrêt du 27 août 1650, qui infirme la sentence, & déclare le legs valable.*
9. *La jurisprudence des arrêts est incertaine.*
10. *La prohibition doit s'étendre au monastère à tout l'ordre duquel est le confesseur.*
11. *Les legs faits aux confesseurs sont tolérés, quand ils sont modiques.*
12. *Arrêt du parlement de Toulouse, qui déclare nulle l'institution d'héritier, faite au profit des sœurs du tiers-ordre de Notre-Dame de Mont-Carmel, parce que le confesseur de la testatrice étoit Carme. Cet arrêt déclare aussi nul le legs de soixante liv. de pension viagere fait au profit du confesseur.*

QUESTION CLXIX.

Si les mêmes ordonnances qui prohibent de donner aux tuteurs & autres administrateurs, se doivent étendre aux avocats & procureurs, ainsi qu'aux médecins & chirurgiens.

SOMMAIRE.

1. *Les médecins ont un grand pouvoir sur l'esprit des malades.*
2. *Arrêts qui ont déclaré nuls les legs faits aux médecins, chirurgiens & apoticaires.*
3. *Raisons pour étendre la prohibition aux avocats & procureurs.*
4. *Raisons pour établir le contraire.*
5. *Arrêts cités par Maynard & Charondas, contre les avocats.*
6. *Il faut distinguer les pactions & les donations entre-vifs, d'avec les testamens & donations à cause de mort.*
7. *Les arrêts du parlement de Grenoble autorisent les dispositions testamentaires au profit des avocats & procureurs.*
8. *Arrêt du parlement de Paris, qui sur un procès évoqué de Grenoble, ordonne qu'il sera informé de l'usage du pays de Dauphiné.*
9. *Eloge de M. Canaye, pere.*
10. *Avis des turbiers, que les dispositions au profit des procureurs, sont valables.*
11. *L'arrêt du 3 mars 1653, qui a réduit un legs fait en faveur d'un avocat, est intervenu sur des circonstances particulieres.*
12. *Sentiment de Ricard, conforme à la distinction de l'auteur, entre les donations & les legs.*
13. *Deux arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé valables les donations entre-vifs faites à des avocats.*

BIU Cujas

14. *Plusieurs arrêts du parlement de Paris, pour la validité des legs.*
15. *Deux arrêts du parlement de Grenoble, qui ont déclaré valables les institutions d'héritier faites au profit des avocats & des procureurs.*
16. *La même jurisprudence est suivie au parlement de Toulouse, quand les dispositions sont faites après les procès terminés.*
17. *Les arrêts cités par Maynard & Charondas, ont été par eux mal entendus, aussibien que par Despeisses & Lapeyrere.*

QUESTION CLXX.

S'il est absolument véritable que des sommes dûes par cédules ou obligations, l'intérêt ne soit dû qu'ayant été demandé, & du jour que la demande en est faite.

SOMMAIRE.

1. *En Auvergne, l'usage est de demander simplement le principal, & de faire protestation des intérêts.*
2. *L'usage du parlement de Paris, est qu'il faut demander précisément les intérêts.*
3. *Raisons de l'auteur, pour établir qu'il suffit de demander le principal, parce que cette demande constitue le débiteur en demeure, & que les intérêts sont dûs* propter moram.
4. *Suite des raisons de l'auteur.*
5. *De la forme de la demande pour produire des intérêts.*
6. *A Paris il faut demander le principal & les intérêts, ensemble & précisément.*
7. *Dans les pays de droit écrit, il suffit de demander les intérêts seulement.*
8. *Quand on demande le principal, & que le débiteur offre de payer les intérêts, les juges le condamnent simplement aux intérêts.*

QUESTION CLXXI.

Si l'hypothéque que la loi donne aux légataires, peut être solidaire contre chaque cohéritier, détenteur de quelque héritage.

SOMMAIRE.

1. *L'hypothéque des dettes actives est divisée de droit entre cohéritiers.*
2. *Savoir si l'hypothéque que la loi donne aux légataires, est solidaire.*
3. *Raisons de ceux qui tiennent l'affirmative.*
4. *Raisons de ceux qui tiennent la négative.*
5. *L'auteur se déclare pour ce dernier parti.*
6. *Réponse à l'argument tiré de la loi 40,* de oblig. & act.
7. *Réponse à l'argument tiré de la loi 4,* de separat.
8. *Arrêt de M. Bouguier, servant de préjugé pour la question.*
9. *Sentiment de M. Lepreſtre, conforme.*
10. *Doctrine d'Antoine Faber, conforme.*
11. *Opinion de Ricard, conforme.*
12. *Opinion de Ferrerius, conforme.*
13. *Opinion de Loyseau, conforme.*
14. *Récit d'une cause sur cette question, plaidée à Montbrison, & appointée.*
15. *Moyens du légataire.*
16. *Moyens du cohéritier.*
17. *Plaidoyer de l'auteur, pour établir que l'hypothéque du légataire n'est pas solidaire contre chaque héritier.*
18. *L'action qu'ont les légataires contre les héritiers du testateur, quoique personnelle & hypothécaire, ne dure que trente ans, parce que l'hypothéque est légale.*
19. *Sur la question si l'hypothéque est solidaire contre chaque héritier, les auteurs sont partagés en quatre différentes opinions.*
20. *La premiere opinion, pour la solidité en général.*
21. *La seconde opinion, pour restraindre la solidité aux legs pieux.*
22. *La troisiéme opinion, pour la division de l'hypothéque dans tous les legs.*
23. *La quatriéme opinion, pour restraindre la solidité, quand le testament a été reçu par un notaire.*
24. *Arrêt rendu à l'audience de la grand-chambre, le 27 mai 1710, qui déclare l'hypothécaire solidaire.*

QUESTION CLXXII.

L'article 33 du titre 14, & l'art. 4, du titre 15, de la coutume d'Auvergne conciliés ensemble, & si la loi, *si unquam, C. de revocand. donat.* peut avoir lieu pour les donations qu'un donateur fait en contractant mariage.

SOMMAIRE.

1. *Conciliation de deux articles de la coutume d'Auvergne, pour savoir si la survenance d'enfans révoque la donation.*
2. *Il faut distinguer entre les contrats de mariage & les autres.*
3. *Dans les contrats de mariage, on peut donner & s'associer en tous biens, sans que la survenance d'enfans puisse révoquer la donation.*
4. *Dans un contrat de mariage, il n'est pas nécessaire de renoncer au bénéfice de la loi* si unquam.
5. *Dans les autres contrats, l'on peut renoncer au bénéfice de la loi* si unquam, *par une renonciation expresse.*
6. *Hors la coutume d'Auvergne, la donation faite par contrat de mariage en faveur d'un tiers, est sujette à révocation par la survenance d'enfans, à moins d'une renonciation expresse.*
7. *Les docteurs ultramontains sont partagés sur la question, si l'on peut renoncer au bénéfice de la loi* si unquam.

BIU Cujas

8. *Presque tous les auteurs François sont d'avis, que la renonciation n'empêche pas la révocation de la donation.*
9. *Tous les tribunaux du royaume le jugent ainsi.*
10. *Cujas, sur la loi* rem majoris, cod. de resc. vend. *est de ce sentiment.*
11. *Dispute sur cela, entre M. Sachot, & M. Bretonnier.*
12. *Noms des auteurs qui ont écrit sur la loi* si unquam.

QUESTION CLXXIII.

Explication de la loi 3, *majoribus, C. communia utriusque judicii tam familiæ erciscund. &c.* & son rapport à la loi seconde *C. de rescind. venditione.*

SOMMAIRE.

1. *La loi* majoribus, *ne détermine pas quelle léſion eſt néceſſaire pour faire reſcinder un partage.*
2. *Accurſe deſire la même léſion que dans un contrat de vente.*
3. *Premiere raiſon d'Accurſe.*
4. *Seconde raiſon d'Accurſe.*
5. *L'opinion d'Accurſe réfutée par l'auteur.*
6. *Opinion de Faber, ſur la loi* majoribus.
7. *Opinion de Faber, réfutée par l'auteur.*
8. *Réponſe à la premiere raiſon de Faber.*
9. *Réponſe à la ſeconde raiſon de Faber.*
10. *Des différences entre le partage, la vente, & l'échange.*
11. *Papon eſt le premier qui a établi que l'on peut revenir contre un partage, quand il y a léſion du tiers au quart.*
12. *L'on peut revenir contre un partage, quoiqu'il ait été fait par tranſaction.*
13. *Au parlement de Toulouſe, l'on peut revenir contre un partage, quand la léſion eſt du quart.*

QUESTION CLXXIV.

Si dans les villes qui ne ſont pas capitales, la collecte des tailles ſe peut ſéparer de la charge de conſul.

SOMMAIRE.

1. *A meſure que les villes s'augmentent en nombre de citoyens & en richeſſes, le courage des habitans augmente.*
2. *La ville de Saint Eſtienne en Forez eſt devenue conſidérable par le trafic.*
3. *Les principaux habitans ayant voulu s'affranchir de la collecte, obtinrent des lettres de déſunion de la charge de conſuls & aſſeeurs des tailles, d'avec celles des collecteurs.*
4. *Oppoſition des autres habitans.*
5. *Arrêt du conſeil, du 8 mars 1636, qui, ſans avoir égard auſdites lettres, ordonne que les deux charges demeureront unies, pour être exercées conjointement.*

QUESTION CLXXV.

Quelle doit être la juſte crainte, pour fonder la reſciſion des contrats.

SOMMAIRE.

1. *Les interprétes font différence entre la crainte qu'inſpire le reſpect, & celle qu'imprime le danger.*
2. *Savoir ſi la crainte révérentielle eſt ſuffiſante pour faire annuller les actes.*
3. *Raiſons & autorités de ceux qui tiennent pour l'affimative.*
4. *Réponſe aux autorités de ceux qui ſuivent l'opinion de la gloſe.*
5. *Sentiment de l'auteur, que la ſeule crainte révérentielle n'eſt pas ſuffiſante.*
6. *Pour ſavoir ſi la preſcription court contre la femme pendant le mariage, il faut diſtinguer, ſi le mari eſt garant ou non de l'action.*
7. *Autorités des loix, pour établir que la crainte révérentielle n'eſt pas ſuffiſante.*
8. *Réponſe aux loix qui ſemblent contraires.*
9. *Concluſion de l'auteur, qu'il ne faut pas conſidérer la qualité de la perſonne, mais celle du fait.*
10. *La qualité des perſonnes extrêmement puiſſantes ſuffit.*
11. *Exemples des mariages de Louis XI & de Henry IV.*
12. *Arrêt qui a reſtitué une réſignation faite par le ſieur Deſlandes, au profit de M. le cardinal de Richelieu, archevêque de Lyon, à cauſe de la grande autorité du cardinal de Richelieu, premier miniſtre, ſon frere.*
13. *Autre arrêt qui a reſtitué mademoiſelle de Montpenſier, contre le contrat de vente de la terre de Champigny, vendue par M. le duc d'Orléans ſon pere, au cardinal de Richelieu, miniſtre.*
14. *La crainte paternelle ou maritale eſt ſuffiſante, quand le pere ou le mari ont eu un intérêt conſidérable à faire paſſer le contrat.*
15. Idem, *quand il y a une léſion énorme.*
16. *Arrêt du parlement de Provence, qui a débouté une femme de la reſtitution par elle demandée de la vente de ſes biens parafernaux, faite par la crainte de ſon mari.*
17. *Dans les parlemens de droit écrit, cette queſtion ne peut avoir lieu que pour les parafernaux.*
18. *Arrêt du parlement de Provence, qui a jugé l'obligation d'un domeſtique au profit de ſon maître, valable.*
19. *Arrêts des parlemens de Paris & de Toulouſe, qui ont jugé que la crainte révérentielle n'eſt pas ſuffiſante.*
20. *La crainte des grands eſt ſuffiſante.*

BIU Cujas

21. *De même, des ſeigneurs à l'égard de leurs emphitéotes.*

QUESTION CLXXVI.

An aliud pro alio invito creditori ſolvi poſſit.

SOMMAIRE.

1. *Les queſtions les plus fréquentes ſont ſouvent les plus mal entendues.*
2. *Raiſons & autorités, pour établir que le créancier n'eſt pas obligé de prendre des héritages en payement.*
3. *Raiſons & autorités en faveur du débiteur.*
4. *Sentiment de l'auteur, que le créancier eſt obligé de prendre des héritages, quand ils ſont à ſa bienſéance, & que cela ne lui fait point de tort.*
5. *Les enfans légitimaires ne peuvent ſe diſpenſer de prendre des héritages en payement de leur légitime, quoique leur pere leur ait donné de l'argent.*
6. *Avis de l'auteur, d'obliger le créancier qui ne veut pas prendre des héritages en payement, de donner un délai à ſon débiteur, de deux ou trois ans.*

QUESTION CLXXVII.

S'il eſt toujours véritable, que pour la reſtitution de la dot, le mari ne ſoit tenu que *in quantum facere poteſt.*

SOMMAIRE.

1. *En droit, il y a pluſieurs perſonnes, qui ne ſont tenues, que* in quantum facere poſſunt.
2. *Récit du fait qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Raiſons du mari, pour obliger les héritiers de ſa femme à prendre des héritages en payement de la dot.*
4. *Raiſons contraires des héritiers.*
5. *Coquille eſtime que l'exception du droit Romain,* in quantum facere poteſt, *doit avoir lieu dans toute la France. Eloge de cet auteur.*
6. *Rebuffe & Deſpeiſſes diſent, que cette exception n'a pas lieu en France.*
7. *Quand le mari a fait un bon emploi des deniers dotaux de ſa femme, les héritiers de la femme ſont obligés de prendre en payement les rentes ou les héritages acquis des deniers de la dot.*

QUESTION CLXXVIII.

An quæ ſunt annualia ad agendum, ſint perpetua ad excipiendum? *Et cela eſt abſolument véritable.*

SOMMAIRE.

1. *Ce qui eſt le plus commun, n'eſt pas toujours le mieux entendu.*
2. *Loix d'où eſt tirée la maxime,* quæ ſunt temporalia ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum.
3. *Imbert & Papon ont parlé de cette maxime, mais imparfaitement.*
4. *Il faut diſtinguer entre les exceptions connexes à la choſe, & celles qui ſont étrangeres.*
5. *Exemples des exceptions inhérentes au contrat.*
6. *Les exceptions étrangeres ne ſont pas compriſes dans cette régle.*
7. *Exemple d'une exception étrangere, qui ſe réſout en action ou reconvention.*
8. *Autre exemple d'une exception inhérente propoſée par Imbert.*
9. *Raiſons de l'auteur, pour ſoutenir l'opinion d'Imbert.*
10. *La premiere exception a lieu principalement en garantie.*
11. *La ſeconde n'eſt qu'une ſimple reconvention, ou demande incidente.*

QUESTION CLXXIX.

De l'élection des conſuls, & des aſſemblées conſulaires & de la forme d'icelles; & ſi le ſort y peut être admis.

SOMMAIRE.

1. *Belle morale ſur les déſordres que cauſent les factions dans une ville.*
2. *Il eſt du devoir des magiſtrats de les prévenir, ou d'y remédier d'abord.*
3. *L'arrêt qui ſuit régle la forme de l'élection des conſuls.*
4. *Cet arrêt exclut du conſulat les officiers & les domeſtiques de l'évêque & des ſeigneurs.*
5. *Il régle le tems de l'audition des comptes des conſuls qui ſortent de charge.*
6. *Le choix qui ſe fait par le ſort, eſt toujours le meilleur.*
7. *Exemple tiré du nouveau teſtament.*
8. *Exemple tiré de l'ancien teſtament.*
9. *Autorité de ſaint Auguſtin.*
10. *Exemples tirés du droit civil.*
11. *Le ſort n'a plus lieu dans les élections eccléſiaſtiques.*
12. *Arrêt du conſeil d'état, qui régle la forme de l'élection des conſuls de la ville du Puy.*

QUESTION CLXXX.

Quelle doit être la peine des blaſphémateurs.

SOMMAIRE

1. *La peine du blaſphéme ne ſauroit être trop ſévere.*
2. *A la rigueur, tout blaſphémateur mérite la mort.*
3. *Quand les blaſphémes ne ſont pas exécrables, & que c'eſt plutôt un vice de la langue que de la penſée, la peine doit être moindre.*

3. *C'eſt*

BIU Cujas

4. *C'eſt de la ſorte qu'il faut entendre les ordonnances qui ne puniſſent les blaſphémateurs que d'une peine pécuniaire.*
5. *Le blaſphême s'attaque directement à Dieu.*
6. *Les rois de France ont toujours eu un grand ſoin de punir les blaſphémateurs.*
7. *Le parlement a toujours été fort exact à faire exécuter les ordonnances contre les blaſphémateurs.*
8. *La licence de guerre empêche l'exécution des ordonnances contre les blaſphémateurs. Les loix comparées aux toiles d'araignée.*
9. *Arrêt du 8 mars 1655, qui condamne un blaſphémateur à faire amande honorable, enſuite pendu & étranglé, & ſon procès & ſon corps brûlés, & les cendres jettées au vent.*
10. *Arrêt du 16 juin 1655, ſemblable au précédent.*
11. *Arrêt de réglement du 6 juillet 1655, portant défenſes à toutes perſonnes de jurer le ſaint nom de Dieu, ſous les peines portées par la déclaration du roi.*
12. *Arrêt du 19 août 1655, qui condamne un bourreau à faire amende honorable, & être pendu & étranglé, pour avoir juré en jouant aux cartes & aux quilles.*
13. *Arrêt du 13 mars 1656, qui condamne un jureur à être fuſtigé dans tous les carrefours du fauxbourg Saint Germain, & puis attaché au carcan, avec un écriteau,* jureur du ſaint nom de Dieu.
14. *Arrêt du 9 janvier 1657, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & aux galeres perpétuelles.*
15. *Arrêt du 16 avril 1657, qui condamne un laquais à faire amende honorable, & être pendu, pour avoir juré & blaſphémé.*
16. *Arrêt du 28 mai 1657, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, au fouet, & aux galeres pour neuf ans.*
17. *Arrêt du 14 juin 1657, qui condamne un homme ſexagénaire à faire amende honorable, & au banniſſement pour cinq ans, pour avoir blaſphémé.*
18. *Autre arrêt du même jour, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & aux galeres pour trois ans.*
19. *Arrêt du 19 août 1658, qui condamne un blaſphémateur à l'amende honorable, à avoir la langue percée d'un fer chaud, & aux galeres pour neuf ans.*
20. *Arrêt du 31 août 1658, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & au banniſſement de cinq ans.*
21. *Arrêt du 23 ſeptembre 1658, qui condamne à l'amende & au banniſſement de trois ans.*
22. *Arrêt du 22 novembre 1658, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & aux galeres pour neuf ans.*
23. *Arrêt du 23 décembre 1658, qui condamne un blaſphémateur à l'amende honorable, & aux galeres pour trois ans.*
24. *Jugement du roi Louis XIV, contre un blaſphémateur.*
25. *Peine de mort par l'ancien teſtament contre les blaſphémateurs.*
26. *Peine du droit civil, ſemblable.*
27. *Ordonnance de ſaint Louis, de percer avec un fer chaud la langue des blaſphémateurs.*
28. *Ordonnance de Philippe VI, portant condamnation du pilori.*
29. *Ordonnance de Charles VII, portant outre la peine du pilori, une amende de vingt ſols.*
30. *Ordonnance de Louis XII, portant peine corporelle & amende, avec injonction de révéler les blaſphémateurs.*
31. *Ordonnance du même prince, contre les gens de guerre qui blaſphément.*
32. *Ordonnance de François I, ſemblable.*
33. *Ordonnances de Henri II, conformes aux précédentes.*
34. *Ordonnances d'Orléans, de Moulins & de Blois, conformes.*
35. *Ordonnances de Henri III, qui renouvellent les précédentes.*
36. *Ordonnance de Henri IV, qui ordonne l'exécution des autres.*
37. *Ordonnance de Louis XIII, qui renouvelle les anciennes.*
38. *Déclaration de Louis XIV, du 30 juillet 1666, qui renouvelle les ordonnances de ſes prédéceſſeurs.*
39. *Auteurs qui ont écrit de la peine du blaſphéme.*
40. *Eloge de l'auteur du traité de la police.*

QUESTION CLXXXI.

Ce qu'on doit obſerver, l'accuſé faiſant refus de répondre, & y perſiſtant, & ce que c'eſt que lui faire ſon procès comme à un muet.

SOMMAIRE.

1. *Un accuſé d'incendie déclaré prévôtable.*
2. *Si l'accuſé faiſant refus de répondre, il faut lui créer un curateur, comme à un muet.*
3. *Sentiment de l'auteur, qu'il faut diſtinguer entre un muet volontaire, & un muet néceſſaire.*
4. *Qu'il n'eſt pas néceſſaire de créer un curateur à un muet volontaire.*
5. *Sentiment d'Airault, d'interpeller pluſieurs fois le muet volontaire.*
6. *L'ordonnance de 1670, titre 18, régle la maniere dont le procès doit être fait à l'accuſé qui refuſe de répondre.*
7. *Eloge de l'ordonnance de 1670, & de ceux qui y ont travaillé.*
8. *Les bonnes loix ſont plus capables d'immortaliſer le nom du prince, que les plus grandes conquêtes.*

BIU Cujas

QUESTION CLXXXII.

Si l'exception étant auſſi prompte que l'action, il y peut écheoir garniſon ou proviſion.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait, ſur lequel roule la queſtion.*
2. *C'eſt une régle générale, que les contrats & actes publics doivent être entretenus par proviſion.*
3. *Limitation à l'égard du mineur, qui demande d'être reſtitué contre le contrat.*
4. *Limitation, quand l'exception eſt auſſi prompte que l'action.*
5. *Sentiment de Mornac pour cette limitation, établi ſur trois loix par lui citées.*
6. *Autres textes de droit, pour autoriſer cette limitation.*
7. *Raiſon de cette limitation,* exceptio eſt actionis excluſio.
8. *La minorité prouvée, eſt une exception péremptoire.*
9. *La minorité établie pour une affaire, ſert pour toutes les autres, quand la preuve a été faite* cauſa cognita.
10. *Le créancier qui a dépoſé dans l'enquête pour établir la minorité, ne peut plus la débattre.*
11. *Dans le prêt fait à un mineur, c'eſt au créancier à prouver l'emploi de ſes deniers,* debet eſſe curioſus de verſione in rem.
12. *Concluſion de l'auteur, que quand l'exception eſt auſſi prompte que l'action, il n'échet point de garniſon.*
13. *Sentence rendue au bailliage de Montbriſon, le 24 décembre 1657, qui l'a ainſi jugé.*

QUESTION CLXXXIII.

Si la donation de tous biens préſens & à venir, ou de la moitié d'iceux, ſe peut diviſer, & accepter pour une partie, & rejetter pour l'autre; comment ſe doit entendre le mot de *charges*.

SOMMAIRE.

1. *Si l'on peut diviſer la donation de tous biens préſens & à venir.*
2. *Opinion de Brodeau, qu'une ſemblable donation peut être diviſée; que le donataire peut retenir les biens préſens, & abandonner les biens à venir, pourvu que ce ſoit* rebus integris.
3. *Sentiment de l'auteur, que cette diviſion peut être faite en tout tems, & que tel eſt l'uſage des ſiéges de Lyon & de Montbriſon.*
4. *Raiſon, parce qu'une ſemblable donation en contient deux, l'une des biens préſens, & l'autre des biens à venir.*
5. *Sentence arbitrale de trois fameux avocats de Lyon, qui l'a ainſi jugé.*
6. *Sentiment de Ricard, qu'une ſemblable donation ne peut pas être diviſée.*
7. *Réponſe aux arrêts cités par Brodeau.*
8. *Clauſe propoſée par l'auteur pour ſéparer les biens préſens d'avec les biens à venir.*
9. *Réponſe aux raiſons de Ricard. Eloge de cet auteur.*
10. *Argument de la vente aux donations.*
11. *Réponſe à un arrêt cité par Papon.*
12. *Réponſe aux textes du droit cités par ces auteurs.*
13. *Hypothéſe, ſur laquelle eſt intervenu l'arrêt ſuivant.*
14. *Sentence des avocats de Lyon, par laquelle le fils donataire eſt condamné de payer la moitié des dettes créées avant la donation, & la moitié des dots & légitimes, demeurant à ſon choix pour les biens à venir.*
15. *En cet endroit le mot de* charges *comprend les légitimes, à cauſe des termes de la clauſe.*
16. Modica circumſtantia facti, magnam diverſitatem juris inducit.
17. *Il n'y eut pas d'appel de la ſentence au chef du choix laiſſé au donataire d'accepter la donation des biens à venir, ainſi cette queſtion n'a pas été jugée par l'arrêt qui ſuit.*
18. *Arrêt du 9 juin 1657, confirmatif de la ſentence ci-deſſus.*
19. *Arrêt du 23 décembre 1653, qui déboute un donataire de ſa demande en diſtraction des biens dont le donateur étoit ſaiſi, lors de la donation de tous biens préſens & à venir.*
20. *La juriſprudence des parlemens de droit, permet au donataire de ſe tenir aux biens préſens.*
21. *A préſent la juriſprudence du parlement de Paris eſt ſemblable.*
22. *Diſſertation ſur trois queſtions.*
23. *La premiere, qu'en droit la donation des biens préſens & à venir, eſt valable; & que le donataire n'eſt point obligé de payer les dettes contractées depuis la donation.*
24. *La ſeconde, qu'un ſemblable donataire n'eſt pas tenu de payer les legs faits par le donateur.*
25. *La troiſiéme, que le donateur ne peut pas diſpoſer des biens qui lui ſont échus depuis la donation par ſucceſſion, au préjudice du donataire.*
26. *Eſpece du fait, ſur laquelle roule la derniere queſtion.*

QUESTION CLXXXIV.

De quel tems ſe peuvent demander les penſions viageres.

SOMMAIRE.

1. *Récit du fait qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Sentence du ſénéchal de Bourbonnois, qui condamne à payer dix années d'arrérages de la penſion ſeulement.*
3. *Griefs du tuteur du débiteur.*
4. *Réponſes de l'auteur à ces griefs.*

BIU Cujas

5. *Avis de l'auteur, que la ſentence qui a réduit les arrérages de la penſion à dix ans, & l'arrêt qui l'a confirmé, ſont fondés ſur la coutume de Bourbonnois, qui réduit les arrérages du cens à dix ans.*
6. *Arrêt du 7 ſeptembre 1657, qui confirme la ſentence.*
7. *La maxime générale eſt que l'on peut demander vingt-neuf années d'arrérages des penſions viageres, & que la preſcription ne commence que du jour de l'échéance de chaque terme.*
8. *Les arrérages des penſions viageres paſſent aux héritiers.*

QUESTION CLXXXV.

Si l'intérêt des intérêts peut être dû.

SOMMAIRE.

1. *M. Lepreſtre a traité la queſtion, mais il ne l'a pas bien éclaircie.*
2. *En France, l'intérêt d'intérêts n'a lieu qu'en deux cas, en faveur des mineurs, & des fidéjuſſeurs.*
3. *Le tuteur ne doit l'intérêt des intérêts que quand il y a une ſomme conſidérable entre les mineurs, & ces intérêts n'en peuvent pas produire d'autres à l'infini.*
4. *La maxime a ſon fondement ſur l'ordonnance, qui veut que les deniers des mineurs ſoient employés.*
5. *Arrêt du 10 mai 1625, qui condamne un tuteur de ſe charger des intérêts d'intérêts, ſix mois après qu'il ſe trouvera avoir eu en ſes mains une ſomme de deux mille livres.*
6. *Le droit ne donne ſix mois que pour la premiere année de tutelle, & deux mois pour les autres; le parlement donne toujours ſix mois.*
7. *Limitation, quand il n'y a point de changement de débiteur.*
8. *La diſtinction de ſix mois & de deux mois, eſt ſuivie dans les parlemens de droit écrit, & aux parlement de Paris en deux cas.*
9. *A préſent c'eſt une maxime dans tous les tribunaux, que les tuteurs doivent les intérêts d'intérêts, quand ils ont entre leurs mains une ſomme aſſez conſidérable pour mériter un emploi, ſuivant la qualité & les biens du mineur.*
10. *Exception pour le parlement de Bretagne, où le tuteur ne paye point l'intérêt des intérêts.*

QUESTION CLXXXVI.

Si le choix que le beau-pere laiſſe à ſon gendre, de retenir le fond conſtitué en dot, ou d'en payer l'eſtimation, eſt un avantage ſujet à la peine des ſecondes nôces.

SOMMAIRE.

1. *Raiſons, pour établir que l'héritage valant plus qu'il n'a été eſtimé, c'eſt un avantage ſujet à la peine des ſecondes nôces.*
2. *Avis de l'auteur au contraire, ſur le fondement que c'eſt* datio in ſolutum, *qui n'eſt pas ſujette à la peine des ſecondes nôces.*
3. *Avis de l'auteur des obſervations, que c'eſt un accommodement de famille qui ne produit point de lods, & n'eſt point ſujet à la peine des ſecondes nôces.*

QUESTION CLXXXVII.

Si pour la décharge d'un tuteur, les enfans qui ſont dans la religion doivent être comptés.

SOMMAIRE.

1. *Raiſons de ceux qui tiennent, que les enfans religieux ne ſervent pas pour la décharge des tutelles.*
2. *Avis & raiſons de l'auteur, pour établir le contraire.*
3. *A Paris, trois enfans ſuffiſent, & cinq dans les provinces.*
4. *Coquille prétend que la ville de Paris n'a en cela aucun privilége, & que le nombre de cinq y eſt requis.*
5. *Les enfans qui ne ſont pas nés, ne ſont pas comptés.*

QUESTION CLXXXVIII.

Si le mineur fait majeur, qui quitte à ſon tuteur le manîment de ſa tutelle, par ſimple décharge, ou par tranſaction, en peut reclamer après les dix ans.

SOMMAIRE.

1. *Sujet de la conteſtation.*
2. *Les ordonnances de Louis XII. & de François I, décident généralement, qu'après dix ans les mineurs ne ſont pas recevables.*
3. *Sentences des deux premiers juges, qui avoient entériné les lettres après les dix ans.*
4. *Deux arrêts rapportés par Chenu, qui ont jugé que les mineurs doivent ſe pourvoir contre les actes par eux paſſés avec leur tuteur dans les dix ans.*
5. *Réponſe à ces arrêts.*
6. *Diſpoſition de la coutume d'Auvergne, qui accorde trente ans à la femme pour la répétition de ſes biens dotaux.*
7. *Réponſe à la coutume d'Auvergne.*
8. *Arrêt du 26 juin 1632, qui infirme les ſentences, & qui ſur les lettres, met les parties hors de cour.*
9. *La juriſprudence établie par cet arrêt, eſt certaine au parlement de Paris.*
10. *Au parlement de Toulouſe, l'on reſtitue les mineurs contre les actes paſſés avec leur tuteur pendant trente ans.*
11. Idem, *au parlement de Grenoble.*
12. *Vœux de l'auteur des obſervations, pour rendre la juriſprudence conforme dans tous les tribunaux du royaume, & des moyens d'y parvenir.*

BIU Cujas

QUESTION CLXXXIX.

La disposition de la loi *præses, cod. de servitutibus & aqua*, confirmée en une espéce singuliere.

SOMMAIRE.

1. *Décision de la loi*, præses, cod. de servit. & aqua.
2. *Récit du fait, sur lequel l'arrêt ci-après est intervenu.*
3. *Moyens des voisins, pour établir que le propriétaire du fond où l'eau prend sa source, ne peut pas la détourner à leur préjudice.*
4. *Moyens du propriétaire pour montrer qu'il peut se servir de l'eau qui prend sa source dans son fond, comme bon lui semble.*
5. *Arrêt du 13 août 1664, qui permet au propriétaire d'user & conduire ses eaux où bon lui semble.*
6. *La loi* præses, cod. de servit. & aqua, *doit s'entendre de la commodité, aussi-bien que de la nécessité.*
7. *Conciliation de l'arrêt rapporté ici, d'avec celui rapporté dans la question 33, de ce même livre.*
8. *Conciliation de cet arrêt, avec celui rapporté par Mornac sur la même loi.*

QUESTION CXC.

Du retranchement des avantages d'une seconde femme, & en quel tems il se doit régler.

SOMMAIRE.

1. *Avis & raisons de l'auteur, pour établir que le retranchement se doit régler, par rapport à la valeur des biens au tems du décès du pere.*
2. *Cela a lieu principalement lorsqu'il s'agit des avantages faits par le contrat de mariage.*
3. *De la même maniere que la légitime se regle par le décès du pere, de même le retranchement se doit régler par rapport à ce tems-là.*
4. *Par la même raison, que pour régler les avantages d'une seconde femme, l'on considére le nombre des enfans au jour du décès du pere, il faut considérer la valeur des biens au même tems.*
5. *Cela est ainsi décidé par la novelle 22, chap. 28.*
6. *La jurisprudence des arrêts est conforme à celle du droit sur cette question.*

QUESTION CXCI.

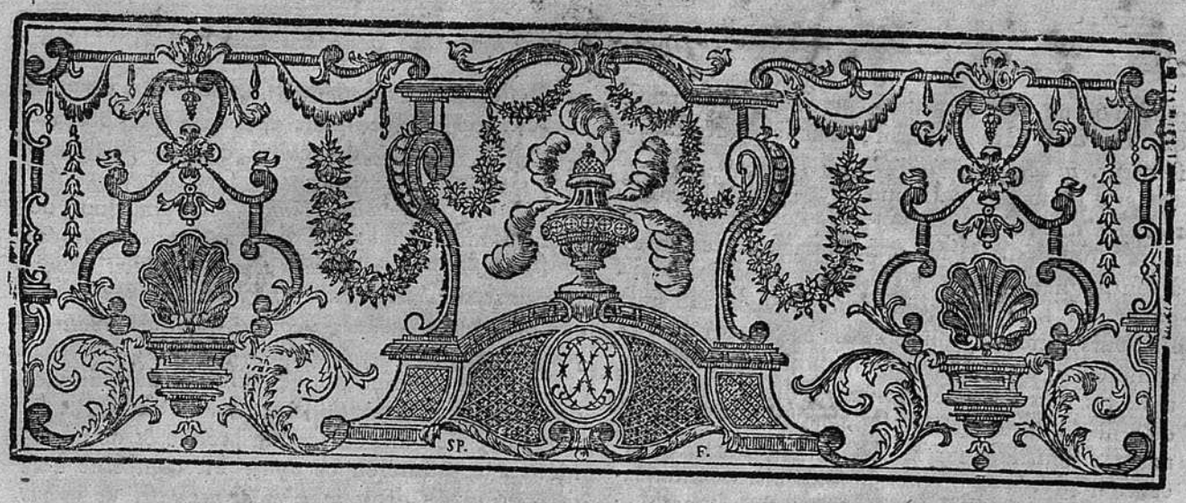
Si en la coutume d'Auvergne, la prescription de trente ans sans aucun titre, suffit pour acquérir un héritage.

SOMMAIRE.

1. *La coutume d'Auvergne ne reconnoît qu'une seule prescription, qui est celle de trente ans.*
2. *Suivant le droit canon, la prescription de trente ans ne suffit pas sans titre.*
3. *Par les loix civiles, le titre n'est pas nécessaire pour la prescription de trente ans.*
4. *La coutume d'Auvergne est conforme en cela au droit.*
5. *Sujet de la contestation.*
6. *Arrêt du premier juin 1647, qui juge, que dans la coutume d'Auvergne la prescription de trente ans a lieu, quoique celui qui possède n'ait aucun titre, & que celui qui interrompt ait plusieurs titres, pour établir que la chose lui appartient.*
7. *Dans la coutume d'Auvergne, & partout le royaume, pour la prescription de trente ans, non-seulement il n'est pas nécessaire d'avoir un titre; mais même il n'est pas nécessaire que celui qui a possédé par l'espace de trente ans, ait possédé de bonne-foi.*
8. *En Dauphiné, l'on ne reconnoît que la prescription de trente & quarante ans, & celle de dix & de vingt ans n'y est pas reçue.*
9. *Vœux de l'auteur des observations, pour rendre la jurisprudence uniforme.*
10. *Qualités nécessaires à un législateur.*

Fin de la table des questions & des sommaires du tome II.

BIU Cujas



DES FIEFS, CENSIVES, ET DROITS SEIGNEURIAUX.

SUITE DU LIVRE TROISIEME.

DES FIEFS.

QUESTION QUARANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si le vassal est tenu de rendre en personne la foi & hommage à son seigneur.*
2. *Il y a des coûtumes qui permettent au vassal de rendre l'hommage par procureur.*
3. *Le seigneur n'est pas obligé de recevoir l'hommage en personne.*
4. *Le vassal est obligé d'aller au château du seigneur pour lui rendre l'hommage.*
5. *Le vassal n'est pas obligé d'aller au château du seigneur, quand il y a du danger, ou quelque autre excuse légitime.*
6. *Arrêt du 24 février 1652, qui condamne un vassal à aller au château du seigneur, quoi qu'il eût procès avec lui.*
7. *Pour dispenser le vassal d'aller au château du seigneur, il faut que le procès soit important, qu'il ait pour cause des inimitiés capitales, & non des droits seigneuriaux & pécuniaires.*

QUESTION XLV.

Si le vassal doit nécessairement rendre la foi & hommage au château, ou à la demeure principale du fief dominant.

POUR la prestation de la foi & hommage, deux choses sont particulierement requises; l'une, que le vassal rende ce devoir en propre personne; & l'autre, que ce soit au lieu d'où le fief dépend. Ce sont deux conditions établies presque par toutes les coûtumes, & l'on peut les regarder comme des règles générales.

Quant à la premiere, comme autrefois les fiefs n'étoient pas perpétuels, & qu'ils s'éteignoient par le décès du vassal, peut-être est-ce par cette considération qu'on obligeoit l'héritier, ou successeur, à faire l'hommage en personne: la réception à nouvel hommage, étant alors comme une nouvelle concession en faveur de l'héritier, il étoit juste qu'il le rendît en personne, afin que le seigneur vît son homme, & qu'il pût juger s'il méritoit cette grace. 1

Quoiqu'à présent l'hommage ne soit qu'un témoignage d'honneur, une soumission, un compliment, c'est toujours un acte personnel, & un devoir que le vassal doit rendre lui-même. C'est un ferment de fidélité qu'un tiers ne peut pas prêter,

BIU Cujas

puiſqu'on ne peut être aſſez certain des ſentimens qui ſont dans l'ame d'autrui, pour les aſſurer avec ſerment. *in cap. veritatis de jurejurando.*

Cette preſtation perſonnelle eſt établie par l'article 63 de la coûtume de Paris. Le vaſſal, y eſt-il dit, pour faire la foi & hommage & ſes offres à ſon ſeigneur féodal, eſt tenu aller vers ledit ſeigneur, au lieu dont eſt tenu & mouvant le fief. Pluſieurs autres coutumes citées par Fortin dans ſa conférence, établiſſent la même loi. Celle de Berry titre des fiefs, article dix-neuf, dit que le vaſſal eſt tenu de faire perſonnellement la foi & hommage à ſon ſeigneur féodal. Elle ajoute cette exception : ſi ce n'eſt qu'il y eut empêchement ou excuſe raiſonnable. Celle de Blois eſt plus favorable : elle ſe contente, article 54, que le vaſſal, pour faire duement la foi & hommage à ſon ſeigneur de fief, ſe tranſporte en perſonne, ou par procureur, au lieu dont l'héritage eſt tenu en fief. Cette diſpoſition eſt conforme à ce qu'on lit dans le livre des fiefs, *cap.* 1. § *perſonam, per quos fiat inveſtitura : ſed utrum ipſe vel alius pro te inveſtituram faciat vel ſuſcipiat, nihil intereſſe putamus ; poteſt enim hoc negotium per procuratorem ab utraque parte expediri.*

2 Nonobſtant cette déciſion ſuivie par la coutume de Blois, par celle de Vermandois, article 217 & quelques autres, c'eſt une loi générale qu'à moins d'empêchement légitime, le vaſſal ne peut rendre ſon hommage qu'en perſonne ; & qu'en cas d'empêchement, il eſt au choix du ſeigneur d'attendre & de lui donner ſouffrance. C'eſt le ſentiment de Balde ſur le chapitre *de fundis* ci-deſſus cité : il ſe fonde ſur ce que, de droit, *factum alienum promitti non poteſt*, § *ſi quis alium inſtitut de inutilibus ſtipulat. & l. ſtipulatio, de verborum obligationib.* Il ajoute que la religion du ſerment regarde le culte de Dieu, qui ne peut être ſéparé de la perſonne. C'eſt peut-être ce qu'inſinue la loi 7 *ff. de in litem jurando : papiniamus ait, alium non poſſe jurare quàm eum qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt ;* la loi 4 du même titre en donne la raiſon : *grave enim videtur, ignorantes ſub alieni emolumento compendii etiam perjurium anceps ſubire.*

3 Comme le paſſage que nous avons tiré *de uſibus feudorum*, établit une égalité entre le ſeigneur & le vaſſal, pluſieurs ſoutiennent que comme le vaſſal doit aller lui-même faire l'hommage, le ſeigneur doit auſſi le recevoir en perſonne. Mais quoique quelques coutumes le reglent ainſi, l'obligation n'eſt pas égale ; le ſeigneur peut ſubſtituer quelqu'un à ſa place, pourvu que, dit Coquille ſur la coutume de Nivernois, il ne faſſe pas choix d'une perſonne vile & de baſſe condition. Charles du Moulin, ſur l'article 49 de la coutume de Blois, prétend qu'il n'y a pas identité de raiſon, *quia juramentum recipere reale eſt ; at præſtare perſonale cenſetur.* Pontanus, ſur l'art. 54 de la même coutume de Blois, eſt du même avis : *præſtatio*, dit-il, *eſt quid perſonale ; at juramenti receptio quid reale.*

4 L'autre condition, qui regarde le lieu où le vaſſal doit rendre l'hommage, eſt encore plus obligatoire. Quelques coutumes lui permettent d'y ſatisfaire par Procureur ; mais il n'y en a point qui le diſpenſe d'aller chez ſon ſeigneur, c'eſt-à-dire, au château ou principal manoir du fief dominant. Cette obligation eſt en même-temps plus réciproque que la précédente : comme le vaſſal eſt obligé d'aller au principal manoir du fief, il ne peut auſſi être contraint de rendre ſon hommage ailleurs. La coutume de Bourbonnois, art. 378 & celle de Berry, titre des fiefs, art. 20 le décident expreſſément.

C'eſt que ce devoir eſt plus réel que perſonnel, qu'il y a plus de réalité que de perſonnalité, que c'eſt une eſpece de ſervitude, *quæ debetur à re, & ſequitur rem.* C'eſt pourquoi du Moulin ſur l'article 39 de l'ancienne coutume de Paris, dit que *vaſſallus non recognoſcit dominum ut ipſum, ſine ratione perſonæ ſuæ, ſed ut dominum loci dominantis ; & in eâ qualitate reali ad quam refertur & limitatur inveſtitura.*

Le vaſſal eſt donc obligé d'aller au lieu du fief dominant ; mais le ſeigneur eſt auſſi obligé de l'y recevoir ; c'eſt une obligation préciſe & de néceſſité. La coutume en ce point eſt conforme à la diſpoſition du droit *in l. quod niſi, ff. de operis libertor*, qui obligeoit les affranchis d'aller à Rome, *ad reddendas operas patrono, conditionib. & demonſtr : ſtatu liber qui rationes reddere debet, debet proficiſci ad eum cui reddere debet.*

Pontanus ſur l'article 55 de la coutume de Blois, prouve cette loi par d'autres textes, & par l'autorité de Balde ſur la loi premiere *C. de conditionib. inſertis, ubi decidit, débitorem alicujus obſequii vel reverentiæ, creditorem adire bebere.* D'où Pontanus infere, *cenſuales & vectigales adire debere domum domini, cui pendunt cenſum vel tributum.* Ce qui eſt à remarquer comme une preuve que le cens eſt portable par ſa nature

La coutume de Paris, art. 63, dit que le vaſſal eſt tenu d'aller vers le ſeigneur du lieu d'où le fief eſt mouvant ; & elle ajoute, art. 64, que le Seigneur féodal n'eſt pas tenu de recevoir foi & hommage de ſon vaſſal, en autre lieu que celui du fief, ſi bon ne lui ſemble.

Toutes les autres coutumes établiſſent la même regle ; celle de Nivernois titre des fiefs, art. premier ; celle de Melun article 24, celle de Sens art. 182 ; celle de Berri art. 19 & 20 ; celle de Poitou titre des fiefs, article 3 : & celle d'Orléans ajoute, ſi ce n'eſt que le ſeigneur l'en voulût diſpenſer par courtoiſie.

Mais comme la loi *tales* y met cette exception, 6
ſi ce n'eſt en cas d'abſence pour la république, ou autre excuſe valable, *ut aliàs aliud ex perſona locoque ſit æſtimandum ;* de même quelques coutumes, après avoir établi que le vaſſal doit aller au lieu du fief dominant, y mettent quelques exceptions. Celle de Berri dit, ſi ce n'eſt en cas de maladie ou autre excuſe raiſonnable : Ragueau qui l'a commentée, ajoute le cas d'*inimitie capitale.*

D'Argentré ſur l'article 332 de la coutume de Bretagne, aſſure que cette obligation reçoit des limitations : *Veluti ſi dominum vaſſallus tuto adire non poſſit propter inimicitias capitales, vel propter non tutum acceſſum :* il cite ſur cela la clémentine *paſtoralis de re judicata.*

Cependant le ſieur de Polargues s'étant excuſé d'aller en perſonne au Château de Feugerolles, rendre ſon hommage, à cauſe des procès qu'il avoit avec ſon ſeigneur, & de l'inimitié qui en réſultoit ; & ayant été déchargé de ce devoir par ſentence de ce ſiége, ſauf au ſeigneur à choiſir & déſigner un lieu neutre, la cour, en émendant, a infirmé la ſentence & condamné le vaſſal à aller au château du ſeigneur. Voici l'arrêt.

Extrait des regiſtres du parlement

Comme de la ſentence donnée par le juge ordinaire de la baronnie de Feugerolles, le ſix février mil ſix cent quarante-huit, entre Meſſire

BIU Cujas

Gaſpard de Cappony, ſeigneur baron dudit Feugerolles, demandeur d'une part, & François de Laborie ſieur de la Dureriere, légitime adminiſtrateur de ſes enfans, & de damoiſelle Magdeleine Miſon, ſa premiere femme, défendeur, d'autre, par laquelle ledit de Cappony blâmeroit le dénombrement baillé par ledit de Laborie dans le mois, autrement reçu, ledit de Laborie condamné à reconnoître de nouveau le pré appellé de Rebaudes, & autres fonds ſpécifiés en ladite demande, payer les arrérages des cens & ſervis impoſés ſur iceux au prix commun que les denrées ont valu chacune année; & l'année courante en eſpeces; & pour la trouſſe de foin au dire & eſtimation d'experts, ſi mieux il n'aime la payer à raiſon de vingt ſols pour chacune deſdites années, ce que ledit de Laborie effectueroit dans ledit tems d'un mois, paſſé lequel ſeroit permis audit de Cappony, de pourſuivre le commiſſaire établi ſur les fruits deſdits fonds, de rendre compte d'iceux, & ledit de Laborie condamné ès dépens & frais de ſaiſies, auroit été appellé au ſénéchal de Saint-Eſtienne, ou ſon lieutenant à Montbriſon, lequel après avoir appointé les parties à confirmer ou infirmer, par Sentence donnée le vingt-ſixiéme mars mil ſix cent quarante-neuf, entre ledit de Laborie appellant de ladite ſentence, d'une part, & ledit de Cappony intimé d'autre, auroit été dit pour le regard de l'appel, & ce, dont a été appellé, les parties miſes hors de Cour, en émendant, ordonne que ledit de Cappony accorderoit ou diſcorderoit, dans le mois, le dénombrement baillé par ledit de Laborie de ſon fief de la Dureriere, autrement reçu, & dès-à-préſent main levée auroit été faite audit de Laborie de la ſaiſie dudit fief & des fruits d'icelui, ſans dommages & intérêts, le commiſſaire déchargé, ledit de Laborie condamné à reconnoître de nouveau au profit dudit de Cappony, les fonds par lui articulés de ſa directe, s'inſcrire en ſes papiers terriers, lui payer les arrérages de cens & ſervis demandés de deux années lors de la ſaiſie, & ceux depuis échus juſques à préſent, les denrées au prix qu'elles auroient valu année par année, ſuivant les actes d'évaluation du plus prochain marché, & le quart d'une trouſſe de foin pour chacune deſdites années, au dire & eſtimation d'experts, dont les parties conviendroient dans la quinzaine pardevant le Juge des lieux, autre que celui dont eſt appel, où les parties ſont renvoyées, & ſatisfaiſant au paiement deſdits arrérages, main-levée lui auroit été faite de la ſaiſie, & le commiſſaire déchargé, tous dépens juſques à hui faits, tant en premiere inſtance que cauſe d'appel, compenſés, eut été par ledit de Cappony appellé à notre cour de parlement, en laquelle, parties ouies en leur cauſe d'appel, & le procès par écrit conclu, & reçu pour juger en icelle entre leſdites parties, ſi bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance; auxquels griefs & pretendus moyens de nullité, ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant. Icelui procès vu, griefs & réponſes: requête du trente-un janvier mil ſix cent cinquante-deux, employée par ledit de Cappony pour moyens de nullité & production nouvelle: arrêt du vingt-un juin mil ſix cent cinquante, entre ledit de Cappony appellant des ordonnances rendues par ledit ſénéchal de Saint-Eſtienne, ou ſon lieutenant à Montbriſon, les dix & dernier juillet mil ſix cent quarante-neuf, enſemble de la ſentence de nonobſtant l'appel, du neuviéme août en ſuivant, d'une part, & ledit de Laborie intimé d'autre, par lequel ſur leſdites appellations, les parties auroient été appointées au conſeil, bailler cauſes d'appel, réponſes, productions deſdites parties, contredits deſdites parties, ſuivant l'arrêt du douze août mil ſix cent cinquante-un: autre arrêt du treize décembre mil ſix cent cinquante-un, entre ledit de Cappony appellant d'une Sentence rendue par ledit ſénéchal de Montbriſon, le ſixiéme ſeptembre mil ſix cent quarante-neuf, d'une part, & ledit de Laborie intimé d'autre, par lequel ſur ledit appel, les parties auroient été appointées au conſeil, bailler cauſes d'appel, réponſes, & produire, & acte audit de Cappony, de ce que pour cauſes d'appel & production, il auroit employé ſes griefs, & ce qu'il auroit écrit & produit au procès. Forcluſions de fournir par ledit de Laborie, de réponſes & produire: tout joint & diligemment examiné:

NOTRE DITE COUR, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur le procès par écrit, a mis & met l'appellation au néant, ſans amende. A ordonné & ordonne que la ſentence de laquelle a été appellé, ſortira ſon plein & entier effet, ſans dépens de la cauſe d'appel. Et ſur les appellations verbales, a mis & met leſdites appellations, & ce dont a été appellé, au néant; émendant, a condamné & condamne ledit de Laborie, dans un mois après la ſignification du préſent arrêt fait à la perſonne ou domicile dudit de Laborie, faire la foi & hommage-lige audit de Cappony dans ſon château & maiſon ſeigneuriale de Feugerolles, ſuivant le contrat & inféodation, du vingt-quatre janvier mil quatre cent quarante-un, produit au procès, à cauſe du fief de la Dureriere, mouvant dudit Cappony en ladite qualité, la ſaiſie féodale du ſeize Juillet mil ſix cent quarante-neuf, tenant ſans perte de fruits, juſques après ledit tems d'un mois expiré, & à faute de faire ladite foi & hommage par ledit de Laborie, dans ledit tems, & icelui paſſé, a déclaré & déclare la perte des fruits encourue au profit dudit de Cappony, juſques à ce que ledit de Laborie ait ſatisfait, ſans dépens. Prononcé le 24 jour de février mil ſix cent cinquante-deux. *Signé*, GUYET.

On voit par cet arrêt, que la cour ne s'eſt pas arrêtée aux excuſes du vaſſal, & que nonobſtant icelles, elle l'a obligé de rendre l'hommage au château de Feugerolles & maiſon ſeigneuriale du ſeigneur, ſuivant l'inféodation.

Mais c'eſt qu'elle a jugé que les procès qui étoient entre les parties, n'étant que pour droits ſeigneuriaux, ne devoient pas cauſer une inimitié conſidérable, & que ce n'étoit qu'un vain prétexte; que ſi tout procès ſuffiſoit pour diſpenſer le vaſſal d'aller dans le lieu où il doit rendre foi & hommage, il n'auroit qu'à conteſter quelque droit, à chercher un ſujet quelconque de procès pour s'exempter de rendre l'hommage en perſonne, & chez le ſeigneur: qu'il falloit donc que ce fût une inimitié capitale, & qu'on ne pouvoit la préſumer que ſur des procès importans & des querelles. Mais ſi l'on ne doit pas diſpenſer légérement un vaſſal de ce devoir, on ne doit pas non plus exiger d'un gentilhomme qu'il aille chez ſon ennemi, & en lieu où il ne ſeroit pas enſûreté: les ſuites en pourroient être trop dangéreuſes. Nous eſtimerions donc qu'en ce cas, & les cauſes de l'inimitié bien reconnues, il faudroit uſer de pré-

BIU Cujas

cautions, par exemple, choisir la maison du curé, ou convenir que l'hommage se feroit en présence d'un magistrat ou d'un officier royal, & de quelques autres personnes.

Au reste, puisque l'arrêt donne au vassal un mois pour rendre l'hommage, la saisie féodale tenant sans perte des fruits jusqu'après ledit tems, c'est une preuve que la cour a jugé, ou qu'il avoit eu quelque excuse; ou, ce qui est moins vraisemblable, qu'en pays de droit écrit, les fiefs ne sont pas fiefs de rigueur ou de danger, comme en pays coûtumier.

Il est vrai que suivant la coûtume de Paris, art. 29 & autres, le vassal qui après la saisie féodale, enleve ses fruits d'autorité privée, est obligé de les rétablir, & que jusqu'a ce qu'il l'ait fait, il ne peut être reçu à faire foi & hommage : mais c'est parce qu'après la notification qui lui a été faite de la saisie, &, la connoissance qu'il en a eue, il ne peut être regardé que comme usurpateur & possesseur de mauvaise foi, comme violateur du gage de la Justice, qu'il est censé dès-lors mépriser aussi bien que son seigneur. Quoique dans la suite il répare sa faute & sa contumace, il ne laisse pas de perdre les fruits, jusqu'à ce qu'il ait satisfait. C'est la disposition formelle de nos coûtumes ; Charles du Moulin l'enseigne expressément dans son commentaire sur la coûtume de Paris, § 1, glose 9 & § 42, nombre 14, où il cite un ancien arrêt de la cour, dont Coquille fait aussi mention dans son institution au droit François, titre des fiefs.

OBSERVATIONS.

L'Auteur rapporte ici un arrêt du parlement, du 4 février mil six cent cinquante-deux, qui condamne un vassal à faire l'hommage au château du seigneur, nonobstant qu'il eût procès avec lui; & ce dans un mois, à compter du jour de la signification de l'arrêt, la saisie féodale tenante, sans perte de fruit jusqu'à ce tems, lequel expiré; la Cour déclare la perte des fruits encourue.

A cette occasion, l'auteur traite la question, tant en pays coûtumier, qu'en pays de droit écrit, & la différence qu'il y a entre ces différens pays.

Ce seroit ici le lieu d'examiner la qualité des fiefs dans les pays de droit écrit; mais je crois l'avoir fait suffisamment, tom. I, liv. 3, quest. prem. Ainsi, pour éviter les redites, je prie le lecteur d'y avoir recours.

BIU Cujas

DE LA PRESCRIPTION,

Entre le seigneur & le vassal.

QUESTION QUARANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Toutes les coûtumes rejettent la prescription entre le seigneur & le vassal.*
2. *Raisons pourquoi le seigneur ne peut prescrire contre le vassal.*
3. *Raisons pourquoi le vassal ne peut prescrire contre le seigneur.*
4. *Le seigneur peut prescrire, s'il possède à autre titre que celui d'une saisie féodale.*
5. *Il peut prescrire en qualité de seigneur haut-justicier à titre de deshérence.*
6. *Le vassal peut prescrire contre le seigneur à titre particulier.*
7. *L'un & l'autre peuvent prescrire le fief & la foi & hommage par l'espace de 30 ans, depuis la contradiction.*
8. *Le vassal qui a reconnu un autre seigneur à titre de cens, & qui depuis a racheté ledit cens, peut prescrire contre le véritable seigneur.*
9. *Le vassal peut prescrire le fief dominant, ou partie d'icelui.*
10. *Arrêt du 4 avril 1615, qui a jugé que dans la province d'Auvergne les droits féodaux sont imprescriptibles.*
11. *Dans le pays de droit écrit, la prescription n'a pas lieu entre le seigneur & le féodal, si ce n'est en Dauphiné, par cent ans.*
12. *Eloge de M. Salvain, premier président de la chambre des comptes en Dauphiné.*
13. *Deux exceptions à l'imprescribilité, entre le seigneur & le vassal.*
14. *La règle & les exceptions des fiefs ont lieu à l'égard des censives.*
15. *Le seigneur suserain peut prescrire la mouvance des arriere-fiefs.*
16. *Plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé en faveur du roi.*
17. *Du tems & des conditions requises pour prescrire les arriere-fiefs, par le seigneur suserain.*
18. *Dans les pays où les fiefs sont sans profit, le seigneur suserain ne peut prescrire les arriere-fiefs.*
19. *Espece dans le cas d'un fief du pays de Forêts.*
20. *Arrêt du 21 août 1703, qui le juge ainsi dans le pays de Forêts.*

QUESTION XLVI.

Si le seigneur peut prescrire contre le vassal, & le vassal contre le seigneur.

1 CETTE question pourra paroître inutile, puisqu'il est décidé par presque toutes les coutumes, que l'un & l'autre ne peuvent prescrire. En effet la coutume de Paris art. 12 dit : *Le seigneur féodal ne peut prescrire contre son vassal le fief sur lui saisi ou mis en sa main ; ni le vassal la foi qu'il en ait joui, encore que ce fût par cent ans & plus.* Il est vrai que cela a été ajouté dans la nouvelle coutume, contre l'opinion de du Moulin, qui vouloit excepter la prescription centenaire comme équivalente au titre, *habet vim tituli & constituti*, par la disposition du droit *in l. hoc jure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotidiana & æstiva, & in cap. 1 de præscriptionibus in 6.*

Nous ne rapporterons pas ici toutes les autres coutumes qui rejettent la même prescription entre le seigneur & le vassal, du moins celle de trente ans, on peut les voir dans la conférence de Fortin ; & il suffit de dire qu'il n'y en a point qui loin d'admettre cette prescription réciproque, n'y soit formellement opposée ; tant pour le seigneur que pour le vassal.

Pour le seigneur, parce qu'ayant fait saisir le 2
fief du vassal, ou l'ayant mis en sa main pour s'en approprier les fruits, faute d'homme ou de payer les droits, ou de fournir dénombrement, il n'en a la possession ni naturelle ni civile. C'est pourquoi l'article 12 de la coutume de Paris porte, *le fief sur lui saisi ou mis en sa main ;* parce qu'en ce cas le seigneur n'en jouit pas comme maître & propriétaire, il n'en est que l'usufruitier, & la propriété demeure au vassal pour la reprendre en s'acquittant de ce qu'il doit, & faisant la foi & hommage.

Ajoutons que le seigneur n'est, à proprement parler, que dépositaire & même gardien, comme parle la coutume d'Amiens, titre des fiefs,

BIU Cujas

art. 5 ; ensorte que le vassal est toujours en droit de relever le fief, en payant les droits ; c'est-à-dire, de rentrer en sa possession, en satisfaisant à ce qu'il doit. Or, il est certain que de droit *nemo sibi mutare potest causam possessionis, l. cùm nemo, ff. de acquirend. possess.* il ne se peut donc aussi que celui qui ne jouit que précairement, qui occupe plutôt l'héritage qu'il ne le possede, qui ne le tient pas *pro suo & titulo domini*, comme disent nos interpretes, change de lui-même & sans autre cause survenante, la cause de sa possession ; & que de gardien il devienne proprietaire.

Maître Charles du Moulin sur l'article 68, gloſe premiere de l'ancienne coutume de Paris, décide, que le seigneur ne peut prescrire, parce qu'il possede le fief, non comme à lui appartenant, mais à son vassal, & il ajoute que *presumitur possessio habita & continuata, in eadem qualitate in quâ cœpit, & maximè cùm non possit aliquis ex sola animi sui destinatione mutare sibi causam possessionis.*

La coutume de Nivernois tit. 4. art. 12 porte *que le seigneur ne peut pendant la saisie acquérir droit petitoire ou possessoire en la chose féodale contre son vassal.* Cette maxime est si constante, que l'évêque de Clermont, après une jouissance de trois cens ans, a été dépossédé du comté, & en a été évincé par Catherine de Médicis, mere de nos rois, parce qu'il s'est trouvé que cette jouissance n'avoit pour principe qu'un dépôt & bail à garde, ainsi que l'a remarqué Coquille sur l'article que nous venons de citer de la coutume de Nivernois, & M. Papon dans ses arrêts.

3 Quant au vassal, soit en honneur, soit en profit ce qu'il doit à son seigneur, c'est un droit seigneurial, c'est une reconnoissance de supériorité, & par conséquent c'est un droit imprescriptible, *l. comperit. cod de præscript. 30 vel 40 annorum.* La coutume de Berri au titre des prescriptions, art 3 en donne pour raison, l'obligation mutuelle & réciproque de fidélité de l'un envers l'autre. On peut ajouter que ne pouvant pas changer le titre & la cause de leur possession, il s'ensuit que puisque le seigneur ne peut jouir que comme saisissant & dépositaire, le vassal ne peut aussi posseder qu'avec dépendance, & en quelque façon plûtôt pour autrui que pour soi-même.

On doit donc tenir pour maxime, que pour pouvoir prescrire il faut jouir en qualité de propriétaire, *pro suo & tanquam dominus rei possessæ, l. quæcunque §. ff. de plublicana in rem actione, & l. si servus, §. 1. ff. de noxalib. action*, que si une possession procede d'une autre cause qui n'emporte pas le droit de propriété, cette cause se continue d'elle-même & subsiste toujours malgré l'intention du possesseur ; il est toujours censé posséder la chose, sous cette même qualité.

Cependant comme il est possible qu'il survienne une cause nouvelle qui change la nature de la possession & lui donne une qualité différente ; il est nécessaire de faire quelque distinction sur la question proposée. Il est vrai que le seigneur, comme seigneur dominant du fief, & comme l'ayant saisi & mis sous sa main, ne le peut prescrire. Il est également vrai que le vassal comme vassal, ne peut non plus prescrire contre le seigneur. Mais 4 si le seigneur a joui du fief, non par saisie féodale, mais à un autre titre propre à transmettre la propriété, il peut alors le prescrire ; comme il le prescriroit s'il l'avoit acheté, ce qui est dans le commerce étant prescriptible : alors *non præscribit tanquam dominus contra vassallum, sed tanquam quilibet extraneus.*

La coutume de Lorris, au titre des fiefs, art. 9 après avoir établi qu'il ne peut y avoir prescription entre le seigneur & le vassal, fait cette exception : à moins que le seigneur de fief eût un titre particulier de propriété & eût joui plus de trente ans. Expliquons maintenant comment il peut arriver que le seigneur ait un vrai titre de propriété, qui opére la prescription.

Nous disons qu'il peut prescrire, non comme 5 seigneur féodal, mais comme seigneur haut-justicier ; non faute d'homme, mais faute d'héritier ; non par saisie féodale, mais par droit de desherence. Il se peut faire que le vassal décedé, il n'y ait point d'héritier apparant, qu'il ne s'en présente aucun ; & que le seigneur saisisse le fief comme vacant. En ce cas, comme il jouit *pro suo & opinione domini*, il peut en prescrire le droit. La coutume de Vermandois, art. 85 le décide expressément. Elle permet au seigneur de saisir les biens vacans, même le fief, faute d'héritier ; & elle ne demande que vingt ans pour en prescrire la propriété. Il faut donc, comme l'on voit, distinguer avec du Moulin sur l'art. 23 de la coutume de Tours, & Chopin sur celle de Paris, liv. premier, tit. 2, la cause de la possession.

Peut-on dire la même chose pour le vassal ; est-il des cas où il puisse prescrire ? Il semble que sa qualité d'inférieur & de dépendant doive toujours y être un obstacle invincible. Cependant, sa condition est égale ; si le seigneur peut prescrire par un titre, le vassal le peut aussi par un autre. Lhoste sur la coutume de Lorris, tit. des fiefs, art. 9 après avoir décidé que le seigneur peut prescrire le fief par une jouissance de bonne foi, & comme de son héritage, ajoute que par la même raison le vassal peu aussi prescrire quand il a joui par un titre particulier : *car*, dit-il, *en ce faisant, ni l'un ni* 6 *l'autre n'enfraint la foi, & c'est assez qu'ils croyent qu'il n'y a point d'autre propriétaire.* Pontanus, sur l'art. 37 de la même coutume de Blois, soutient le même sentiment, & il se fonde sur la règle des correlatifs.

Cujas *ad titulum ultimum, libri primi feudorum* se déclare pour cette opinion, & dit que, *si dominus triginta annis possederit feudum quasi non feudalem, vel si vassallus triginta annis possederit feudum quasi proprium*, l'un & l'autre prescrit également.

C'est pour cela que quand les coutumes d'Estampes, art. 26, d'Auxerre, de Chaumont, art. 77, établissent que le vassal ne peut prescrire, elles restraignent cette impuissance à la teneur féodale ; & que celle de Saint-Jean d'Angély, art. 112, ne parle que de la foi & hommage & de la reconnoissance de la seigneurie, qui sont en effet des droits imprescriptibles.

Mais comment & de quel jour le vassal peut-il prescrire ? C'est par une contradiction légitime, 7 c'est-à-dire en contestant de bonne foi au seigneur qu'il lui doive foi & hommage, ni aucune redevance ; & du jour que commence cette contestation : Telle est la décision des coutumes d'Auxerre art. 186, de Berri titre des prescriptions art. 5 & au titre des servitudes, art. 2 & 3 ; plus expressément encore celle de Nivernois tit. 4 art. 14, où après avoir rejeté la prescription, elle ajoûte : *néanmoins en chacun desdits cas, le contredisant, soit seigneur ou vassal, prescrit respectivement par l'espace de trente ans, à compter du jour de la contradiction tolérée.* Supposons donc que

BIU Cujas

le vassal désavoue le seigneur, qu'il s'oppose à la saisie que veut faire sur lui le seigneur à cause de son refus de le reconnoître, & qu'il en obtienne main-levée; qu'après cela le seigneur s'endorme & laisse jouir le vassal pendant 30 ans, sans lui rien demander : nous disons qu'il est indubitable que par ce désaveu, par cette contradiction, le vassal étant censé ignorer de bonne foi le droit de seigneur, peut le prescrire par une si longue jouissance & tolérance du seigneur; parce que dès-lors en interrompant la possession du seigneur, il donne commencement à la saisine.

8 *Pontanus*, sur l'art. *in verbo subjecto*, en donne un autre exemple. Il suppose que *Titius* ne sçachant pas de qui son héritage étoit mouvant, & certain néanmoins que, suivant la coutume de Blois, il étoit obligé de reconnoître un seigneur, en fait une reconnoissance au profit de *Sejus* à titre de cens. Quelque tems après, voulant affranchir son fond, il achete ce cens, & par conséquent la directe, & en jouit pendant plus de trente ans en toute franchise & liberté. On demande s'il a pû prescrire contre le véritable seigneur; & cet auteur conclut pour l'affirmative, pourvû qu'il n'y ait point eu d'artifice de la part du tenancier, & que ce qu'il a fait il ne l'ait pas fait en fraude : car on présume plûtôt en bonne qu'en mauvaise part, suivant la loi *merito ff. pro socio*, où le jurisconsulte dit que l'associé est présumé prendre la chose commune plûtôt comme sienne, qu'à dessein de retenir induement celle de son compagnon : *Sane plerumque credendum est*, dit-il, *eum qui partis dominus est, jure potius suo uti, quam furti vel fraudis consilium inire.*

On nous opposeroit en vain la loi, *cùm nemo, ff. de acquir. possess.* : elle décide seulement que le vassal ne peut pas de lui-même & sans cause survenante changer sa possession : c'est le sens que lui donne la loi *qui bona* du même titre. En voici les termes : *quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui corpore & animo possessioni incumbens : hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret.* Le jurisconsulte l'explique de même : *non si quis*, dit-il, *dimissâ possessione primâ ejusdem*
9 *rei, denuò ex aliâ causâ possessionem nanciscì velit.* Enfin si le vassal ne peut pas prescrire le vasselage, la foi & l'hommage, il peut acquérir par prescription le fief dominant, ou partie d'icelui. En ce cas il ne prescrit point comme vassal, mais comme étranger; & sa longue jouissance de la liberté du fief dominant, ou de quelque portion, pendant plus de trente ans, fait présumer que c'est à titre d'acquisition ou de permutation, quoiqu'on n'en rapporte pas le contrat.

Cela se fait, *non tam vi præscriptionis, quam vi præsumptionis*, parce qu'il n'est pas à croire que le seigneur du fief dominant en laisse jouir le vassal trente, quarante ans & plus, sans que celui-ci en ait quelque droit & quelque titre. En effet, il semble qu'il seroit injuste que sous prétexte que *Titius* a un fief qui dépend d'une baronie, il ne puisse pas prescrire & s'assurer cette baronie par la jouissance de plus de trente ans. Du Moulin ne le pense pas : on le voit par la note qu'il a faite sur l'article 455 de la coutume du Maine, où il s'exprime ainsi : *intellige sine titulo, per §. præcedentem, etiamsi sit vassallus vel censuarius*, & il renvoye à ce qu'il en a dit sur la coutume de Paris.

La question que nous nous étions proposée étant ainsi résolue, venons au fait qui y a donné occasion. En 1645, Jean de Ponde, écuyer, seigneur de la Tour-Goyon, fit assigner devant le sénéchal d'Auvergne à Riom, les habitans d'un village, pour le guet & garde, charois & manœuvres, & autres devoirs auxquels il prétendoit qu'ils étoient assujettis. Pour fonder sa demande, il leur communiqua un ancien titre, par lequel le comte de Boulogne, de la maison de Beaufort ou Canillac, neveu du pape Clément, avoit donné aux prédécesseurs du seigneur de la Tour-Goyon, le village & les feux en question, avec d'autres droits, spécialement celui d'usage & chauffage aux grands bois aujourd'hui appellés les bois de la Tour-Goyon : mais que sur le tout il s'étoit réservé le droit de fief & de foi & hommage, à cause de sa terre & seigneurie de Boutonnargues.

Ce titre ne fut pas plûtôt communiqué, que Catherine de Polignac, comtesse d'Ast & de Rioux, & dame de Boutonnargues, intervenant au procès, demanda que le seigneur de la Tour-Goyon fut condamné non-seulement à lui rendre la foi & hommage, mais encore à lui relâcher la forêt, ou bois, appellée le grand bois de la Tour-Goyon. Contre cette intervention & cette demande du bois, le seigneur de la Tour-Goyon excipa de sa jouissance de plus de deux cents ans, & soutint qu'en ayant joui si long-tems, au vu & au sçu des seigneurs de Boutonnargues, paisiblement & sans aucun contredit, il en avoit prescrit tout le droit qu'on pouvoit y prétendre; que cette possession immémoriale étoit d'autant plus à considérer, qu'il pouvoit l'établir non-seulement par témoin, mais encore par titres & actes publics qu'on ne pouvoit démentir, sçavoir par des beaux à ferme, par des actes de justice, par des inventaires & des partages.

La dame comtesse d'Ast opposoit à ces moyens la qualité de vassal, & la dépendance du fief, & soûtenoit que les auteurs du seigneur de la Tour-Goyon n'avoient pû prescrire contre leur titre, & changer la cause de leur possession.

Le seigneur de la Tour-Goyon repliquoit, que s'il s'agissoit simplement du vasselage & de la foi & hommage, on ne l'auroit pu prescrire; mais que pour la propriété du bois, elle devoit lui être assurée par une possession de si longues années, *non tam vi præscriptionis quàm vi præsumptionis*; parce qu'il n'étoit pas croyable que cette possession eût été soufferte, si elle n'avoit eu un fondement valable : Que cette présomption étoit d'autant plus forte, que le bois en question étoit communément appellé le grand bois de la Tour-Goyon.

Sur les moyens de part & d'autre, le sénéchal de Riom rendit sa sentence le 23 octobre 1649, par laquelle il condamna le sieur de Ponde à faire la foi & hommage, à relâcher le grand bois de la Tour-Goyon, le droit de chauffage à lui réservé; & pour le prétendu ressort des appellations, il régla les parties à contester plus amplement. Il fut appellé de cette Sentence à la
10 Cour; mais elle y fut confirmée par arrêt du 4 avril 1651. Est-ce parce que la cause du sieur de Ponde étoit mauvaise, ou parce qu'il la défendit mal : on laisse au lecteur d'en juger.

On peut néanmoins dire pour le soûtient de l'arrêt, que si le bois n'avoit pas été compris dans le fief, le seigneur de la Tour-Goyon en auroit pû prescrire le droit, *tanquam extraneus*, & que la longue jouissance que ses auteurs en avoient eue, en auroit acquis la propriété; mais que l'usage & le chauffage du bois ayant été accordé par le titre même du fief & sous la même

BIU Cujas

obligation de foi & hommage, le ſeigneur de la Tour-Goyon n'avoit pas pû ſe rendre propriétaire, de ſimple uſager qu'il étoit, & changer ainſi ſa poſſeſſion; qu'il falloit donc qu'il montrât un autre titre & un nouveau droit : *ad hoc enim requiritur cauſa, juſta vera vel putativa extrinſecùs ſuperveniens*, dit maître Charles du Moulin : il faut qu'il paroiſſe que, *poſſeſſione priori interverſâ, cœperit pro ſuo poſſidere*, dit le même auteur, *niſi*, ajoute-il ſur l'art. 57 de la coutume de Blois, *niſi conſtaret quod non cœpit poſſidere jure feudi, ſed pro ſuo domanio.* Il exige donc un titre, du moins coloré; ſans quoi la cauſe de la premiere poſſeſſion eſt cenſée continuer la même, & ſe référer au premier titre, ſuivant cet axiome : *à primordio tituli formatur omnis eventus.*

Piere de Ponde, ſieur de Tallande, & frere du comdamné, ſe pourvut contre cet arrêt par voie d'oppoſition & par requête civile, comme intereſſé, parce que par le partage fait entre les freres, ils s'étoient obligés de ſe maintenir l'un l'autre dans la poſſeſſion des terres qui leur étoient échues

Depuis cet arrêt, on a trouvé des titres & documens anciens, qui font voir que le même comte de Boulogne avoit depuis le premier titre, remis & cedé pluſieurs autres droits, ſpécialement le bois en queſtion, ſans aucune réſerve. Le ſieur de Tallande n'a pas encore été oui; mais il ſe flate bien qu'en entérinant ſa requête, la dame comteſſe d'Aſt ou ſon fils, ſeront déboutés de leurs prétentions.

OBSERVATIONS.

De la preſcription entre le ſeigneur & le vaſſal.

11 L'Auteur établit dans cette queſtion, que dans les pays du droit écrit la preſcription n'a pas lieu entre le ſeigneur & le vaſſal. M. Papon, dans ſes arrêts, livre douze, titre trois, art. vingt-trois, établit la même maxime. Elle eſt certaine; elle a lieu dans tous les parlemens du royaume, à la réſerve de celui de Grenoble, qui admet la preſcription centenaire, ſuivant le témoignage de M. Salvain dans ſon traité de l'uſage des fiefs, chapitre treize, où il traite ſavamment la queſtion. C'eſt un excellent auteur, il joint à un grand fond d'érudition un raiſonnement très-ſolide, & un diſcer-
12 nement très-exquis.

13 Notre auteur apporte deux exceptions à la maxime qu'il avoit établie

La premiere, ſi le ſeigneur poſſéde le fief relevant de lui, comme un étranger, c'eſt-à-dire, à titre d'achat, ou autre titre capable de preſcrire, ſuivant le ſentiment de Cujas, ſur le dernier titre du premier livre des fiefs : *ſi dominus poſſederit feudum quaſi non feudalem; vel ſi vaſſallus poſſederit feudum quaſi proprium.* C'eſt auſſi le ſentiment de M^e Charles du Moulin, ſur le § 7 de l'ancienne coûtume de Paris, & dans ſa note ſur l'article 37 de la coûtume de Blois.

La ſeconde, ſi le vaſſal déſavoue ſon ſeigneur, la preſcription commence *à die contradictionis :* ce qui a lieu en pays coûtumier, notamment dans la coûtume de Berry, *des preſcriptions*, article cinq, & dans celle de Nivernois, tit. 4, art. 14. C'eſt le ſentiment de Coquille, dans ſon commentaire ſur cet article, & dans ſes inſt. coût. au titre des preſcriptions : en ce cas il ne faut que trente ans pour acquérir preſcription.
14 Coquille, *ibid.* & Salvain, chap. 15.

Cette maxime & ces exceptions ont lieu à l'égard des cenſives, ainſi qu'il a été ob-
15 ſervé tom. 1, liv. 3, queſt. 6.

Il faut ajoûter une autre exception en faveur du ſeigneur ſuſerain; il peut preſcrire la mouvance de l'arriere-fief, au préjudice de ſon vaſſal, pourvu que la preſcription n'ait pas pour principe la ſaiſie féodale du plein-fief; mais ſi l'arriere-vaſſal s'eſt aviſé de porter ſon fief directement au ſeigneur ſuſerain, & qu'il lui en ait fait différens hommages, ſans que le principal vaſſal s'y ſoit oppoſé, on prétend que le ſeigneur peut
16 acquérir preſcription par trente ans.

Cette queſtion a été jugée pluſieurs fois en faveur du roi. Carondas, dans ſes réponſes, chap. 2, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 18 juin 1578, pour un fief de Clermont en Beauvoiſis; il rapporte l'eſpece & les moyens de part & d'autre fort au long. M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chap. 16, en cite un autre du même parlement, pour une mouvance féodale dépendante du duché d'Orléans : il en cite deux autres du parlement de Toulouſe.

M. Catelan, dans ſon recueil d'arrêts du parlement de Toulouſe, tome I, liv. 3, chap. 29, fait mention d'un arrêt du parlement de Paris du 18 juillet 1652, par lequel il a été jugé, que le roi peut preſcrire la mouvance des arriere-fiefs relevans de ſes vaſſaux. Au même endroit il rapporte un arrêt du 20 décembre 1675, par lequel il a été jugé, que le roi ne peut preſcrire les arriere-fiefs qui dépendent de l'égliſe, parce que l'égliſe eſt ſous la protection du roi, & par conſéquent il ne peut preſcrire contre elle.

Enfin,

BIU Cujas

Enfin, il eſt certain que le roi peut preſcrire la mouvance des arriere-fiefs, parce que rien n'eſt plus naturel que le retour des choſes à leur principe; ainſi tous les fiefs étant émanés du roi, leur réunion à ſes domaines eſt favorable.

17 Mais, la difficulté conſiſte à ſavoir, quel tems eſt requis pour une ſemblable preſcription. M. Expilly, plaidoyer 27; M. Catelan, en l'endroit ci-deſſus cité, ſemblent ne demander que le même tems qui eſt requis entre deux ſeigneurs, c'eſt-à-dire, trente ans. M. Salvain diſtingue : ſi le roi n'eſt entré en poſſeſſion de la féodalité de l'arriere-fief que par des actes de foi & hommage, ſans profit de fief, pour lors cet auteur prétend qu'il faut cent ans pour preſcrire au préjudice du ſeigneur médiat, parce que la poſſeſſion pourroit être clandeſtine & colluſoire.

La coutume de Nivernois, au titre *des fiefs*, art. 15, dit qu'un tiers peut preſcrire la directe du fief contre le ſeigneur féodal par l'eſpace de trente ans contre un laïque, & de quarante ans contre l'Egliſe, *pourvû qu'il y ait deux diverſes ouvertures avec ſaiſies réelles, & dûement notifiées.* Coquille ſur cet article, dit que pour commencer une poſſeſſion contraire à l'ancienne, il faut qu'il ſoit intervenu quelque acte extérieur & apparent, contraire à l'ancienne poſſeſſion; que quand le fief eſt venu par ſucceſſion, il n'y a aucune raiſon pour admettre la preſcription centenaire, parce que la poſſeſſion paſſe dans la perſonne des héritiers, comme elle étoit dans celle de leurs auteurs. Enfin, il ajoûte, que quand les mutations ont été ſans profit, & qu'il n'y échet que le devoir de la bouche & des mains, la preſcription n'a pû courir. Dans ſes inſtitutions au droit françois, au titre *des fiefs* ſur la fin, il dit que s'il n'y a pas eu d'acte & d'exploit extérieur apparent, qui vraiſemblablement puiſſe être venu à la connoiſſance de celui qui y a intérêt, la poſſeſſion doit être préſumée clandeſtine, & non-efficace pour la preſcription.

18 Suivant ces diſtinctions, j'eſtime que, dans les pays où les fiefs ſont ſimplement d'honneur, & ſans aucun profit, comme dans les provinces de Lyonnois, Forêts, Beaujolois, Mâconnois, Bourgogne & Auvergne, la preſcription ne doit point être admiſe, parce que, comme je l'ai remarqué dans le premier tome, à peine, dans l'eſpace d'un ſiécle, trouve-t-on un acte de foi & hommage. D'ailleurs, l'arriere-vaſſal peut facilement faire un acte de foi & hommage au roi entre les mains d'un officier qui lui ſera dévoué, & tenir cet acte ſecret. Mais quand il n'y auroit point de colluſion, des actes de cette qualité ne viennent guères à la connoiſſance du ſeigneur féodal, qui, de ſon côté, n'eſt pas fort curieux de s'en informer, par les raiſons rapportées dans le premier tome.

Depuis peu, cela a été jugé de la ſorte en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de M. Ribaudon, ſur l'appel d'une ſentence du bailli de Forêts.

19 Voici l'eſpece. Le fief de Palomieu releve de la baronnie de Couzan, ſuivant une ſentence arbitrale de l'an 1309, rendue par ſix gentils-hommes qualifiés & voiſins. Depuis ce tems le ſeigneur de Couzan ne rapportoit qu'un ſeul acte de foi & hommage, du 7 décembre 1480, paſſé entre Arnault Allemant, ſieur de Palomieu, au profit de Jean de Levy, baron de Couzan, & une tranſaction paſſée du 8 juillet 1633, entre meſſire Louis de Saint-Prieſt, baron de Couzan, & meſſire Baltazar de Châtillon, ſeigneur de Montarboux & de Palomieu, par laquelle ce dernier avoit reconnu que le fief de Palomieu releve de la baronie de Couzan.

Le 23 avril 1473, Anne de Saint-Germain, veuve de Guillaume de Lavieu, fit la foi & hommage du même fief entre les mains de Jean, duc de Bourbon, comte de Forêts.

Le 25 ſeptembre 1674, Annet de Châtillon donna un aveu & dénombrement au ſieur Poudroux, juge domanial du pays de Forêts, de tous les fiefs par lui poſſedés, relevans du comté de Forêts, dans lequel étoit compris le fief de Palomieu.

Meſſire Imbert de Luzy, à préſent ſeigneur de la baronnie de Couzan, ayant fait aſſigner dame Jacqueline de Châtillon, en qualité d'héritiere d'Annet de Châtillon ſon pere, pour reconnoître à ſon profit le fief de Palomieu, par la ſentence du bailli de Forêts rendue le 27 février 1700, elle fut condamnée à reconnoître en la forme de la tranſaction du 8 juillet 1633.

La dame de Châtillon ayant appellé de cette ſentence en la cour, elle dénonça par une requête du 12 juillet 1702, ſon appel à Monſieur le procureur-général, afin de le rendre partie au procès. Sur cette requête, Monſieur le rapporteur ayant mis un vienne, je plaidai pour le ſieur marquis de Couzan. Je ſoutins 1°. que la dame de Châtillon n'étoit pas partie capable pour faire naître un combat de fief entre le roi & le ſieur marquis de Couzan, parce qu'un vaſſal n'a ni droit ni qualité pour ſuſciter un ſemblable combat : quand il eſt formé entre deux ſeigneurs qui prétendent tous deux la mouvance d'un même fief, le vaſſal doit attendre en paix la déciſion du combat, & ſe contenter de jouir cependant de ſon fief. C'eſt le ſentiment de Charles du Moulin, dans ſon traité

BIU Cujas

des fiefs, § 60, nombre 46, & de Brodeau, dans ſon commentaire, ſur la coutume de Paris, art. 60 n. 2.

2°. Je fis voir que le roi n'avoit aucun intérêt dans la conteſtation, parce qu'en Forêts tous les fiefs étant ſans aucun profit, il étoit indifférent au roi que le fief de Palomieu relevât de ſon comté de Forêts en plein-fief ou arriere-fief; puiſque la terre de Couzan étant la premiere baronnie du Forêts, l'hommage que lui en fait le ſeigneur de Couzan, comprend le fief de Palomieu, & tous les autres fiefs qui en relevent.

Cependant la cour ordonna que le procès ſeroit communiqué à Monſieur le procureur-général. Ce grave magiſtrat, qui ne prête ſon miniſtère qu'à la juſtice, ayant reconnu que le roi n'avoit réellement aucun intérêt dans la conteſtation, ne voulut pas y intervenir. Afin de faire ceſſer toute apparence d'intérêt du roi, le marquis de Couzan déclara qu'il conſentoit que l'arrêt qui interviendroit entre lui & la dame de Châtillon, ne pourroit nuire ni préjudicier aux droits du roi, & il lui fut donné acte de cette déclaration à l'audience. Il intervint l'arrêt définitif qui ſuit.

Extrait des regiſtres du parlement.

20 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, SALUT. Sçavoir faiſons, qu'entre dame Anne Jacqueline de Châtillon, veuve de meſſire Claude le Camus, chevalier, ſeigneur d'Ivours, & autres places, au nom, & comme curatrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle, appellante d'une ſentence du bailli de Montbriſon en Forêts, du vingt-ſept février mil ſept cent, d'une part; & meſſire Imbert de Luzy, chevalier, marquis de Couzan, ſeigneur des Chalins, & autres lieux, intimé, d'autre: Et entre ladite dame Anne Jacqueline de Châtillon, veuve dudit meſſire Claude le Camus, tant en ſon nom que comme fille unique & héritiere de meſſire Annet de Châtillon, & en qualité de curatrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle, demandereſſe en requête par elle préſentée à la cour, du onze mars mil ſept cent deux, d'une part, & ledit meſſire Imbert de Luzy, défendeur, d'autre: Et entre ladite dame Jacqueline de Châtillon, veuve dudit meſſire Claude le Camus, au nom & comme curatrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle, demandereſſe en deux requêtes des douze juillet & onze août mil ſept cent deux, d'une part; & ledit meſſire Imbert de Luzy, défendeur, d'autre. Vû par la cour en la troiſieme chambre des enquêtes l'arrêt de la grand'chambre du vingt-ſix avril mil ſept cent un, rendu entre ledit Imbert de Luzy, chevalier, marquis de Couzan, demandeur ſuivant ſa requête du treize dudit mois, a ce qu'il plaiſe à la cour lui donner acte de ce qu'elle conſentoit qu'elle renvoyât en telle chambre des enquêtes qu'il lui plairoit nommer, l'inſtance d'entre lui & la défendereſſe ci-après nommée, ſur l'appel interjetté de ladite ſentence du bailli de Montbriſon, du vingt-ſept février précédent, pour y être jugé en la maniere accoûtumée, d'une part; & ladite dame de Châtillon ès-noms, défendereſſe, d'autre, par lequel ladite cour auroit donné acte de la déclaration faite par ledit ſieur de Luzy, quil n'avoit aucune parenté ni alliance au degré de l'ordonnance, en la III^e ni en la V^e chambre des enquêtes; ce faiſant du conſentement des parties, les auroit renvoyées en ladite III^e des enquêtes, par le jugement de l'inſtance pendante entr'elles au rapport de M. François Robert, conſeiller, ſur l'appel interjetté par ladite de Châtillon, de ladite ſentence du ſénéchal de Montbriſon, du vingt-ſept février mil ſept cent, à l'effet de quoi ladite inſtance ſeroit remiſe au greffe par ledit conſeiller, qui en demeureroit déchargé, dépens réſervés: ladite ſentence du ſénéchal de Montbriſon, du vingt-ſept février mil ſept cent, rendue entre ladite dame Jacqueline de Châtillon, veuve dudit meſſire Claude Camus, ſeigneur d'Ivours & autres places, tant en ſon nom, que comme fille & unique héritiere de ladite Anne de Châtillon, & en qualité de curatrice de leurs enfans, demandereſſe, d'une part, & ledit Imbert de Luzy, défendeur, & reconvenant d'autre, par laquelle le ſieur de Couzan auroit été condamné, ſuivant ſes offres, à reconnoître de nouveau, au profit de ladite dame de Châtillon les deux rentes en queſtion, & à lui payer les arrérages d'icelles de cinq années avant la demande, en deniers ou quittances valables; & à défaut d'avoir dit par ladite dame de Châtillon, contre la reconvention dudit ſieur de Couzan, elle auroit auſſi été condamnée à reconnoître à ſon profit le fief, à la forme du titre rapporté, lequel ſeroit à cet effet exécuté ſelon ſa forme & teneur: ledit ſieur de Couzan condamné aux dépens juſqu'au jour de ſon offre; & ladite dame de Châtillon, en ceux faits depuis ladite reconvention (*a*), & à défaut, par ledit ſieur de Couzan de payer leſdits arrérages dans la

(*a*) C'eſt-à-dire, demande incidente.

BIU Cujas

quinzaine, où il conviendroit lever le jugement, il entreroit en taxe : arrêt du cinq février mil sept cent-un, par lequel, sur l'appel de ladite Châtillon, de la sentence du vingt-sept février précédent mil sept cent, les parties auroient été appointées au conseil à fournir causes & moyens d'appel contre ladite sentence du vingt-sept février mil sept cent, en exécution dudit arrêt du vingt-cinq février mil sept cent-un, en ce qui concernoit la demande incidente dudit sieur de Couzan, contre laquelle il n'y avoit point eu de défenses fournies de la part de ladite de Châtillon, à ce qu'il plût à ladite cour, en procédant au jugement de ladite instance, convertir l'appel en opposition ; & y faisant droit, renvoyer les parties pour instruire & procéder sur la demande incidente dudit sieur de Couzan, avec le fermier du domaine du roi, comme auparavant la sentence dont est appel, & le condamner aux dépens. Et où la cour désireroit entrer dans le mérite du fond, donner acte à ladite de Châtillon de sa déclaration, que ses auteurs & elle, depuis plus de deux cents ans, ont reconnu les comte de Forêts, & le roi qui les représente, pour seigneurs suserains du fief de Palomieu, avec droit de moyenne & basse justice ; & en conséquence ordonner que le procureur-général du roi seroit mis en cause ; & si la cour adjuge la mouvence à sa majesté, en ce cas mettre l'appellation & la sentence au néant ; émendant, débouter ledit sieur de Couzan de sa demande incidente portée par ses défenses du dix-huit décembre mil six cent quatre-vingt-dix-sept, & le condamner aux dépens, tant des causes principales, que d'appel, sans préjudice à elle de ses autres droits & action contre le premier chef de la sentence pour l'exécution de ses titres : réponses dudit de Luzy du vingt janvier mil sept cent deux, aux causes d'appel de ladite de Châtillon, suivant ledit arrêt du trois février mil sept cent un : contredits dudit de Luzy, du vingt-quatre avril mil sept cent deux, contre la production de ladite de Châtillon : requête de ladite de Châtillon, du dix mars mil sept cent deux, signifiée le onze dudit mois, contenant pareilles conclusions que celles d'emploi pour causes d'appel par elles données le vingt-trois août mil sept cent un, ci-devant énoncées & employées pour écritures & production : arrêt du vingt-trois dudit mois de Mars mil sept cent deux, par lequel ladite cour, sur la demande portée par ladite requête, auroit appointé les parties en droit à écrire & produire dans le tems de l'ordonnance, & joint à l'instance distribuée à M. Jean-Baptiste de Ribaudon, Conseiller, & donné acte à ladite de Châtillon de l'emploi par elle fait du contenu en sa requête pour écritures & production : requêt dudit de Luzy, du vingt-quatre avril mil sept deux, employée pour avertissement & défenses sur ladite demande de ladite de Châtillon, portée par sa requête du dix, signifié le onze mars précédent, & avec les pieces y énoncées pour écritures & production, suivant led. arrêt du vingt-trois dudit mois de mars : sommations respectives de contredire : production nouvelle dudit de Luzy, reçue par requête du deux juin mil sept cent deux : sommation de la contredire par ladite de Châtillon, ladite requête de ladite de Châtillon, du douze juillet mil sept cent deux, tendante à ce qu'il plût à ladite cour lui donner acte de ce qu'elle sommoit & dénonçoit audit sieur procureur-général du roi, aux risques, périls & fortunes dudit sieur de Couzan, pour la mouvance du fief de Palomieu par elle possédé, même la sentence dont est appel, du vingt-un février mil sept cent, qui adjugeoit audit de Couzan la mouvance dudit fief, & la haute justice, au préjudice de la déclaration par elle faite, qu'elle & ses auteurs avoient, depuis plus de deux cents ans, reconnu les comtes de Forêts, & le roi qui avoit réuni leurs droits, pour seigneurs suserains du fief de Palomieu, avec droit de haute, moyenne & basse justice, suivant les actes de foi & hommages, aveux & dénombremens des années mil quatre cent soixante-treize, mil cinq cent quarante, mil cinq cent soixante-douze & mil six cent soixante-quatorze, à ce que ledit sieur procureur du roi eût à faire cesser la prétention & demande dudit sieur de Couzan, sinon & où la cour adjugeroit audit sieur de Couzan la mouvance dud. fief de Palomieu au préjudice du Roi, en ce cas décharger ladite dame de Châtillon de la foi & hommage qu'elle & ses auteurs avoient toujours rendu au roi, pour raison dudit fief ; & si au contraire le roi étoit maintenu en ladite mouvance, en ce cas, en infirmant la sentence dont est appel, débouter ledit sieur de Couzan de sa demande, & le condamner en tous les dépens tant des causes principales que d'appel, & d'amende : autre requête de ladite de Châtillon, du onze août mil sept cent deux, à ce qu'il plût à notred. cour lui donner acte de ce qu'elle rapportoit les obéissances, actes, foi & hommages, aveux & dénombremens rendus aux comtes des Forêts & au roi par ses auteurs, à cause de la seigneurie & justice de Palomieu, & le actes de possession & exercice de la justice depuis près de trois cent ans ; ce faisant, en conséquence de la déclaration qui avoit été judiciairement faite par ledit de Luzy le sept dudit mois d'août, qu'il n'entend point nuire aux droits du roi, sans s'arrêter à l'acte dont il s'étoit prévalu, pour surprendre la sentence par défaut dont étoit appel, qu'il n'avoit jamais eu d'effet, & étoit demeuré prescrit, lequel seroit, en tant que besoin, déclaré nul, en infirmant la sentence dont étoit appel,

BIU Cujas

débouter ledit sieur de Couzan de sa prétention, avec dépens : arrêt du douze dudit mois d'août mil sept cent deux, par lequel entre autres, ladite cour, pour faire droit sur les demandes portées par lesdites requêtes, auroit appointé les parties en droit à écrire & produire dans trois jours, & joint à ladite instance : avertissement dudit de Luzy, signifié le cinq juillet mil sept cent trois, & production par lui faite en exécution dud. arrêt du 17, août 1702 : sommation faite à ladite de Châtillon de produire de sa part, même contredire : requête de ladite de Châtillon, du 17 du présent mois d'août, par elle employée pour plus amples causes & moyens d'appel contre la sentence du 27 février 1700, & sur laquelle ladite cour l'auroit reçu à produire par production nouvelle les pièces y mentionnées, lesdites pièces produites de nouvel : contredits dudit de Luzy, du 18 du présent mois d'août, servans aussi de réponses auxdites plus amples causes d'appel : requête de ladite de Châtillon du 20 dudit présent mois d'août, par laquelle elle auroit conclu à ce qu'il plût à ladite cour lui donner acte de ce qu'elle dénonçoit audit de Luzy, les titres qui établissoient le droit du roi contre la prétention qu'il avoit pour raison de la mouvance de la terre, fief & seigneurie de Palomieu; ce faisant, ordonner que le fermier du domaine de S. M. seroit mis en cause pour voir déclarer l'arrêt commun avec lui & cependant que ladite de Châtillon jouiroit par main souveraine dud. fief & seigneurie; & condamner ledit de Luzy aux dépens; au surplus adjuger à ladit de Châtillon les autres faits & conclusions par elles prises en l'instance : sur laquelle requête ladite cour auroit donné acte, & sur le surplus réservé à y faire droit en jugeant : requête dud. de Luzy dudit jour vingt août, employée pour réponses & défenses : sommation de satisfaire à tous les réglemens de l'instance : écritures & production & contredit, & joint : tout considéré : NOTREDITE COUR, sans s'arrêter à ladite requête de ladite de Châtillon, du 20 du présent mois d'août, a mis & met l'appellation au néant : ordonne que ce dont a été appellé, sortira d'effet, & en conséquence, sur le surplus des demandes de ladite de Châtillon, met les parties hors de cour : condamne ladite de Châtillon en l'amende de douze livres, & aux dépens des causes d'appel & demande, même en ceux réservés par l'arrêt du 26 avril 1701. SI MANDONS, &c. DONNÉ en Parlement le 21 août 1703. & de notre regne le soixante uniéme. Collationné par la chambre. *Signé*, DU TILLET.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

SUR cette question, & sur la premiere du livre 3 du tome 1, j'ai dit, après mon auteur, que la prescription n'a pas lieu entre le seigneur & le vassal, & j'en ai fait une regle générale, d'après tous les auteurs qui ont traité les matieres féodales. Cependant, à bien prendre la chose, c'est moins une maxime qu'une exception bien bornée, puisque, de la part du seigneur, elle est restrainte au seul cas où il possede le fief servant, en vertu d'une saisie féodale; parce qu'alors il ne possede pas comme maître & propriétaire, mais comme dépositaire & gardien; mais dans tous les cas où il jouit du fief servant, comme propriétaire, il peut prescrire comme tout autre possesseur, *tanquam extraneus.*

A l'égard du vassal, il n'y a aussi que l'obligation de rendre la foi & hommage qu'il ne peut pas prescrire contre son seigneur, parce que c'est un droit de supériorité qui n'est pas sujet à prescription; mais ce devoir excepté, il peut prescrire contre son seigneur, comme tout autre, *tanquam extraneus.*

Pour ce qui est des censives, l'imprescribilité n'est pas réciproque. Le seigneur peut prescrire l'héritage sujet au cens, de la même maniere que feroit tout autre possesseur, *tanquam extraneus.*

Mais le censitaire ne peut prescrire le droit du cens, parce qu'il est dû *in signum Dominii.* Hors ce cas, il peut prescrire contre son seigneur, comme tout autre, *tanquam extraneus.*

Ainsi il me semble qu'on ne devroit pas faire une règle générale d'une exception singuliere, qui a même des bornes.

Ce qui résulte de cette discussion, c'est qu'il faut tenir pour certain, que dans les pays de droit écrit, le cens est imprescriptible : je me suis contenté, pour l'établir, de citer les auteurs du pays de droit écrit; mais comme ils sont peu connus au palais, il est bon de citer des auteurs du droit coutumier. Chopin, *de franc. consuet. præcept. part. 3, cap. 3, art. 4*, rapporte deux arrêts des années 1558 & 1569, qui l'ont ainsi jugé, *idem de morib. Paris. lib. 1 tit. 3 art* 15. Tronçon, Labbé, Ferriere, Auzanet, sur l'art. 124 de la coutume de Paris, font mention d'un autre arrêt du 7 juillet 1603 qui a jugé la même chose.

BIU Cujas

DES MI-LODS,

Dans le cas d'une substitution pupillaire.

QUESTION QUARANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *La mere, substituée par le pere pupillairement à leur fils, doit un mi-lod.*
2. *Arrêt du 1655, qui l'a ainsi jugé.*
3. *Le frere substitué pupillairement à son frere, n'est pas obligé d'imputer à sa légitime, ce qu'il reçoit en vertu de la substitution pupillaire.*
4. *Un fils substitué pupillairement à son frere, peut demander un supplément de légitime, sans attendre l'ouverture de la substitution.*

QUESTION XLVII.

Si la mere, succédant à son enfant par la substitution pupillaire, doit un demi-lod; & si le fils, qui succède au frere par la même substitution, la doit imputer à sa légitime.

Nous ne voulons pas traiter ici cette question en termes de droit, parce que nous l'avons amplement traitée dans ce goût, au livre 3 de notre premier recueil. On y trouvera un arrêt, par lequel il 1 a été expressément jugé que la mere étant censée prendre les biens *judicio patris*, comme de lui, devoit un mi-lod.

Cette décision est principalement fondée sur ce qui est dit dans la loi *in ratione* §. *quod vulgo. ff. ad Falcidiam*, que *subductâ personâ pupilli, substituti revocandi sunt ad intellectum institutionis*, c'est-à-dire, que le pupille retranché, comme s'il n'avoit pas été au monde, les substitués sont réputés héritiers.

La même question a été agitée en notre siége de Montbrison, dans l'espèce suivante.

Le sieur Allard de Bussi ayant institué un de ses fils en bas âge, & substitué la mere pupillairement, & le cas étant arrivé, le seigneur marquis d'Urfé, ou son fermier, lui fit demande du mi-lod. Elle le refusa; & une sentence du Bailliage l'ayant condamnée à le payer, elle en appella. La cause plaidée 2 au rôle de Lyon, en l'année 1655. la sentence fut confirmée avec dépens.

Voilà donc un second arrêt donné avec connoissance de cause, & en audience, qui confirme le premier, & met cette question hors de doute, quoiqu'assez subtile, & problématique dans les régles & maximes de notre jurisprudence.

En effet, bien des auteurs soutiennent que celui qui succéde par substitution pupillaire, succéde plutôt au pupille qu'au testateur; que le pupille étant la cause immédiate, on ne peut la retrancher, *siquidem successio non fit per saltum*. Mais c'est néanmoins *judicio testatoris*, & par sa disposition, qu'il succède : d'autant mieux que l'hérédité du pupille ne pouvant être séparée de celle du pere, & le substitué ne pouvant répudier l'une pour recueillir l'autre, *l.* 40. *l.* 42. *ff. de acquir. hæreditate*, il s'ensuit que les biens sont censés confondus, & que le substitué succéde aussi-bien au pere qu'au pupille; & voilà pourquoi cette substitution pupillaire oblige le substitué à payer les dettes du pere, *l. paterfam. ff. de bonis autoritate judicium possidend.*

Ce raisonnement conduit à douter, si le fils substitué pupillairement à son frere, & qui veut se plaindre du légs qui lui a été laissé pour sa légitime, est obligé d'imputer ce qu'il prend par le bénéfice de la substitution pupillaire. 3

Il semble qu'il le doive, puisqu'il le prend *jure hæreditario & judicio patris*, & en quelque façon, *ex bonis patris*, tout comme s'il succédoit directement au pere.

L'opinion commune est pourtant contraire, & elle est fondée sur la loi *scimus*, §. *repletionem. Cod. de inoff. testam.* Grassus la soutient, *in tit. legitima quæst.* 19, *quia légitima debet capi de substantia patris, non autem fratris.*

Cette raison ne seroit pas suffisante, s'il est vrai, comme nous l'avons dit, que l'hérédité du fils impubere soit confondue avec celle du pere; que le substitué soit considéré, *atque ita si patris hæres extitisset in d. l. in ratione* §. *quod vulgo ff. ad Falcidiam.*

Mais la véritable raison pour laquelle le bénéfice de la substitution pupillaire ne peut pas s'imputer pour la légitime, est selon *Vasquius*, *lib.* 1. §. 10. *num.* 389. *de testatoris potentia*, que la substitution pupillaire n'a lieu qu'après la mort du pupille : au lieu que la légitime est due aussi-tôt après le décès du pere testateur, & que c'est dès-lors que la loi en fait elle-même le supplément. Celle du pupille ne vient qu'après, & en un tems où le supplément est censé fait.

Or la légitime étant une fois remplie, ce qui arrive après par le moyen de la substitution pupillaire, elle ne peut pas y entrer. Ce qui est déja censé rempli, n'a plus besoin de l'être. C'est bien un avantage, mais c'est un préciput séparé qu'on ne peut comprendre.

Nous ne croyons pas pouvoir joindre ici l'arrêt que nous avons allégué; mais comme c'est chose notoire dans la Province, il suffit que nous assurions qu'il a été donné au rôle de Lyon en l'année mille six cent cinquante-cinq.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

L'auteur propoſe ici deux queſtions.

La premiere, que la mere ſubſtituée pupillairement à ſon fils doit un mi-lod. Il a traité la même queſtion, tome premier, livre trois, queſtion quatorze, où j'ai fait les obſervations néceſſaires.

La ſeconde, ſi un frere ſubſtitué pupillairement à ſon frere, peut demander un ſup-
4 plément de légitime.

Pour entendre cette queſtion; il faut ſuppoſer qu'un pere a deux enfans, dont un eſt pupille. Par ſon teſtament, il inſtitue ce pupille ſon héritier univerſel; & l'autre ſon héritier particulier, pour une ſomme qui n'eſt pas ſuffiſante pour remplir ſa légitime. Celui-ci répudie le legs ou l'inſtitution particuliere faite à ſon profit, & demande ſa légitime. On lui oppoſe qu'il eſt ſubſtitué pupillairement à ſon frere, & que cette eſpérance ne lui permet pas de contrevenir à la diſpoſition teſtamentaire de ſon pere. Nonobſtant cette raiſon, l'auteur eſtime, que le ſupplément de légitime eſt dû, parce que la ſubſtitution pupillaire ne doit avoir lieu qu'après la mort du pupille; au lieu que la légitime eſt due dès le moment du décès du pere.

La loi *quoniam in prioribus*, au code *de inoff. teſtam.* tranche cette difficulté conformément à l'avis de notre auteur, en diſant que la légitime ne peut être différée ſous quelque prétexte que ce puiſſe être : *omnis diſpoſitio moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, & ita res procedat, quaſi nihil eorum teſtamento additum eſſet.*

NOUVELLE OBSERVATION.

La queſtion me paroît plus difficile que la premiere fois. Elle conſiſte à ſçavoir ſi le fils ſubſtitué pupillairement à ſon frere, doit imputer ſur ſa légitime ce qu'il prend par le bénéfice de la ſubſtitution pupillaire. La queſtion ainſi entendue eſt aiſée à la réſoudre : il n'y a point de doute que le fils ne ſoit obligé de compter pour ſa légitime le bénéfice qu'il reçoit de la ſubſtitution, puiſqu'alors il poſſéde tous les biens de ſon pere. Il faut donc diſtinguer dans la queſtion propoſée. Avant l'ouverture de la ſubſtitution pupillaire, le fils même ſubſtitué peut demander ſa légitime, ou le ſupplément, ſans être obligé d'attendre l'évenement de la ſubſtitution; mais après l'échéance de la ſubſtitution, il ne peut point demander le ſupplément; poſſédant tous les biens de ſon pere il faudroit qu'il ſe demandât & qu'il ſe payât lui-même. Obſervons néanmoins que ſi le fils appellé à la ſubſtitution pupillaire, étoit chargé de rendre les biens à un autre, en ce cas il pourroit demander qu'il lui fût fixé un ſupplément pour compléter ſa légitime, afin qu'elle ne ſoit pas confondue avec le reſte de la ſucceſſion dont il ne peut pas diſpoſer.

BIU Cujas

DES MI-LODS EN ROUANOIS.

QUESTION QUARANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sentence des requêtes du palais, du 23 avril 1620, qui juge que dans le duché de Rouanne il n'eſt point dû de mi-lods pour les ſucceſſions collatérales.*
2. *Arrêt confirmatif du 17 juillet 1621.*
3. *Autre arrêt qui déboute le ſeigneur, de lettres en forme de requête civile, par lui obtenues, contre le premier arrêt.*
4. *L'exemption du mi-lod n'a lieu que dans l'étendue du duché de Rouanne, & non dans les autres contrées du pays.*
5. *Avis de l'auteur, que quand le pere a paſſé à de ſecondes nôces, la remiſe à lui faite par ſa fille du premier lit, des biens de ſa mere, moyennant un ſupplément de légitime, eſt une eſpèce de vente qui produit des lods.*
6. *Le changement de juriſdiction n'en produit aucun pour les droits de fief; ainſi dans les châtelenies unies au duché de Rouanne, les mi-lods ſont dûs.*
7. *Exemple tiré de Chopin pour établir cette maxime.*
8. *Les avocats du parlement plaident au conſeil du roi.*
9. *Des pays où il n'eſt point dû de mi-lod.*
10. *Dans le Beaujolois il n'eſt point dû de lods pour les ventes par decret.*
11. *Arrêt du 14 juin 1702, qui juge que les lods ſont dûs en Beaujolois pour les ventes judiciaires faites ſur trois publications.*
12. *Arrêt du 2 ſeptembre 1704, qui juge que les lods ne ſont pas dûs en Beaujolois, des ventes judiciaires faites à la charge de trois publications, quand la vente a été précédée d'une ſaiſie-réelle.*
13. *Eloge de M. de la Roche, avocat du roi au bailliage de Ville-Franche.*
14. *Les lods, à Ville-Franche, ne ſont dûs qu'au treizieme denier.*

QUESTION XLVIII.

Si dans le duché de Rouanois il eſt dû lod ou mi-lod des ſucceſſions collatéralles & autres, & s'il peut être demandé, du ſupplément qu'un pere, héritier de la mere, donne à ſa fille ſur les biens de ſadite mere.

FRANÇOISE des Forges, par ſon teſtament du douze Février mil cinq cent quatre-vingt-dixſept, fait & inſtitue le ſieur Etienne Jailly, ſon mari, marchand de Roüane, ſon héritier univerſel, & légue la ſomme de douze cens livres & quelques meubles à Jeanne Jailly, leur fille unique, pour ſes droits de légitime.

Le mari eſt aſſigné devant Meſſieurs des requêtes du Palais, à la requête de Jean Coſſard, ſieur de Matel, pour ſe voir condamner à venir ſe faire inſcrire ſur ſes terriers, paſſer titre nouvel d'un livron de ſeigle par chacun an, de cens & ſervis, payer les arrérages de vingt-neuf années, enſemble le ſixiéme denier de la valeur de l'héritage en queſtion pour le lod, comme ayant ſuccedé à ſa femme.

Le dit ſieur Jally, aſſigné, fait offre de s'inſcrire ſur le terrier, de payer les cens & ſervis, & de paſſer titre nouvel: Mais pour le lod, il ſoutient qu'il n'en eſt point dû, & que ſelon l'uſage du Roüannois, le ſeigneur ne peut rien prétendre, quand la mutation arrive par ſucceſſion ou teſtament. Cet uſage ayant été conſtaté, il intervint une ſentence le 23 Avril 1620, par laquelle le défendeur eſt condamné, ſuivant ſes offres, à payer les cens & ſervis, & à paſſer titre nouvel; mais ſur la demande des lods, les parties ſont miſes hors de cour & de procès, ſans dépens. 1

Appel de la part du demandeur, qui en cauſe d'appel obtient lettres pour articuler des faits nouveaux, & qui en effet articule que le défendeur pour convoler à de ſecondes nôces, avoit donné à ſa fille, Jeanne Jailly, la ſomme de ſix mille livres, tant de ſon chef que pour raiſon du legs de douze cent livres à elle fait par ſa mere, & pour ſupplément de ſa ſucceſſion; moyennant laquelle ſomme elle avoit renoncé à cette ſucceſſion: en conſéquence, il ſoutenoit que cette conſtitution & renonciation équivaloit à une vente.

Jailly prétendoit, au contraire, qu'il falloit faire différence entre le ſupplément d'une vente & le ſupplément d'une légitime.

Le ſupplément d'une vente, diſoit-il, eſt un nouveau prix; le ſupplément d'une légitime, n'eſt qu'un accommodement entre le pere & la fille, un ſurcroît pour l'engager à s'en tenir à ſon legs; c'eſt la même choſe que ſi ſa mere avoit fait un plus grand legs: elle pouvoit même en avoir chargé le mari: *ſæpe enim credimus defunctum aliquid voluiſſe, & tamen non rogaſſe. l. ſi ſponſus §. ſi quis rogatus ff. de donatione inter virum & uxorem.* Jailly ajoutoit que la cour l'avoit ainſi jugé en cas ſemblables, & il en produiſoit les arrêts.

BIU Cujas

2 Il intervint un arrêt le 17 Juillet 1621, confirmatif de la ſentence, avec dépens de la cauſe d'appel.

Le ſieur de Matel obtint requête civile contre cet arrêt; elle étoit fondée 1°, ſur ce que le contrat de mariage de Jeanne Jailly n'avoit pas été produit, ni les termes de la remiſe & renonciation mis ſous les yeux de la cour.

2°. Sur ce que le pere ayant convolé à de ſecondes nôces, il avoit perdu la propriété des biens de ſa premiere femme, ſuivant la novelle vingt-deux : *mox deſerit eum proprietas :* d'où il s'enſuivoit que cette propriété avoit été acquiſe à la fille du premier lit; qu'elle n'avoit donc pu la céder & remettre au pere, moyennant une ſomme, que par une vraie vente. Qu'il eſt vrai, que ſelon la Loi *fœminæ C. de ſec. nupt.* §. dernier, lorſqu'il n'y a point d'enfans du premier mariage, ou qu'ils viennent à décéder, le ſurvivant des conjoints eſt maître abſolu des avantages qu'il a reçus, & qu'il en peut diſpoſer; mais que cela a été corrigé par la novelle deux & la vingt-deux, qui ne donne au conjoint ſurvivant, que ce qui eſt gagné, *propter pactum non exiſtentium liberorum.*

On répondoit pour Jailly, qu'encore que le contrat n'eût été vu ni produit, on en avoit articulé le fait, & pour ce ſujet obtenu des lettres.

Que Jailly ayant été interrogé deux fois pardevant Monſieur de Bullion, lors rapporteur du procès, il en étoit demeuré d'accord par ſon interrogatoire.

Qu'au ſurplus c'étoit au ſieur de Matel, comme demandeur, de faire compulſer le contrat de mariage; que l'ayant négligé, il devoit s'imputer la faute.

Que la diſpoſition de la loi *fœminæ* n'avoit point été corrigée, & que Juſtinien, par ſes novelles deux & vingt-deux, laiſſoit la choſe en ſuſpens, *dubiis committenda fortunis. Quis enim*, dit-il, *hoc étiam infringat, filiis quibus ſolis hoc ſervavimus non exiſtentibus ?* Que le droit étant donc incertain, & *in pendenti*, la fille y avoit pû renoncer & s'en accommoder avec le pere, ſuivant la loi premiere, *Cod. de pactis*, & la loi *de fidei commiſſo Cod. de tranſact :* que cela ne regardoit que la fille, qui ne s'en plaignoit point, & que le ſeigneur direct ne devoit pas rechercher de ſi près ce qui ſe paſſe dans les familles entre le pere & les enfans, moins encore y fonder une requête civile.

Par arrêt le demandeur fut débouté de ſa requête civile. Ainſi il demeure pour conſtant, qu'en Roüannois il n'eſt point dû de lod des ſucceſſions collatérales. Mais cela doit s'entendre dans l'étendue du duché du Roüannois : car ailleurs l'uſage eſt contraire. 3

Par exemple, quoi qu'on diſe ſaint Maurice en Roüanois, à cauſe du voiſinage, & pour le diſtinguer d'un autre bourg de S. Maurice, il ne s'enſuit pas qu'il y faille étendre cette immunité. Le contraire s'y obſerve, & nous avons vu pluſieurs titres, terriers, jugemens, quittances & autres actes qui font foi qu'on y paye mi-lod de toutes ſucceſſions hors la directe. 4

L'autre queſtion étoit plus délicate : quoique nous ne penſions pas que le lod ſoit dû pour un ſimple ſupplément de légitime, & un ſemblable accommodement entre le pere & la fille, il nous paroît cependant que le ſecond mariage du pere pouvoit cauſer de la difficulté. S'il eſt vrai, comme nous l'avons établi ailleurs, que par le convol à de ſecondes nôces le pere perd la propriété des biens de la mere, irrévocablement & ſans eſpoir de retour, quoiqu'il ſurvive aux enfans; il s'enſuit que la fille a remis au pere des biens qui lui étoient propres. 5

Mais on peut répondre que c'eſt un point douteux, & ſur lequel les interprêtes ſont partagés : Que la fille n'ayant point réclamé, le ſeigneur direct n'étoit pas recevable à agiter la queſtion : Enfin que le demandeur avoit ſçu & pu dire en cauſe d'appel ce qu'il diſoit par ſa requête civile, & que par conſéquent on ne devoit plus y avoir égard; que ce qui eût pu être ſpécieux & utile dans une cauſe d'appel, n'a plus de poids dans une requête civile.

OBSERVATIONS.

Le changement de Juriſdiction n'en fait aucun dans la Juriſprudence.

DANS cette queſtion, l'auteur établit, qu'il n'eſt point dû de demi-lod dans le pays du Rouanois qui fait partie du Forêts; & il ajoute que cela ne doit s'entendre que de l'étendue du duché de Rouane.

Cela peut donner lieu à une nouvelle queſtion.

6 Monſieur le maréchal de la Feuillade a fait unir au duché de Rouane quatre châtellenies royales d'une très-grande étendue : on peut donc demander, ſi dans les lieux qui dépendent de ces châtellenies, il n'eſt plus dû de mi-lod. Je crois qu'il eſt toujours dû, parce que le changement de reſſort n'en fait aucun dans la juriſprudence, ſuivant la maxime triviale *fief & juſtice n'ont rien de commun.*

7 Chopin, *de comm. Gal. conſuet. præcept. part. 2, cap 2.* vers la fin, rapporte l'union faite des châtellenies de Belac, Rainçon & Champagnac, dépendantes de la province de Limoges, à celle de la baſſe Marche. Quand elles faiſoient partie du pays de Limoges l'appel reſſortiſſoit au parlement de Bourdeaux, & elles ſe régiſſoient par le droit écrit, depuis qu'elles ont été unies à la province de la Marche, l'appel releve au parlement de Paris; & l'on a prétendu qu'elles devoient ſe régler par la coutume de la Marche. Cet auteur dit qu'elles continuent à ſe régler par le droit écrit; & la raiſon qu'il en donne c'eſt que le changement de juriſdiction n'en produit aucun dans la juriſprudence : *tribunalium variatio nullam parit legum mutationem.* Il nous apprend qu'il avoit plaidé au conſeil du roi la cauſe de ces trois châtellenies contre les officiers de la ſénéchauſſée de Limoges, qui prétendoit que nonobſtant leur union à la province de la baſſe Marche, elle devoient reſſortir pardevant eux. Autrefois les Avocats du parlement plaidoient ſouvent au conſeil du roi.

8 De mon tems cela eſt arrivé une fois, entre mademoiſelle de Montpenſier, & les légataires

BIU Cujas

taires & créanciers de Mademoiſelle de Guiſe, qui vouloient évoquer du parlement de Paris. La cauſe fut plaidée au conſeil privé du roi par meſſieurs Chardon, Robert, Bornat, & Secouſſe, avocats du parlement. Ils étoient debout & découverts, ils adreſſoient la parole à monſieur le chancelier en le traitant de monſeigneur. Cela ſe pratique de la ſorte au conſeil, mais non pas au parlement, quand monſieur le chancelier y préſide. Alors on ne le traite que de monſieur. Je l'ai vu ainſi pratiquer en la perſonne de monſieur le chancelier Boucherat, qui vint tenir l'audience de la grand'chambre, en 1686.

Pays où il n'eſt point dû de mi lod.

Mais pour revenir à la queſtion du mi-lod, il n'en eſt point dû dans le Beaujolois, non plus que dans le Rouannois. Il n'en eſt pas dû non plus en Auvergne, ſuivant l'article premier du titre quinze, *des achats, lods & ventes.* Baſmaiſon ſur cet article. 9

Dans le Mâconnois, il n'en eſt point dû dans les ſucceſſions, ni pour raiſon des donations, legs ou inſtitutions; mais il en eſt dû en matiere d'échange, quand les heritages ſont ſitués en différentes cenſives.

J'ai obſervé ſur la queſtion dix du troiſiéme livre du tome premier, qu'il y a un canton dans le Lyonnois, que l'on appelle le franc-Lyonnois, où il n'eſt point dû de mi-lod: j'ai oublié de remarquer que ce canton faiſoit autrefois partie de la Breſſe, dans laquelle il n'eſt point dû de mi-lod. Les habitans de ce canton ſe donnerent à la France, long-tems avant l'échange de la Breſſe contre le marquiſat de Saluces; ce fut à condition d'être maintenus dans leurs droits & priviléges. L'un de ces priviléges eſt de ne payer aucun mi-lod, à quelque mutation que ce puiſſe être, ſuivant un ancien ſtatut rapporté par Revel, pag. 227

Dans le Beaujolois il n'eſt point dû de lods dans les ventes par decret.

J'ai auſſi remarqué que dans le Beaujolois il n'eſt point dû de mi-lods; mais j'ai oublié d'obſerver, que dans tout le pays du Beaujolois il n'eſt point dû de lods en matiere de vente par décret. Cet uſage eſt trop ſingulier pour ne pas le remarquer, d'autant que depuis peu il eſt intervenu deux arrêts ſur cet uſage.

Suivant la doctrine des anciens docteurs, il n'étoit rien dû en matiere de vente par decret, parce que ce ſont des ventes forcées & des ventes judiciaires, qui n'ont pas beſoin de l'approbation & du conſentement du ſeigneur. Mais depuis environ deux cents ans, l'uſage contraire a prévalu dans tout le royaume, comme le remarque Monſieur Papon, dans ſes arrêts, livre treize, titre deux, nombre vingt trois. Monſieur Faber, dans ſon code, *de jure emphyt. def.* 23, dit que cela s'eſt introduit par une ancienne coutume, contre la raiſon du droit féodal, *ex publica diſtractione pignorum, quæ fit ſub haſtatione, numquam ex venditione neceſſaria, qualis illa eſt, peti poſſit.* *receptum eſt ex veterata conſuetudine, ut laudimia debeantur, quamvis ex juris feudalis ra-*

Enfin aujourd'hui c'eſt une maxime conſtante & générale dans toute la France. Je ne ſache que le pays de Beaujolois & celui du reſſort de la coutume de ſaint Sever, où cet uſage ne ſoit pas reçu. La coutume de ſaint Sever, titre huit, article trois, parle en ces termes: *en ventes non-volontaires faites par contrainte de juſtice aux criées publiques, ne ſont dûs lods & ventes au ſeigneur.*

A l'égard du Beaujolois, je ſçai que l'uſage eſt certain; mais je n'ai pû en découvrir l'origine. Je l'ai cherchée dans le procès civil de le Brun, qui étoit avocat au bailliage de Villefranche, & qui prend la qualité de juriſconſulte Beaujolois; mais il n'en parle point. Le plus ancien titre dont j'aie connoiſſance, eſt une ſentence des requêtes du palais du trente juin mil ſix cent ſoixante-deux, rendue entre l'abbé de Belleville, demandeur, & Grégoire Froment défendeur. Dans ce procès, les échevins de Villefranche, & les ſyndics des habitans des autres villes du pays intervinrent pour la conſervation de leur privilége. D'un autre côté, les ſyndics de la nobleſſe de la province intervinrent auſſi, pour être maintenus dans le droit de percevoir les lods dans les ventes par décret, & dans toutes les ventes judiciaires: par la ſentence qui intervint, la cour ayant égard à l'intervention des échevins de Villefranche & des habitans de la province, ſans s'arrêter à celle des ſyndics de la nobleſſe, mit les parties hors de cour. Ce jugement, duquel il n'y a point d'appel, eſt bien capable d'établir un uſage: car il a été rendu en grande connoiſſance de cauſe, & avec toutes les parties intéreſſées. Il faut donc s'en tenir à l'uſage ſans en chercher la raiſon, qu'il eſt difficile de trouver, & qu'il eſt quelquefois dangereux d'approfondir: *multa enim ſunt in moribus galliæ diſſentanea, multa ſine ratione, ut quod de jure recepto Neratius ſcripſit non eſſe ejus rationem anxiè inquirendam, ne multa ex his quæ certa ſunt ſubvertantur, id moribus Galliæ aptari veriſſimè poſſit*, dit M. Cujas, *l.* 4 *de feud. tit.* 24.

BIU Cujas

11 Mais comme tout ce qui n'eſt pas fondé en principe, eſt ſujet à pluſieurs inconvéniens, cet uſage a produit pluſieurs procès. L'on a prétendu que toutes les ventes judiciaires devoient avoir le même privilége. La queſtion s'eſt mue depuis peu pour les ventes ſur trois publications. Jean-Baptiſte Ronchevol s'étant rendu adjudicataire des biens de Matthieu Seyſtier, curé de Deneçé, vendus au bailliage de Villefranche ſur trois publications, à la requête de Pierre Tourre, il fut condamné par ſentence rendue au même baillage, à payer les lods de ſon adjudication. Ayant interjetté appel de cette ſentence en la cour; & le procès ayant été communiqué à monſieur le procureur-général, il me fit l'honneur de me demander mon avis. Je l'aſſûrai que l'uſage du Beaujolois étoit que les lods ne ſon pas dus pour les ventes par décret; mais que je ne ſçavois pas ſi cet uſage avoit été étendu aux ventes judiciaires ſur trois publications. Suivant les concluſions de ce ſçavant magiſtrat, il intervint un premier arrêt le trente-un mai mil ſept cent un, portant que le ſeigneur rapporteroit d'autres ſentences rendues au même bailliage, ſemblables à celle dont étoit appel; & que les parties ſe retireroient pardevant les officiers des ſénéchauſſées de Lyon & de Montbriſon, pour avoir des actes de notoriété de l'uſage. Les officiers de ces deux ſiéges atteſterent, que l'uſage de leur ſiége étoit, que les lods étoient dûs pour toutes les ventes faites en juſtice; mais les officiers du bailliage de Villefranche, par un acte du dix-huit janvier mil ſept cent deux, déclarent que le privilége de ne point payer les lods pour les biens vendus par décret, n'avoit point été étendu aux adjudications faites par licitation ſur trois publications, ſurtout quand il n'y avoit point de ſaiſie réelle. Suivant cette déclaration, il intervint arrêt le dix-neuf juin mil ſept cent deux, qui confirma la ſentence.

12 Depuis, il eſt intervenu un autre arrêt qui ſemble avoir jugé le contraire. Voici l'eſpéce. Jean Villard, marchand de Lyon, ayant fait faillite, ſes immeubles, ſitués dans le Beaujolois, furent ſaiſis réellement de l'autorité du juge conſervateur de Lyon, à la requête du ſieur Sadot, auquel ils furent adjugés pour la ſomme de quinze mille livres pour ſon ami élû ou à élire, à la charge de trois publications. Sadot ayant fait ſon élection en faveur des ſieurs Fabry & Vaginai, il intervint ſentence à la conſervation, qui leur adjugea les biens à la forme de la premiere ſentence. Quelques années après, le ſieur Fabry fut attaqué par le ſieur de ſainte Colombe Nanton, ſeigneur des lieux où les héritages étoient ſitués, pour le paiement des lods. Il y fut condamné par ſentence du juge de Thiſy, de laquelle ſentence ayant interjetté appel au bailliage de Villefranche, la ſentence du pre-
13 mier juge fut confirmée par une ſentence rendue par forcluſion le 34 mai 1703, de laquelle M. Fabry, avocat au préſidial de Lyon, fils & héritier du ſieur Fabry, ayant interjetté appel, il vint lui-même à Paris pour défendre ſes intérêts, & comme il a beaucoup d'eſprit & de ſçavoir, il défendit ſi bien, que par arrêt contradictoire rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de monſieur Pinon, le deux ſeptembre mil ſepr cent quatre, la ſentence fut infirmée, & lui déchargé de la demande du lod, avec dépens.

Il ſemble que ces deux arrêts ſoient contraires. Il y avoit pourtant quelque différence en ce que dans le premier cas, la vente faite ſur trois publications n'ayant point été précédée d'aucune ſaiſie réelle, ſemble être volontaire; c'eſt la raiſon alleguée par les officiers de Villefranche, dans leur déclaration du dix-huit janvier mil ſept cent deux, *ſur tout quand il n'y a point eu de ſaiſie réelle, mais ſeulement de ſimples publications ſur leſquelles l'adjudication a été prononcée du conſentement des parties.* Mais je trouve la raiſon de la différence encore mieux marquée dans l'article de la coutume de ſaint Sever, ci-deſſus cité, *en ventes non-volontaires, faites par contrainte de juſtice, aux criées publiques, ne ſont dûs lods & ventes.* Il faut donc que la vente ſoit faite par contrainte de juſtice, ce qui n'eſt pas dans une vente faite ſimplement ſur trois publications, ſans avoir été précédée d'une ſaiſie réelle. Dans l'eſpèce du ſecond arrêt, il y avoit eu une ſaiſie réelle, & même un établiſſement de commiſſaire.

Il ne faut pas oublier de dire, que le premier arrêt fut rendu par forcluſion. Ronchevol qui étoit l'acquereur, ayant fait banqueroute, il ne ſe mit pas en peine de ſe défendre; mais ſes interets furent bien défendus par Monſieur le procureur général. Cependant comme il me reſtoit quelque doute ſur cette queſtion, je l'ai propoſée à M. de
14 la Roche, avocat du roi au bailliage de Villefranche, qui eſt un très-digne magiſtrat, fort éclairé & expérimenté : il m'a aſſuré que les lods étoient dûs pour une ſimple vente faite ſur trois publications.

Il y a encore une choſe à éclaircir ſur la déclaration des officiers de Villefranche, elle porte que le privilége des decrets n'a pas été étendu aux ventes par licitation ſur trois publications; le terme de *licitation* me ſembla impropre en cet endroit; il ne s'applique qu'aux partages faits en juſtice entre cohéritiers, coaſſociés & copropriétaires; dans ce cas il n'eſt rien dû, quand un des cohéritiers ou intereſſés ſe rend adjudicataire : mais quand l'adjudication eſt faite à un étranger, les lods ſont dûs. Cette juriſprudence eſt

BIU Cujas

conſtante ; cependant à ſuivre la déclaration des officiers de Villefranche, il ſemble que les lods ſoient dûs en matiere de licitation ſans aucune diſtinction.

Il reſte à ſçavoir, ſi les lods ſont dûs pour les ventes faites par décret volontaire. Pluſieurs raiſons me portent à croire qu'ils ſont dûs. 1° Ces ventes ſont volontaires ; or la coutume de Saint-Séver dit, *en ventes non-volontaires*. 2° Les décrets volontaires ſont fondés ſur un contrat de vente qui précede & qui engendre les lods. 3° Ce ſeroit une voie pour frauder tous les ſeigneurs des droits de lods : car on auroit bien meilleur marché des frais d'un décret volontaire, qui ne montent qu'à environ cent livres, qu'à payer les lods, qui ſont au ſixiéme denier dans le Beaujolois.

* Depuis peu j'ai vû un petit livre, intitulé, *libertas & franchefia Villefranchæ*, dans lequel il y a une charte d'Edouard II de Beaujeu, qui reſtraint le droit de lods & ventes au 13 denier dans la ville de Villefranche.

DE LA RIVIERE DE LOIRE.

QUESTION QUARANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Diſtinction entre les rivieres navigables, & les autres : les premieres appartiennent au roi, & les autres aux ſeigneurs.*
2. *Dans le Forêts, la riviere de Loire n'eſt point navigable.*
3. *Raiſons pour prouver que dans le Forêts les ſeigneurs ſont les maîtres de la riviere de Loire.*
4. *Raiſons au contraire pour établir que le roi eſt maître de la riviere de Loire en Forêts.*
5. *Intervention de M. le procureur-général pour ce dernier parti.*
6. *Arrêt du 9 décembre 1651, en faveur des ſeigneurs.*
7. *L'on ne peut rien faire dans la riviere de Loire ſans la permiſſion des ſeigneurs.*
8. *Dans le Bourbonnois, la riviere de Loire eſt navigable ; cependant les ſeigneurs en ſont les maîtres.*
9. *A préſent la riviere de Loire eſt navigable en Forêts.*

QUESTION XLIX.

Si la riviere de Loire peut être cenſée un grand fleuve & public, dans l'étendue du pays de Forêts ; & à qui il appartient à permettre d'y faire des moulins : ou au roi, ou aux ſeigneurs hauts-juſticiers.

1 Nos praticiens, & après eux M. le Bret dans le traité qu'il a fait de la ſouveraineté de nos rois, liv. 2 chap. 15, font une diſtinction entre les fleuves navigables, & les ſimples ruiſſaux ou rivieres. Ils conviennent que ceux-ci ſont aux ſeigneurs hauts-Juſticiers, & qu'ils ſont en droit & poſſeſſion d'y permettre les moulins & les priſes d'eau ; mais ils reſervent au roi ſeul les fleuves navigables.

2 Comme la riviere de Loire deſcendant du Velay, traverſe la plaine de forêts, & ne commence néanmoins à porter batteau qu'à Rouane, il y avoit lieu de douter, ſi avant qu'elle ſoit à Rouane, elle peut paſſer pour un fleuve navigable, & qui dépend de ſa majeſté. Attendu même que, ſans le ſaut de Piney, endroit dangereux & plein de rochers entre deux montagnes, elle pourroit commencer à porter batteaux au pont de ſaint Rambert.

Voici la cauſe qui a fait naître la queſtion. Le ſieur de Roſtaing, prieur & ſeigneur de Pommiers, avoit cité pardevant le ſenéchal de Rouane, ou ſon lieutenant à Montbriſon, Barthelemy Vaſſoilles, pour qu'il eût à juſtifier des titres en vertu deſquels il avoit fait conſtruire un avalloir ſur la rivier de Loire du côté de la paroiſſe de Saint Georges de Baroles, dépendant du prieuré de Pommiers, & dans ſa juſtice.

Ce procès inſtruit & communiqué au Procureur du roi, d'après ſes concluſions, il fut dit par ſentence du 17 Décembre 1649, que ſur la demande dudit ſieur de Pommiers, les parties étoient miſes hors de cour, & ledit Vaſſoilles condamné à prendre, dans ſix mois, *conceſſion & benevis* de ſa majeſté, pour l'avalloir en queſtion ; ou autrement l'avalloir ſeroit d'étruit à la diligence dudit procureur du roi.

En exécution, ledit Vaſſoilles ſe pourvut pardevant les officiers des eaux & forêts, dont il obtint un nouveau *benevis* (c'eſt le terme du pays ;) & du conſentement du ſeigneur marquis de Chalmazet, ſeigneur engagiſte de la châtellenie & ſeigneurie de Neyronde, il fit confirmer ſon avalloir, ſous le cens annuel en toute directe de cinq ſols & d'un boiſſeau de bled. Le ſieur de S. Marcel avoit obtenu, le 20 Février 1598, un pareil *benevis* des officiers des eaux & forêts.

Le ſieur de Pommiers releva appel à la cour de la ſentence du ſenéchal, & incidemment ſe conſti-

BIU Cujas

tua demandeur par ſa requête du dix-huit Novembre 1650, non-ſeulement à ce que l'avalloir fût démoli, mais encore à ce que l'appui de l'écluſe de l'ancien moulin & avalloir dudit Vaſſoilles fut remis au même endroit qu'il étoit auparavant.

3 Il fondoit ces demandes ſur ce qu'il avoit droit de ſeigneurie & juſtice, juſqu'au milieu de la riviere de Loire, vis-à-vis la terre de Pommiers: Que cette riviere n'étant pas navigable en cet endroit, & ne pouvant l'être à cauſe des rochers qui font un obſtacle preſque invincible, on ne pouvoit pas conteſter un droit que tous les autres ſeigneurs ont ſur les rivieres qui paſſent dans leurs juſtice ou tout aupres : que par conſéquent ledit Vaſſoilles n'avoit pû ſe ſouſtraire à la juſtice dudit ſieur Prieur, & dans l'endroit de la riviere qui en dépend, conſtruire ſans ſa permiſſion un nouvel avalloir : Que comme il ne prétendoit rien du côté de Neyronde, & n'entendoit point entreprendre ſur les droits du roi ; les officiers de ſa majeſté n'avoient pû non plus rien concéder au préjudice dudit ſieur Prieur, & de la poſſeſſion dans laquelle il étoit : Que s'il étoit bien fondé pour ce chef, il l'étoit encore mieux pour l'appuyage, parce qu'il eſt inoui qu'un particulier puiſſe appuyer une écluſe ſur la terre du ſeigneur ſans ſa permiſſion, & ſans celle du propriétaire de l'héritage ſur lequel il prend ſon appui.

4 Vaſſoilles au contraire, & le ſeigneur Engagiſte joints en cauſe, ſoutenoient qu'encore que la riviere de Loire ne porte batteaux qu'à Rouane, elle ne doit pas moins être regardée comme un fleuve navigable, parce qu'en effet elle le ſeroit, ſi on lui faiſoit un paſſage libre au lieu de Piney : qu'étant auſſi conſidérable, & ayant un ſi long cours, on ne pouvoit la confondre avec les petites rivieres, que l'on appelle rivieres bannales, & rivieres de cens; & accorder aux ſeigneurs un droit de juſtice ſur elle, au préjudice du roi, ſans titre ni conceſſion : Que c'eſt pour cela que Bacquet ſemble ſoutenir que la riviere de Loire en ſuppoſant même qu'elle ne ſoit pas navigable, ne laiſſe pas d'être publique, & d'appartenir au roi.

Monſieur le procureur général intervint, &
5 avoua le procedé de ſon ſubſtitut; il ſoutint que la riviere de Loire étoit dans tout ſon cours de la qualité des grands fleuves qui appartiennent au roi, à l'excluſion des ſeigneurs, à moins qu'ils n'ayent une conceſſion ſpéciale :

Que ledit ſieur Prieur de Pommiers étant convenu qu'il n'en a point, ſa prétention étoit ſans fondement : que ſa poſſeſſion fut-elle réelle, ne pouvoit pas lui ſervir, parce que, quelque ancienne qu'elle ſoit, elle ne peut acquérir aucun droit contre le roi, & que ledit ſeigneur roi, par les actes faits par ſes officiers, s'étoit toujours conſervé dans la poſſeſſion contraire.

Quand à l'appui, ledit Vaſſoilles diſoit qu'il n'avoit jamais refuſé d'en payer le droit qui ſeroit reglé par expert : que le ſieur Prieur ne recevant aucun dommage de cet appui, ſe devoit contenter que l'intérêt de ſa juſtice lui fut conſervé : Que c'étoit pure vexation de la part du ſieur de Pommiers : d'inſiſter à ce que l'appuyage fût ôté & remis où il étoit autrefois, puiſqu'il ſavoit bien que c'étoit conſtituer en de grands frais ledit Vaſſoilles, & qu'il lui ſeroit même impoſſible de faire remonter ſon écluſe plus haut, attendu la diſpoſition actuelle du lit de la riviere.

Tous ces moyens n'empêcherent pas que Vaſſoilles ne perdit ſa cauſe. La cour jugea, qu'en deça de Rouane, les ſeigneurs hauts-juſticiers ont droit de juſtice ſur la riviere de Loire, ainſi que ſur les autres moindres rivieres.

On avoit allegué l'article 182 de la coutume de Meaux, & l'article 341 & 342 de celle de Bourbonnois, mais inutilement : elles établiſſent ſeulement que les fleuves navigables ſont au roi ; & c'eſt ce qui n'étoit pas en controverſe : il s'agiſſoit de ſavoir ſi la Loire endeça de Rouane pouvoit être cenſée navigable.

Extrait des regiſtres du parlement.

Louis, par la grace de Dieu, roi de France & de 6
Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront; Salut. Sçavoir faiſons, que comme la ſentence donnée par notre ſénéchal de Rouane, à Montbriſon le dix-ſept Décembre mil ſix cens quarante-neuf, entre Jacques de Roſtaing, prieur de Pommiers, ayant repris le procès au lieu de Baltazard de Roſtaing, ci-devant prieur dudit prieuré, demandeur, à ce qu'il fût maintenu & gardé en la poſſeſſion & jouiſſance de concéder & bailler à titre de benévis, le droit d'avalloir ſur la riviere de Loire, & juſques au milieu d'icelle, du côté de ſa terre & ſeigneurie de ſaint Georges de Barroles, tant comme ſeigneur direct, que haut-juſticier, Barthelemy Vaſſoilles, condamné réparer le trouble par lui fait; ce faiſant démollir l'avalloir qu'il a fait conſtruire ſans ſa permiſſion du côté dudit ſaint Georges, & ès dépens, dommages & intérêts, d'une part, & ledit Vaſſoilles, défendeur, d'autre, par laquelle auroit été ordonné que ledit Vaſſoiles prendroit conceſſion & benévis de nous dans ſix mois, pour la ſubſiſtance dudit avalloir, autrement, & à faute de ce faire, ledit tems paſſé, ſeroit ledit avalloir démoli à la déligence du ſubſtitut de notre procureur général, aux frais & dépens dudit Vaſſoilles; & ſur la demande, fins & concluſions dudit de Roſtaing, les parties hors de cour & de procès, ſans dépens, fors des vacations dudit ſubſtitut, & frais de la ſentence, èſquels ledit de Roſtaing auroit été condamné, eut été par ledit de Roſtaing appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger, ſi bien ou mal avoit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous, joint les grief hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, auſquels ledit Vaſſoilles intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle, bailler contredits aux dépens dudit appellant. Vû icelui procès, griefs, réponſes, forcluſion de fournir moyens de nullité & produire de nouvel : Inſtance entre ledit de Roſtaing demandeur, en requête du dix-huit Novembre mille ſix cent cinquante, à ce que ledit Vaſſoilles fût condamné rétablir ledit appui de l'écluſe de ſon ancien avalloir & moulin joignant le bois de la cave d'Epinay du côté de Pommiers, où il étoit ci-devant, abbatre l'avalloir qu'il auroit fait nouvellement conſtruire, défenſes de le rétablir, & en cent livres d'amende, dommages & intérêts; & ledit Vaſſoilles, défendeur, d'autre. Arrêt du ſeiziéme Janvier mille ſix cent cinquante-un, par lequel Chriſtophe de Talarud, ſeigneur Engagiſte de la Châtellenie de Noronde, auroit été reçu partie intervenante : moyens d'intervention, réponſes deſdits de Roſtaing & Vaſſoilles : productions tant ſur ladite inſtance, qu'intervention & contredits deſdites parties, ſuivant l'arrêt du ſixiéme Mai dernier : ſalvations dudit de Roſtaing : Autre arrêt du vingt-uniéme Juillet enſuivant, par lequel notre

BIU Cujas

procureur général auroit été reçu partie intervenante : requête par lui employée pour moyens d'intervention : productions & contredits, réponses & productions dudit de Rostaing : forclusions d'en fournir & produire par lesdits Vassoilles & de Thalarud : tout joint & diligemment examiné.

Notredite cour par son jugement & arrêt, sans s'arrêter à l'intervention de notre procureur général, ni à celle dudit de Thalarud, a mis & met l'appellation & sentence de laquelle a été appellé, au néant, sans amende, émendant & faisant droit sur la demande incidente dudit de Rostaing, a icelui maintenu & gardé en qualité de seigneur de la paroisse de saint George de Barrolles, en la possession & jouissance de concéder à titre de benévis le droit d'avalloire sur la riviere de Loire, & jusques au milieu d'icelle, du côté & dans l'étendue de ladite seigneurie. Défenses audit Vassoilles de l'y troubler, lequel en conséquence notredite cour condamne de rétablir l'appui de l'écluse de son ancien avalloir & moulin joignant le bois de la cave de Piney, où il étoit auparavant, le trouble par lui fait, & démoillir l'avalloir par lui nouvellement construit sans la permission dudit de Rostaing, & ès dépens de la cause principale, sans autres dépens, ni dommages & intérêts entre lesdites parties.

Si mandons & commettons au premier des huissiers de notre cour de parlement, ou autre notre huissier ou sergent sur ce requis, à la requête dudit Jacques de Rostaing, mettre le présent arrêt à exécution, selon sa forme & teneur. De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour le neuviéme jour de Décembre, l'an de grace mil six cent cinquante-un, & de notre regne le neuviéme. Par Jugement & arrêt de notredite cour, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

De la riviere de Loire.

[6 L'AUTEUR dans cette question & dans la suivante, établit, que dans le pays de Forêts la riviere de Loire n'est pas censée un grand fleuve qui appartienne au Roi, en sorte que les seigneurs hauts-justiciers en sont les maîtres, qu'ils y ont droit de pêche, de péage, & autres semblables, & qu'il n'est pas permis aux particuliers d'y bâtir des moulins ou autres édifices sans leur permission. Je crois même qu'il n'est pas permis aux particuliers d'y prendre de l'eau pour abreuver leurs prés sans concession du seigneur, que l'on appelle *benévis ;* c'est-à-dire, concession, comme je l'ai expliqué dans la quest. 36 du livre 1, tome 1.

L'auteur dit que cela procede de ce que cette riviere n'est pas navigable en Forêts, à cause du saut de piney, qui est un gros rocher qui fait faire un saut ou une chûte à la riviere, qui en trouble la navigation. Sur cela j'ai deux observations à faire.

La premiere, que cette riviere est navigable à Rouane, cependant le seigneur de Rouane est maître de la riviere. Il y a plus, dans le Bourbonnois où elle est très-navigable, les seigneurs en sont les maîtres, suivant les articles 340 & 341 de la coutume de Bourbonnois. 7

La seconde, l'on travaille actuellement à couper le saut de Piney, & à rendre la riviere navigable dans tout le pays de Forêts. Il y a une compagnie formée pour cela, qui a obtenu des lettres patentes du roi, qui ont été registrées en la cour, nonobstant l'opposition de quelques particuliers. 8

Suivant l'enquête *de commodo & incommodo*, qui a été faite par monsieur Allard, lieutenant particulier de Montbrison, laquelle j'ai vue, il y a lieu d'espérer que cette entreprise apportera de grands avantages à toute la province & aux pays des environs, même à la ville de Paris, où l'on amenera beaucoup de provisions.

BIU Cujas

DE LA RIVIERE DE LOIRE.

QUESTION CINQUANTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Un ſeigneur ne peut rien entreprendre ſur la riviere de Loire, au préjudice du ſeigneur de l'autre côté de la riviere.*
2. *Raiſons pour l'affirmative.*
3. *Raiſons pour la négative.*
4. *Arrêt qui a jugé pour ce dernier parti.*
5. *Diſpoſition de la coutume de Normandie ſur cette queſtion.*

QUESTION L.

Si le fleuve de Loire étant entre deux ſeigneurs, l'un d'eux faiſant un avalloir ou moulin, le peut appuyer ſur la terre & ſeigneurie de l'autre.

LA riviere de Loire paſſe entre la ſeigneurie de
1 Veauche & celle de Veauchette. La premiere, appartient au ſeigneur marquis de la Baume; & l'autre au ſeigneur de Roſtaing. Le ſeigneur de la Baume ayant voulu faire un avalloir pour les ſaumons & autres poiſſons, non-ſeulement il auroit barré la riviere; mais encore auroit appuyé l'écluſe du côté dudit ſeigneur de Roſtaing, & ſur ſa terre & juſtice.

Il y eut procès, le ſeigneur de Roſtaing dénonça ce nouvel ouvrage, demanda qu'il fût arrêté. La ſentence ordonna qu'il ſeroit paſſé outre ſous caution, attendu que le procès-verbal de viſite avoit conſtaté que l'ouvrage étoit fort avancé, & qu'il y avoit du péril à le ſuſpendre.

Depuis, les parties ayant été déclarées contraires, & les enquêtes faites: il y eut appel de quelque incident, & le principal ayant été évoqué, la principale conteſtation fut ſur le droit d'appuyage.

2 Le ſeigneur de la Baume ſoutenoit, que c'étoit plutôt l'intérêt du propriétaire que du ſeigneur; que le propriétaire étoit maître de ſon fonds, qu'il s'en pouvoit jouer, & y établir les ſervitudes que bon lui ſembloit. Qu'en cela le ſeigneur haut-juſticier ne ſouffrant aucun préjudice, & ſa directe n'en étant pas moindre, il ne peut pas y former empêchement. Qu'autrement les propriétaires ne ſeroient pas maîtres libres de leurs héritages.

3 Le ſeigneur de Roſtaing ſoutenoit au contraire, que l'appuyage d'une écluſe ne dépend pas ſeulement du propriétaire de l'héritage, ſur lequel on l'établit, mais encore du ſeigneur haut-juſticier; qu'il faut bien que le propriétaire y conſente, parce qu'on ne peut rien faire en ſon fonds contre ſon gré, mais qu'il faut encore la permiſſion du ſeigneur.

Que ce n'eſt pas une ſimple ſervitude, mais une marque de juriſdiction & d'autorité, & qui porte conſéquence.

Qu'en effet, on en pourroit inférer un droit de juſtice, puiſqu'il n'appartient qu'au ſeigneur haut-juſticier d'accorder ce droit.

Que ſuppoſé que la riviere appartienne aux deux ſeigneurs, & chacun d'eux de ſon côté, l'un ne peut venir appuyer ſur la terre de l'autre, qu'il ne paſſe les bornes de ſa juſtice, & ne s'étende ſur un endroit de la riviere qui n'eſt pas de ſa dépendance, & il ne ſe peut faire, que ce ne ſoit au préjudice du ſeigneur voiſin.

Qu'il y a donc intérêt de l'empêcher, même à cauſe que les écluſes font refluer & regorger l'eau, & peuvent aux grandes crues, inonder le voiſinage; & enfin parce que voulant faire un moulin de ſon côté, il trouveroit cet obſtacle.

Par arrêt il a été jugé, que le ſeigneur de la Bau- 4
me n'avoit pu prendre ſon appuyage ſur la terre & juſtice du ſeigneur de Roſtaing ſans ſa permiſſion, & il a été condamné à ôter & changer l'écluſe.

L'article deux cent dix de la coutume de Nor- 5
mandie eſt déciſif ſur ce point, car il porte *que nul ne peut conſtruire moulin, ſi les deux rives ne ſont aſſiſes en ſon fief:* Et en l'article deux cens ſix, la même coutume dit, *que le ſeigneur peut bien détourner l'eau courante dans ſa terre*, mais elle ajoute cette condition, *pourvu que les deux rives ſoient aſſiſes en ſon fief.*

DANS cette queſtion, l'auteur établit que les ſeigneurs des deux côtés de la riviere ne peuvent faire aucune entrepriſe au préjudice l'un de l'autre, l'un ne peut appuyer ſon ouvrage ſur la rive qui eſt de l'autre côté, au préjudice de l'autre ſeigneur.

BIU Cujas

ARRÉRAGES DE CENS.

QUESTION CINQUANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *L'acquéreur d'un héritage chargé d'une rente, peut déguerpir en rendant les fruits depuis la conteſtation en cauſe.*
2. *L'acquéreur d'un héritage à la charge du cens, peut déguerpir en payant les arrérages échus de ſon tiers du cens ordinaire, & tel que les héritages voiſins payent.*

QUESTION LI.

Si le tiers, acquéreur d'un héritage ſans autre charge que du ſimple cens, peut ſe libérer des arrérages des cens en déguerpiſſant.

SI c'étoit une rente fonciere ou conſtituée, la queſtion ne recevroit point de doute, & il eſt certain que n'en ayant point été chargé, il pourroit déguerpir ſans être tenu à payer les arrérages. C'eſt la diſpoſition formelle des articles cent deux & cent trois de la coutume de Paris, ſur ce qu'il n'y a point d'action perſonnelle ni hypothécaire contre cet acquereur. Il n'y en a point de perſonnelle, parce qu'il n'a pas été chargé de la rente; il n'y en a point d'hypothéquaire, puiſqu'il abandonne le fonds.

Il eſt vrai qu'il en a perçu les fruits; mais c'eſt de bonne foi & comme propriétaire qu'il les a perçus. Il les a pris *pleno jure*, il les a fait ſiens, & partant il n'eſt pas obligé de les rendre. Car il eſt certain que le poſſeſſeur de bonne foi, *fructus ſibi acquirit* ſans aucune reſtitution, ſuivant la loi, *bonæ fidei poſſeſſor ff. de acquir dominio.*

1 Juſques-là même qu'il a été jugé en la coutume de Poitou, qu'un tiers détenteur peut, après conteſtation en cauſe, même après un arrêt, déguerpir en rendant les fruits depuis conteſtation en cauſe ſeulement, & ſans être tenu de rapporter les fruits précédens, ni de payer les arrérages, quoique la diſpoſition de la coutume de Paris ſoit contraire, qui veut que tel détenteur, après conteſtation en cauſe, ne puiſſe pas renoncer, ſans payer les arrérages.

C'eſt parce que la coutume de Paris étant conſtraire au droit civil & à l'équité, on n'a pas jugé qu'elle dût s'étendre aux autres coutumes.

Mais pour établir ce que deſſus, il faut ſuppoſer, que cet acquéreur ne ſoit point chargé de la rente, mais encore qu'il l'ait ignorée: car autrement il ceſſeroit d'être en bonne foi; & n'ayant pu s'acquérir les fruits, il en ſeroit du moins comptable, du tems de ſa détention.

Ce que le judicieux Loiſeau au livre 5 de ſon traité du Déguerpiſſement, chap. 10. étend à une connoiſſance préſumée, comme eſt celle du cens, parce que *nulle terre ſans ſeigneur*, & que le franc-aleu ne peut être préſumé ſans titre. Ce qui doit recevoir moins de doute, ſi l'héritage a été vendu à la charge du cens: car alors c'eſt une connoiſſance expreſſe; & quoiqu'on ignore le ſeigneur, on n'ignore pas la charge.

Mais cela ſe doit entendre d'un cens commun; c'eſt pourquoi *Titius* acquéreur d'un pré, après en avoir payé les lods, ayant été aſſigné à la requête des religieux de Valbénoiſte, pour paſſer nouvelle reconnoiſſance, & payer les arrérages du cens, on nous propoſa s'il ſe pouvoit s'en libérer en déguerpiſſant. Le fondement qu'on alléguoit pour cela, c'eſt que le cens étoit extraordinaire; & qu'on ſoutenoit qu'en ce pré il y avoit eu autrefois un moulin, & que c'eſt à cauſe d'icelui, que la redevance étoit conſidérable & fâcheuſe.

Nous répondimes donc, que l'acquéreur ne pouvoit déguerpir ſans payer les arrérages, non de tous le cens, mais d'un ſimple cens; c'eſt parce que n'ayant pas ſçu qu'il y eût autrefois un moulin, & n'y en ayant point vu de veſtiges ni d'apparence, ſa connoiſſance ne pouvoit être préſumée que pour un cens commun, & non pour le cens qu'on impoſe ſur un moulin. En effet, Loiſeau, au lieu cité nombre 12. parlant de cette connoiſſance préſumée, la reſtraint au cens ordinaire & accoutumé dans la province, parce qu'on n'eſt pas obligé de deviner une charge non commune, & qui procéde d'une autre cauſe que du pré, lequel en effet doit être diſtingué du moulin. Car il faut croire que le pré eſt plus ancien, & qu'il a eu ſon cens particulier, avant qu'ont eût la faculté de faire un moulin. 2

Mais auſſi cette connoiſſance préſumée ou expreſſe, ſi la vente porte à la charge du ſimple cens, c'eſt ſans doute, que l'acquéreur ne peut s'exempter d'en payer les arrérages, à proportion du cens que les autres prés & fonds circonvoiſins portent. Il peut bien ſe libérer *à tanto, ſed non à toto*; & ſon obligation regarde ſimplement *cenſum, ſed non talem cenſum.* Il en faut retrancher une bonne part, à cauſe du moulin qu'on a ignoré, & pour lequel il faut croire que la redevance a été augmentée.

OBSERVATIONS.

DANS cette queſtion, l'auteur établit que l'acquéreur d'un héritage du ſimple cens peut déguerpir, ſi l'héritage ſe trouve chargé d'un cens extraordinaire, dont l'acquéreur n'avoit aucune connoiſſance, en payant les arrérages du cens ordinaire.

BIU Cujas

A l'égard des rentes, de quelque nature qu'elles puiſſent être, il eſt certain que l'acquéreur d'un héritage peut s'en libérer en déguerpiſſant l'héritage, ſuivant l'art. 102 de la coutume de Paris. Je ne m'étendrai pas ſur cette queſtion, elle eſt doctement traitée par M. Charles Loiſeau, dans ſon traité du déguerpiſſement, liv. 5, chap. 10, & par tous les commentateurs de la coutume de Paris ſur cet article.

DES LODS, EN MATIERE D'ÉCHANGE.

QUESTION CINQUANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Raiſons pour montrer que les lods ſont dûs en matiere d'échange.*
2. *Raiſons pour établir que les lods ne ſont pas dûs en ſemblable cas.*
3. *Diſpoſition & explication de la coutume d'Auvergne ſur cette queſtion.*
4. *La coutume de Paris n'a point de pouvoir ſur les autres coutumes.*
5. *Opinion de Baſmaiſon pour la négative.*
6. *L'uſage du pays eſt conforme.*
7. *Avis de l'auteur conforme à celui de Baſmaiſon.*
8. *L'édit du mois de mai 1645, n'a pu déroger à la diſpoſition de la coutume.*
9. *Edit du mois de mars 1673, qui confirme le précédent.*
10. *Autre édit du mois de février 1674, qui ordonne qu'en toutes ſortes d'échange les lods ſeront payés.*
11. *Dans le Lyonnois, Forêts, Beaujolois, en matiere d'échange il n'eſt dû qu'un mi-lod, quand les héritages ſont échangés dans la même directe.*
12. *De même au parlement de Toulouſe.*
13. *En Dauphiné il n'eſt dû qu'un milod, quoique les héritages ſoient en différentes directes.*
14. *De même dans le Mâconnois.*
15. *Déclaration du 1 mai 1696, par laquelle le roi ordonne l'exécution des édits de 1645, 1673, 1674.*
16. *Déclaration du 4 ſeptembre 1696, qui oblige les ſeigneurs d'acquérir le droit d'échange.*

QUESTION LII.

Si en la coutume d'Auvergne, le lod eſt dû d'un échange d'héritage avec une rente que l'une des parties crée ſur lui par le même contrat.

1 IL ſemble d'abord, que le lod ſoit dû, que le Contrat ſur lequel on fonde la demande tienne de la vente, & qu'on n'ait emprunté le nom d'échange, que pour déguiſer la choſe. En effet, n'y ayant pas eu de rente établie auparavant, il ſemble qu'elle n'a été créée que pour le prix des héritages remis, & par conſéquent qu'on les a plutôt vendu qu'on ne les a échangés : que les parties ont eu intention de vendre & d'acheter, mais que pour éviter d'en payer le lod, l'acheteur des héritages s'eſt aviſé de donner au lieu du prix, une rente ſur lui, avec deſſein de la racheter, & de faire après coup, ce qu'il n'auroit fait alors que différer. De ſorte que s'il eſt vrai que la ſuite fait juger du commencement : *exitus acta probat*, on peut dire que le rachat découvre qu'on a voulu cacher une vraie vente.

Voilà des raiſons plauſibles & ſpécieuſes, mais
2 néanmoins peu ſolides. Il n'eſt pas ici queſtion de chercher quelle a été l'intention des parties, il eſt inutile de la pénétrer. Il s'agit uniquement de ſçavoir ſi, quelqu'intention qu'aient les parties, la coutume d'Auvergne permet ſemblables échanges, & les diſpenſe du lod. C'eſt tout ce qu'il faut examiner. S'il eſt vrai que la coutume permette d'échanger une rente avec un héritage, & de créer cette rente ſur ſoi, lors de l'échange, chacun peut faire un pareil échange, même avec deſſein formé d'éviter le lod, & d'en fruſtrer le Seigneur. On ne lui fait point de tort quand on ſe ſert d'un expédient que la coutume autoriſe ; ce n'eſt point fraude, que de pratiquer ce qu'elle permet Qu'on ait eu intention de laiſſer ſubſiſter la rente, ou de racheter, peu importe ; il ſuffit que celui qui veut avoir l'héritage, ne donne qu'une rente, & que l'événement dépende du tems & de l'état des affaires. Tel penſe à racheter, qui dans la ſuite en perd l'envie ou les moyens. Il ne faut donc conſidérer que ce qui ſe fait alors, & non ce qui ſe fera dans la ſuite, pourvu que ce ſoit après un intervalle ſuffiſant.

Venons donc à l'examen de la coutume, & 3
de ſa diſpoſition aux articles douze, treize & quatorce du titre des achats, lods & ventes. Il ne faut pas beaucoup de pénétration pour voir que lorſque la coutume a été rédigée, on a voulu autoriſer

BIU Cujas

toriser l'échange des rentes avec les héritages, & que pour prévenir les fraudes qui pourroient se commettre, on s'est contenté d'y mettre cette condition, *que le rachat des rentes ne se feroit pas dans trois ans.* C'est la seule précaution qu'on a prise, & qui par conséquent doit trancher toutes les disputes. Si elle n'y étoit pas, & que la rente se fût rachetée, peu ou beaucoup de tems après l'échange, on auroit soutenu que l'échange étoit collusoire, que c'étoit une vente simulée. Pour faire cesser ces doutes, & prévenir tous sujets de procès, la coutume a voulu régler le tems, & a nettement décidé, que le lod ne pourroit être demandé pour semblables échanges, à moins que les rentes ne fussent rachetées avant les trois années expirées du jour de l'échéance : que dans ce cas, le contrat seroit censé simulé, & une vente déguisée ; mais que le rachat se faisant après, le contrat passeroit pour un véritable échange.

La coutume a jugé que cet intervalle de trois ans suffiroit pour purger tout soupçon de fraude & de simulation, qu'il falloit croire que le preneur de l'héritage étant trois ans sans racheter la rente, il n'avoit pas eu une intention directe & formelle de donner plutôt de l'argent qu'une rente, mais qu'il avoit voulu au contraire donner une rente plutôt que de l'argent ; sauf à la racheter dans la suite, si l'état de ses affaires venoit à le lui permettre. Quiconque crée une rente sur soi, conçoit le même desir & la même espérance, & stipule toujours qu'elle sera rachetable. Cette intention ne nuit pas à l'essence de la rente, elle en est même une condition inséparable. La coutume, pour effacer toute ombre de fraude & de collusion, ne demande donc la suspension du rachat que pour trois ans : cet intervalle est en effet assez considérable, nos loix s'en contentent en plusieurs circonstances, jusques-là qu'il purge le défaut d'un titre en matiere de bénéfices, pourvu que ce titre soit coloré.

On objecte que la coutume ne permet d'échanger un héritage avec une rente, que lorsque c'est une rente qui subsiste déja : qu'on ne peut donc entendre cette permission donnée par la coutume d'une rente que l'acquéreur de l'héritage crée exprès & constitue sur lui-même, & sur ses autres héritages. Mais loin que ce soit là le sens de la coutume, elle n'est pas même susceptible de cette interprétation. Si elle supposoit que l'échange de l'héritage ne se fera qu'avec une rente que l'acquéreur auroit sur un tiers ; elle ne mettroit pas pour condition, *pourvu que le rachat ne se fît dans les trois ans.* Car, ou elle voudroit par-là ôter au tiers, débiteur de cette rente, la liberté que lui donne la nature même du contrat de constitution, de racheter la rente quand bon lui semblera ; ce qui seroit une injustice : ou elle lui laisseroit avec cette liberté, celle de nuire à son premier créancier, en lui rachetant sa rente avant les trois ans, & le constituant ainsi, par un fait qu'il n'est pas en son pouvoir d'empêcher, dans l'obligation de payer un lod, qu'autrement il ne devroit pas : ce qui ne seroit pas plus équitable.

Ainsi le véritable sens de la coutume se doit plutôt entendre de la rente qui se crée lors de l'échange, que de celle qui est due par un tiers. Et c'est avec raison que pour obvier aux fraudes & simulations, ou pour les découvrir, la coutume a mis cette condition, *pourvu que la rente créée & baillée en échange ne soit pas rachetée dans les trois ans.*

On peut encore objecter les articles vingt-trois, trente-trois, soixante-treize, & autres conformes de la coutume de Paris ; mais en vain. Car son pouvoir est limité, *& suo clauditur territorio*, & quoique M. Louet & Brodeau, sur icelui en la lettre L. nombres quinze & dix-huit, assurent que ce qui a été établi par lesdits articles de la coutume de Paris ait été étendu aux autres coutumes ; c'est à condition qu'elles n'en disposent pas au contraire. La disposition de la coutume d'Auvergne étant donc au contraire, il ne faut pas recourir à celle de Paris, & lorsqu'on a une loi expresse, il s'y faut tenir, sans rechercher des inductions étrangeres.

Et cela reçoit d'autant moins de doute, que Basmaison, ancien paraphraste de la coutume d'Auvergne, & qui en devoit avoir plus d'intelligence, l'a expliqué de la sorte, *Que l'échange se doit aussi bien entendre de la rente qu'on crée lors d'icelui, que de celle qu'on a déja, & qu'un tiers peut devoir.*

Son interprétation est d'autant mieux recevable, que l'usage l'a suivie, & qu'on nous a assuré qu'elle a été confirmée par divers Jugemens, sans que les Seigneurs ou les Fermiers en ayent osé réclamer.

Or il est certain, qu'en semblables choses l'usage a beaucoup de force, & que la cour même se regle par icelui, ayant accoutumé, lorsqu'un article de quelque coutume est contesté & fait naître des doutes, d'ordonner qu'il en sera informé par *turbes.* C'est parce que de droit, *consuetudo est optima legum interpres*, notamment *si contradictorio aliquando judicio consuetudo firmata sit*, ainsi qu'il est dit *in l. 34. ff. de legibus.*

L'ayant ainsi consulté, notre avis a été suivi & souscrit par cinq anciens & fameux avocats de la sénéchaussée d'Auvergne, & ils assurent que de semblables contrats d'échange, il n'en est point du de lods, & que c'est l'usage commun de la province.

Quelques-uns pourtant ont douté, si l'édit du roi, du mois de mai mille six cent quarante-cinq, n'y déroge point. Mais quoique Néron l'ait inséré dans son recueil sur la fin du premier livre ; nous ne croyons pas pourtant qu'il puisse avoir lieu, ni déroger à une coutume établie du consentement des trois états d'une province, & qui a passé en loi générale. Outre qu'il est aisé de juger par la teneur de cet édit, que c'est un édit bursal, qui, comme plusieurs autres, est demeuré sans exécution. Enfin il ne paroît point qu'il ait été vérifié en la cour de parlement, sans quoi il ne peut servir de loi.

OBSERVATIONS.

Des droits de lods en cas d'échange.

DANS cette question, l'auteur établit, que dans la coutume d'Auvergne, en cas d'échange d'un héritage contre une rente constituée, il n'est dû aucun droit de lod.

A la fin il propose, si l'édit du mois de mai 1645, par lequel il avoit été ordonné que pour les échanges des héritages contre des rentes rachetables ou non, les droits établis

BIU Cujas

par les coutume seroient payés, a dérogé à la coutume; il résout que cet édit bursal ne peut pas déroger à une coutume établie du consentement des trois états de la province, d'autant plus que l'édit ne fut pas vérifié au parlement.

9 Depuis le décès de l'auteur, il est inrervenu un autre édit du mois de mars 1673, par lequel le roi a ordonné l'exécution du premier édit. Cet édit fut lu, publié & enregistré au parlement, le roi y séant en son lit de justice; aussi a-t-il eu son exécution
10 entiere. Mais comme un prétexte spécieux en attire souvent un plus pernicieux; cet édit fut suivi d'un autre au mois de février 1674, par lequel le roi veut qu'en toute sorte d'échange, même d'héritages contre héritages, quand même il n'y auroit aucune soulte, les droits établis par les coutumes soient payés: Et depuis, il est encore intervenu des déclarations, par lesquelles il est ordonné, qu'en matiere d'échange les mêmes droits seront payés que dans les ventes. Enfin dans la précedente guerre l'on a obligé les seigneurs de racheter les droits d'échange.

11 Après tous ces édits & déclarations, il semble qu'il est inutile de parler davantage sur cette matiere, cependant je crois être obligé d'observer, que dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, il n'est dû en matiere d'échange d'héritages, qu'un mi-lod. quand les deux héritages sont dans la même censive; mais quand ils sont en différentes censives, il est dû un mi-lod à chaque seigneur, ce qui revient à un lod entier.

La même chose se juge au parlement de Toulouse, suivant les arrêts rapportés par
12 M. de la Rocheflavain, des droits seigneuriaux, chap. 58, art 5, par M. Cambolas, liv. 2 chap. 30 & par M. Catelan, tome 1. liv. 3, chap. 25.

En Dauphiné, il n'est dû qu'un mi-lod, suivant la doctrine de Guy Pape, quest. 92, quoique les héritages soient situés en différentes censives, comme il a été jugé par un ar-
13 rêt rendu en la chambre de l'Édit le 23 juin 1663, après avoir pris l'avis des autres chambres, suivant le témoignage de M. Salvain, de l'usage des fiefs, chap. 80 & de M. Chorier, dans sa jurisprudence sur Guy Pape, pag. 134.

A l'égard du pays de Mâconnois, il n'est dû qu'un seul droit de mi-lod, quoique les
14 héritages soient situés en différentes censives, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt célèbre intervenu le 18 juillet 1637, entre les députés du clergé & de la noblesse du pays, d'une part, & le syndic du tiers-état, d'autre. M. Brodeau qui avoit écrit au procès, fait mention de cet arrêt dans son commentaire sur la coutume de Paris, art. 94 nomb. 16. Il résulte de cet arrêt, qu'il n'est rien dû quand les héritages sont situés dans la même directe; cela est certain, & m'a été confirmé par M. de la Porte, célèbre avocat de Mâcon.

Déclaration du roi, portant qu'il sera payé à l'avenir pour les échanges, les mêmes droits qui se payent pour les ventes d'héritages, ou autres immeubles, tant dans la directe du roi, que dans celles des seigneurs. Donnée à Versailles, le premier jour de mai 1696.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces présentes lettres verront, SALUT. Par notre édit du mois de mai mil six cent quarante-cinq, Nous avons ordonné qu'il nous seroit payé pour les mutations par échanges
15 d'héritages, maisons & autres immeubles, tant en fiefs qu'en censives, étant dans notre directe, & dans celles des seigneur particuliers, dans l'étendue de notre royaume, contre des rentes rachetables ou non rachetables, droits de mutations établis par les coutumes des lieux, sur le pied qu'ils sont dûs pour les mutations faites par contrats des ventes, suivant lesdites coutumes; lequel édit étant demeuré sans exécution pendant plusieurs années, nous avons, par notre déclaration du 20 mars 1673, ordonné qu'il seroit exécuté à l'avenir. Et par autre notre édit du mois de février 1674, nous avons ordonné que les mêmes droits seigneuriaux qui sont établis par les coutumes des lieux pour les mutations qui se feroient par contrats d'échanges d'héritages, droits & autres immeubles tenus de nous, ou des seigneurs particuliers, soit que lesdits échanges fussent d'héritages contre héritages, ou d'héritages contre des droits, rentes & redevences, & qu'il y eût soulte ou non, sans aucune distinction; mais ces règlemens n'ont pas levé toutes les difficultés qui se sont trouvées dans cette matiere, aucuns de nos sujets ayant prétendu que l'exécution desdits édits & déclarations ne devoit avoir lieu que dans l'étendue des coutumes où il n'étoit établi aucun droit pour les mutations par échange, au profit des seigneurs; de sorte que plusieurs coutumes de notre royaume ayant attribué aux seigneurs des droits aux mutations par échange, quoique moindres que ceux qui seroient dûs en cas de vente, ceux qui acquierent des héritages par échange dans l'étendue desdites coutumes, ne nous devroient aucuns droits; & quoique cette prétention soit tout-à-fait contraire à l'esprit de nos édits & déclarations, par lesquels nous

BIU Cujas

avons préciſément déclaré que notre intention étoit qu'il nous fût payé, en cas d'échange, mêmes droits qui ſeroient dus au cas de vente ; néanmoins il a été rendu quelques arrêts en notre conſeil & dans aucunes de nos cours, qui ont déchargé ceux qui avoient payé un droit de relief aux ſeigneurs pour les acquiſitions qu'ils avoient faites par échange dans leurs directes, des demandes que les fermiers de nos domaines leur faiſoient du ſurplus des droits qu'ils auroient dû ſuivant les coutumes, s'ils avoient traité par ventes ; & comme ces arrêts établiſſent une juriſprudence contraire à la diſpoſition de noſdits édits & déclaration, ceux qui ſe préſentent pour acquérir leſdits droits d'échange, dont nous avons ordonné l'aliénation par notre déclaration du vingtiéme mars dernier, nous ont très-humblement fait ſupplier d'expliquer ſur cela notre intention. A ces cauſes, & autres à ce nous mouvans, de l'avis de notre conſeil, & de notre certaine ſcience ; pleine puiſſance & autorité royale, nous avons par ces préſentes ſignées de notre main, dit & ordonné, diſons & ordonnons, voulons & nous plaît, que conformément à noſdits édits & déclarations des mois de mai 1645, 20 mars 1673, & février 1674, les mêmes droits qui ſont établis & reglés par les coutumes pour les mutations qui ſe font par contrats de ventes, ſoient payés à l'avenir aux mutations qui ſe font par contrats d'échanges, d'héritages, ou autres immeubles, dans l'étendue de nos directes & de celle des ſeigneurs particuliers, tant contre d'autre héritages & immeubles, que contre des droits, rentes, ou redevances de quelque nature qu'elles puiſſent être, & ſoit qu'il y ait ſoulte ou non ; & ce même dans les coutumes, leſquelles attribuent aux ſeigneur un droit de relief, ou autre droit aux mutations par échange, pourvu néanmoins qu'il ſoit moindre que celui qui ſeroit dû en cas de vente, auquel cas nous voulons que le ſurplus nous ſoit payé, ou à ceux qui acquiereront de nous leſdits droits d'échange ; dérogeons à cet effet à toutes coutumes & uſages à ce contraires : & ce pour l'avenir ſeulement, les arrêts de notre conſeil & de nos cours intervenus ſur cette matiere, juſqu'à préſent demeurans en leur entier. Si donnons en mandement à nos amés & féaux conſeillers les gens tenant notre cour de parlement & chambre des comptes à Paris, que ces préſentes ils aient à faire lire, publier & enregiſtrer, & le contenu en icelles garder & obſerver ſelon leur forme & teneur, ſans y contrevenir, ni ſouffrir qu'il y ſoit contrevenu en aucune ſorte & maniere que ce ſoit, nonobſtant tous édits, déclarations, & autres choſes à ce contraires, auxquelles nous avons dérogé & dérogeons par ces préſentes, aux copies deſquelles, collationnées par l'un de nos amés & féaux conſeillers & ſecrétaires, voulons que foi ſoit ajoutée comme à l'original : Car tel eſt notre plaiſir. en témoin de quoi nous avons fait mettre notre ſcel à ceſdites préſentes. Donné à Verſailles le premier jour de mai, l'an de grace mil ſix cent quatre vingt-ſeize, & de notre regne le cinquante-troiſieme. *Signé*, LOUIS. Et plus bas : par le roi. Phelypeaux. Et ſcellées du grand ſceau de cire jaune.

Déclaration du roi, concernant l'aliénation des droits d'échange dûs à ſa majeſté.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut. Par notre édit du mois de mai 1645, nous avons ordonné qu'il n'ous ſeroit payé pour les acquiſitions faites par échanges d'héritages contre des rentes, les mêmes droits ſeigneuriaux qui ſont établis par les coutumes des lieux pour les ventes ; & par autres nos édits des mois de mars 1673, & février 1674, nous avons établis leſdits droits ſur les échanges d'héritages contre héritages, deſquels droits nous avions par notre déclaration du vingt février ſuivant, permis aux poſſeſſeurs de nos domaines engagés, & aux ſeigneurs particuliers, de ſe rendre chacun à leur égard adjudicataires pardevant les commiſſaires par nous députés, pour l'aliénation de nos domaines pendant le reſte de ladite année 1674, & après ladite année, à tous les particuliers qui les voudroient acquérir. Mais ayant, peu de tems après, révoqué le pouvoir que nous avions donné auxdits Commiſſaires pour l'aliénation de nos domaines, cette déclaration eſt demeurée ſans exécution. Et depuis, la néceſſité de nos affaires nous ayant obligé à faire procéder de nouveau à l'aliénation de nos domaines, nous avons, par notre déclaration du 13 Mars dernier, ordonné l'aliénation deſdits droits d'échanges à nous appartenans. Et pour lever toutes les difficultés qui ſe trouvoient en la perception deſdits droits, nous avons par autre notre déclaration du premier mai auſſi dernier, ordonné que les mêmes droits qui ſont dûs pour les ventes, ſeroient payés pour les échanges, même dans les lieux ou les coutumes ont déja établi quelques droits pour ledits échanges, au profit des ſeigneurs ; auquel cas les droits accoutumés ſetoient payés aux ſeigneurs ſuivant les coutumes, & le ſurplus à ceux qui auroient acquis de nous leſdits droits. Mais nous avons été informés que les

BIU Cujas

ſeigneurs, leſquels ont plus d'intérêt d'acquérir leſdits droits, pour éviter les fraudes qui ſe font journellement par cette voie aux droits de lods & ventes à eux appartenans, n'ont juſqu'à préſent fait aucunes offres pour cela, ou les ont faites à un prix auquel nous ne pourrions en conſentir l'aliénation, ſans en ſouffrir un préjudice très-conſidérable. A quoi déſirant pourvoir, Nous avons réſolu d'ordonner l'aliénation deſdits droits, ſur un pied & à des conditions qui puiſſent engager les ſeigneurs, & à leur défaut toutes perſonnes étrangeres, à faire l'acquiſition deſd. droits. A ces cauſes, & autres à ce nous mouvans, & de notre certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, nous avons par ces préſentes ſignées de notre main, dit & ordonné, diſons & ordonnons, voulons & nous plaît, qu'il ſoit inceſſamment arrêté en notre conſeil, des rôles de la finance à laquelle nous fixerons le prix de l'aliénation que nous voulons être faite de noſd. droits d'échanges dans l'étendue de chacune des terres, fiefs & ſeigneuries de notre royaume, dont les ſeigneurs ne les ont déja acquis de nous en conſéquence de notredite déclaration du 20 février 1674, ou celle du 13 mars dernier. Voulons que pendant l'eſpace de trois mois, à compter du jour de la ſignification qui aura été faite deſdits rôles, à perſonne ou domicile, leſd. ſeigneurs, de quelque qualité & condition qu'ils ſoient, puiſſent par préférence acquérir leſdits droits, pour en jouir par eux incommutablament & en pleine propriété, en nous payant pour cet effet la finance portée par leſd. rôles, paſſé lequel tems, pour toutes préfixions & délais, il ſera loiſible à tous autres nos ſujets, ſoit nobles ou roturiers, d'acquérir leſd. droits; auquel effet l'adjudication en ſera faite par les commiſſaires par nous députés pour la vente & aliénation de nos domaines, au plus offrant & dernier enchériſſeur, conformément à notredite déclaration du 13 mars dernier; pour par les acquéreurs poſſéder leſdits droits à titre de fief mouvant, à cauſe de notre domaine le plus prochain, avec faculté de ſe dire & qualifier ſeigneur en partie deſdites terres, fief & ſeigneuries, dans l'étendue deſquelles ils auront acquis leſdits droits; jouir privativement à tous autres ſeigneurs de tous les droits honorifiques des égliſes, dans leſquelles ils nous appartiennent, & dans celles où ils appartiennent à des ſeigneurs particuliers, immédiatement après leſd. ſeigneurs. Et pour leur donner moyens de percevoir leſd. droits d'échanges avec plus de facilité, voulons que leſdits ſeigneurs directs ſoient tenus, à leur premiere réquiſition, de leur exhiber leurs papiers terriers, & autres piéces juſtificatives de l'étendue de leurs directes, même de leur en fournir, s'ils le requièrent, des copies ou extraits en bonne forme aux frais deſdits acquéreurs, à quoi faire ils pourront être contrains par ſaiſie des revenus de leurſdites terres & fiefs; & en cas de conteſtation, enjoignons à tous officiers de nos cours & autres juriſdictions de notre royaume d'y tenir exactement la main. Si donnons en mandement à nos amés & féaux conſeillers les gens tenans notre cour de parlement & chambre des comptes à Paris, que ces préſentes ils aient à faire lire, publier & enregiſtrer, & le contenu en icelles garder & obſerver ſelon leur forme & teneur, ſans y contrevenir ni ſouffrir qu'il y ſoit contrevenu en aucune ſorte & maniere que ce ſoit, nonobſtant tous édits, déclarations, & autres choſes à ce contraires, auſquels nous avons dérogé & dérogeons par ces préſentes; aux copies deſquelles, collationnées par l'un de nos amés & féaux conſeillers ſecrétaires, voulons que foi ſoit ajoûtée comme à l'original: car tel eſt notre plaiſir. En témoin de quoi nous avons fait mettre notre ſcel à ceſdites préſentes. Donné à Verſailles le quatrieme jour de ſeptembre l'an de grace mil ſix cent quatre-vingt ſeize. Et de notre régne le cinquante-quatrieme. *Signé* LOUIS. *Viſa*, Boucherat. Et plus bas, par le Roi, Phelyppeaux. Et ſcellé du grand ſceau de cire jaune.

NOUVELLE OBSERVATION.

J'AI dit dans ma premiere obſervation que dans le Lyonnois, Forêts & Beaujolois, il eſt dû un mi-lod en matiere d'échange: j'ai vû depuis dans le recueil des priviléges & franchiſes de Villefranche, un article qui en décharge les bourgeois de cette ville. *Si qui burgenſes Villefranchæ inter ſe aliquibus faciant permutationes, non tenentur dare laudes, vel quodlibet dominium earumdem rerum, niſi ad hoc quod pro eiſdem rebus compenſatum fuerit in pecunia numerata, nec debent domini ipſarum rerum ipſam permutationem aliquatenus impediri.*

BIU Cujas

DES LANGUES DES BESTIAUX.

QUESTION CINQUANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le ſeigneur qui eſt en poſſeſſion de prendre les langues de bœufs & de vaches, peut prétendre celles de veaux de lait.*
2. *Sentence des requêtes du palais, qui déboute le ſeigneur de ſa demande.*
3. *Arrêt du 21 juin 1656, confirmatif.*
4. *Tous les ſeigneurs du pays prétendent avoir droit de prendre les langues des beſtiaux.*

QUESTION LIII.

Si le ſeigneur qui a le droit des langues des beſtiaux que les bouchers tuent dans une ville, le peut prétendre des veaux de lait, & en tirer quelque redevance.

1 LE ſieur commandeur de ſaint Jean lès Montbriſon, a ce droit de langues des beſtiaux que les bouchers tuent dans ladite ville, à la réſerve de deux mois pendant leſquels le ſeigneur de la garde prend ce droit.

Il n'a été conteſté que pour les veaux de lait; & le refus que le bouchers ont fait d'en payer le droit, a donné ſujet audit ſieur commandeur de les faire aſſigner aux requêtes du palais.

Il eſt vrai que les titres dudit ſieur commandeur n'étoient pas aſſez formels, & qu'ils ne parloient pas ſpécifiquement des veaux de lait, ainſi que des bœufs, taureaux, vaches & géniſſes: mais il ſoutenoit d'en avoir joui, à raiſon de ſix deniers qu'on payoit pour chaque veau.

Les bouchers ſoutenoient au contraire, qu'ils n'y étoient point tenus, & dénioient la jouiſſance & compoſition alleguées. Ajoutoient qu'elle ſeroit erronée & ſans fondement; & comme il n'y avoit pas apparence qu'on pût vendre les têtes de veaux ſans langue, on ne pouvoit pas auſſi les aſſujettir à ce droit.

Il faut avouer que ſi les titres dudit ſieur n'étoient pas aſſez exprès, il avoit pourtant quelque preuve de ſa poſſeſſion, même par une enquête qui avoit été faite ſur ce ſujet. Et au ſurplus, qu'en abonnant ſix deniers pour langue, cela faiſoit ceſſer le prétexte duquel on faiſoit parade.

2 Néanmoins par la ſentence de Meſſieurs des requêtes, les bouchers ont été déclarés exemts de ce droit de langues pour les veaux de lait. Et le ſieur commandeur en ayant appellé, la cour a confirmé la ſentence par l'arrêt que nous inſerons ici.

On peut donc dire, que la cour a jugé ſur le doute, qu'il falloit plutôt prononcer pour la libération que pour la redevance, pour la décharge que pour la charge. C'eſt parce que *in dubio, quod minimum eſt ſequimur*, & que *melior eſt conditio poſſidentis*, lorſqu'un droit n'eſt pas ſuffiſamment établi. Outre qu'il ſemble que c'eſt choſe aſſez extraordinaire, de prendre ce droit des veaux, dont n'a pas accoutumé d'ôter les langues, ainſi que des bœufs & des vaches.

N'ayant point lu d'Auteur qui ait traité de ce droit, le lecteur pourra ſuppléer le reſte.

Extrait des regiſtres du parlement.

COMME de la ſentence donnée par nos amés & féaux conſeillers tenans les requêtes de notre palais à Paris, le neuviéme décembre mil ſix cent cinquante-quatre, entre frere Gaſpard de Maiſonſeule, chevalier de l'ordre de ſaint Jean de Jeruſalem, commandeur de Montbriſon, demandeur d'une part. Et Pierre Grange, Julien Fredure, Mathieu Poëthe, Benoît Tacon, Louiſe Vaſſan, Claude Vincent ſon gendre, Claude de Poëthe le jeune, Antoinette Duclos, veuve François Merſin, Pierre Goutte, Louis Freiſſon, Guillaume Attendu, Jean Farge, Jean Anus Vergo, Jean Guillot, Guillaume Relave, Benoît Tirel, & Anus Tixier, faiſant la totalité des bouchers de la ville de Montbriſon, défendeurs d'autre. Par laquelle ledit de Maiſonſeule auroit été maintenu & gardé en la poſſeſſion & jouiſſance de prendre & percevoir, levér & faire lever tous les pieds & langues des bœufs, vaches, taureaux & geniſſes qui ſe tuent dans ladite ville de Montbriſon, à la reſerve des mois de mai & d'Août, & ce en eſpeces; ce faiſant, leſdits Grange, Fredure & conſors auroient été condamnés payer audit de Maiſonſeulle les pieds & langues des bœufs, vaches, taureaux & geniſſes; & à cet effet, que leſdits Grange, Fredure & Conſors, ſeront tenus d'affirmer combien de beſtiaux ils avoient tué depuis ladite année mil ſix cent cinquante & un, à l'exception deſdits mois de mai & d'août, ſinon juſques à une certaine ſomme, ſuivant la commune renommée, ce que leſdits défendeurs ſeroient tenus d'opter dans quinzaine, après la ſignification de ladite ſentence, autrement l'option referée audit de Maiſonſeule, continuer à l'avenir, paſſer titre nouvel, & reconnoiſſance des ſuſdits droits, payables en eſpeces. Et ſur la demande pour les langues de veaux de lait, & lombes de pourceaux, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès, ſans dépens; payeroit néanmoins ledit de Maiſonſeulle les frais de la viſitation du procès: Eut été par ledit de Maiſonſeule appellé en notre cour de parlement; en laquelle, parties ouies, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre leſdites parties, ſi bien ou mal auroit été jugé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullités, & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourra bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, les intimés pourroient répondre, & contre ladit production nouvelle bailler contredits aux dépens de l'appellant. Icelui procès vu, griefs, ré-

BIU Cujas

ponſes, requête employée pour moyens de nullité par ledit appellant. Forcluſions de fournir de réponſes. Production nouvelle dudit appellant. Requête employée pour contredits contre la production nouvelle dudit appellant. Autre requête employée pour ſalvations, le tout diligemment examiné :

Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant, ſans amende, en ce que par icelle ſur la demande pour les lombes des pourceaux, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès. Emendant, quant à ce, condamne leſdits Grange, Fredure & Conſors, ſuivant leurs offres portées par les actes des dix ſeptembre & vingt & un octobre mil ſix cent cinquante, & par leurs défenſes fournies le trois février mil ſix cent cinquante & un, payer audit de Maiſonſeule les lombes des pourceaux qu'ils ont tué depuis l'année mil ſix cent cinquante-un, & de continuer à l'avenir pour ceux qu'ils tueront, excepté les mois de mai & d'août de la même année. La ſentence au réſidu ſortant ſon plein & entier effet, ſans dépens de la cauſe d'appel. Prononcé le vingt & un juin mil ſix cent cinquante-ſix. Signé DU TILLET. Avec paraphe.

OBSERVATIONS.

Des langues des beſtiaux.

DANS cette queſtion l'auteur rapporte un arrêt du parlement du 21 juin 1656, qui a maintenu le commandeur de ſaint Jean de Montbriſon, dans la poſſeſſion de prendre & percevoir tous les pieds & les langues des bœufs, vaches, taureau & geniſſes qui ſe tuent dans la ville de Montbriſon, & l'a débouté de ſa demande pour les langues des veaux de lait. La raiſon de la différence provient de ce que l'on ne pourroit pas vendre la tête des veaux ſans la langue; au lieu que l'on vend celles des bœufs & des
4 vaches ſéparément.

Chopin *de feud. Andeg.* liv. 2, part. 2. chap. 2. tit. 4. n. 3, à la marge fait mention d'un arrêt du 7 janvier 1570, qui adjuge ce même droit au chapitre de Saint-Jean de Lyon : il ajoute que ce droit appartient auſſi à pluſieurs autres ſeigneurs du Lyonnois & du Forêts : cela eſt vrai, & je crois même qu'il n'y a point de ſeigneur qui ne les prétende *jure vel injuriâ.*

DES LODS.

Si, pour une adjudication à la folle-enchère, il eſt dû doubles lods.

QUESTION CINQUANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Déférence de l'auteur pour les arrêts.*
2. *Raiſons pour ſoutenir qu'il eſt dû doubles lods,*
3. *Raiſons contraires plus fortes, & pluſieurs autorités pour ce dernier parti.*

QUESTION LIV.

Si au défaut d'avoir conſigné, par un adjudicataire, ayant eu une ſeconde adjudication à ſa folle-enchère, double lod en eſt dû.

LES héritages du ſeigneur de Bron de la Liegue, ayant été vendus & décretés de l'autorité de ce ſiége, à la pourſuite du ſeigneur de Sarre, le ſieur de ſaint Jean d'Autun, en fut adjudicataire.

Depuis, pour n'avoir pas conſigné, ni pu rapporter acte de conſignation en ayant été preſſé, les biens furent revendus à ſa folle enchere. Y ayant donc eu une ſeconde adjudication, & même à plus haut prix : les ſeigneurs directs ont prétendu qu'il en étoit dû double lod, & ſe ſon en effet oppoſés ſur la diſtribution du prix.

Ayant été conſulté ſur ce point, nous nous arrêtâmes d'abord aux arrêts que le ſieur Brodeau a cotté ſur monſieur Loüet en la lettre R. nombre 2. par leſquels il a été jugé, que le lod étoit dû de la premiere adjudication, auſſi bien que de la ſeconde.

Mais depuis le ſieur de Maſſa qui nous conſultoit, nous ayant donné le loiſir d'y mieux ſonger, & de faire réflexion ſur le fondement que ces arrêts peuvent avoir, nous avons trouvé que l'autorité des choſes jugées miſes en arriere, la queſtion recevoit beaucoup de difficulté, & nous ſembloit plus plauſible pour la négative que pour l'affirmative.

Il eſt vrai que lorſqu'il nous faut combattre des arrêts, ce n'eſt pas ſans répugnance, & peu s'en faut que le reſpect que nous leur portons, que la vénération que nous avons pour les oracles du parlement, ne nous impoſe ſilence. C'eſt auſſi, ſans nous en départir, qu'ici nous voulons faire ouverture des raiſons qui ſemblent donner quelque atteinte aux arrêts qui ont été rendus ſur cette queſtion.

BIU Cujas

Tout ce qu'ont peut dire pour les soutenir, c'est que c'est une résolution volontaire & une éviction qui procede de la faute du premier adjudicataire. Que le droit ayant été une fois acquis au seigneur par la premiere adjudication, la seconde ne le lui peut pas ôter. En un mot, qu'il y a double mutation, & puisque c'est à la folle-enchere du premier adjudicataire que le seconde adjudication se fait; que c'est en quelque façon sur lui que les biens sont censés vendus.

Mais voici des raisons qui sont plus fortes. En premier lieu, il faut faire distinction entre les ventes volontaires *inter Mavium & Titium*, & les ventes nécessaires & forcées qui se font par décret d'un juge. Au lieu que pour les premiers, le payement actuel du prix n'est pas de l'essence du contrat, & qu'il suffit que *habita sit fides de pretio*, que le vendeur ait suivi la foi de l'acheteur, & qu'il s'en soit contenté : au contraire, pour les autres il faut que le prix soit actuellement payé, & jusques à ce, l'adjudicataire ne peut être censé vrai maître & propriétaire des biens adjugés.

Cette consignation actuelle en argent ou en papier, est tellement nécessaire, que le juge même n'en peut pas dispenser, ni donner terme. Encore que ce soit avec le juge qu'on contracte, encore que ce soit de lui seul que l'adjudicataire achette, il faut pourtant considérer le juge comme une personne publique, & qui agissant en cela pour tous les créanciers, ne peut reculer leur payement. C'est la disposition formelle du droit *in l. à divo Pio. §. sed si emptor. ff. de re judicata. Oportet enim*, dit ce texte, *res captas pignori & distractas præsenti pecuniâ distrahi, non sic ut post tempus pecunia solvatur.* Et quand même le juge pourroit donner quelque terme, l'effet seroit toujours suspendu jusques à la cosignation, parce que c'est *conditio sine qua non :* ni la propriété ni la possession ne peuvent passer à l'adjudicaire.

D'où s'ensuit, que comme il n'est pas vrai maître, ni seigneur incommutable, & que par l'évenement & au défaut d'avoir consigné, son titre ne subsiste plus, il ne peut devoir aucun lod. C'est parce que son adjudication n'a point eu d'effet, & que comme elle étoit suspendue au défaut d'avoir consigné & satisfait à une condition inhérente en icelle, il est vrai de dire que *ex primæva causa contractus fingitur retro nullus, & reducitur ad non actum.*

En second lieu, il faut tenir pour regle certaine, que pour établir le droit de lod, & faire qu'il soit acquis au seigneur, il faut que deux choses concourent, & le droit de propriété, & la possession. C'est-à-dire, que l'acquéreur soit vrai maître, & comme tel entre en possession de l'héritage vendu. Pour faire qu'il y ait changement de main & mutation d'homme, il faut que *sit transitus rei alienatæ de dominio unius in dominium alterius cum effectu.*

C'est en effet une double condition que la loi suppose : car dans la loi derniere *Cod. de jure emphyteutico*, l'empereur dit que le lod se doit payer, *pretii vel æstimationis loci qui in alium transfertur :* voilà la translation du droit de propriété. Il ajoute que le seigneur doit *novum emphiteutam in possessionem suscipere ;* & il entend par là que ce soit un nouveau possesseur comme un nouveau propriétaire.

Il faut donc que la propriété & la possession soient jointes, & que l'une ne soit pas considérée sans l'autre, pour faire que le lod soit dû.

Or s'il est vrai que le premier adjudicataire n'ait point eu de droit de propriété, & que son titre n'ait pu le lui donner sans consignation, il est pareillement vrai qu'il n'a non plus eu de véritable possession :

Qu'il a été plutôt détenteur que possesseur. Qu'il a plutôt joui comme usurpateur que comme acquereur, *& potiùs prædone, quam pro emptore ;* parce que de droit, *nemo sibi mutare potest causam possessionis*, & que lorsque le titre y fait obstacle, la possession ne peut qu'être vicieuse.

Or est-il que l'adjudicataire n'est tel qu'à condition de payer & consigner le prix. Il est donc en mauvaise foi, s'il ne satisfait pas ; & par conséquent est comptable des fruits qu'il perçoit.

En effet, les arrêts ont jugé que n'ayant point consigné, l'adjudicataire ne peut faire les fruits siens, & que les créanciers le peuvent obliger à les rapporter pour être distribués avec le prix.

Cela montre bien qu'au défaut de consignation il n'a point de possession véritable, & qu'il ne jouit pas *pro domino nec pro emptore*, mais plutôt comme dépositaire, & au nom des créanciers.

Et même cela supposé, les fruits ainsi que les héritages sont encore censés appartenir au débiteur sur lequel le décret a été poursuivi, puisqu'ils doivent être distribués à ses créanciers : *fructus enim dominii & soli jure acquiruntur, nec pertinent ad eum nisi qui dominus est & possessor bonæ fidei, l. 35. §. 1. ff. de rei vindicat. & l. 67. §. locum, ff. de furtiv.* D'où s'ensuit que l'adjudicataire qui n'a point consigné étant comptable des fruits, ne peut être considéré, ni comme maître, ni comme vrai possesseur.

Enfin y ayant eu double adjudication, l'une & l'autre ne peut subsister, & l'on n'a pu procéder à une seconde, qu'en présuppoſant que l'autre étoit nulle, & demeuroit annullée & sans effet au défaut d'avoir consigné. Attendu même que cette adjudication se fait sans autre formalité que de deux ou trois publications, à la folle-enchere de ce premier adjudicataire.

Car s'il avoit été vrai propriétaire & possesseur, si la propriété & la possession avoient été transferées en sa personne, comme il est requis pour le lod, & qu'à faute de payer ou consigner, il fallût revendre les biens, ce seroit sur lui, & non sur le premier débiteur, que la revente s'en devroit faire. Mais suffiroit-il pour cela de faire deux ou trois publications ? & pourroit-on vendre ses héritages si légèrement ? ne faudroit-il pas faire un second decret, & les saisir de nouveau ?

Donc quoique cette adjudication se fasse à la folle-enchère de ce premier adjudicataire, ne se faisant pas pourtant sur lui, mais plutôt sur le débiteur, & n'étant qu'une suite de la saisie & des criées faites au préjudice d'icelui, c'est une conséquence qu'il en est encore réputé le maître, & que c'est sur lui que les biens se vendent.

A quoi l'on peut ajouter ce que disent nos interprétes sur la loi *qui Romæ, §. Flavius Hermes, ff. de verbor. obligat.* que *si jus aliquod ex contractu debetur tertio, non potest illi acquiri antequam fuerit acquisitum partibus principalibus.* Comme en cette rencontre, si le droit n'a pas été acquis à l'adjudicataire, il ne l'a pu être au seigneur direct, & il répugne qu'il ait eu plus de droit que celui sur lequel il le prétend. Ce qui a lieu notamment quand ce premier contrat n'ayant point donné de droit à la partie principale, il y en a eu un autre subséquent qui fait cesser l'intérêt du tiers ainsi qu'en l'espece proposée.

Car quel intérêt peut avoir le seigneur que la premiere adjudication ait substitué ou non ? En cas de subsistance, qu'eût-il pu prétendre qu'un lod ? & ne l'a-t-il pas de la seconde, & même

BIU Cujas

plus avantageux ? ſon intérêt ceſſe donc, & ce n'eſt qu'à l'égard des créanciers que le premier adjudicataire a été en faute & demeure.

Il eſt vrai que ſi la ſeconde adjudication avoit été faite à moindre prix, le ſeigneur y auroit quelque intérêt, & s'en pourroit plaindre, en tant que ſon lod en auroit de même été moindre. Mais toujours cet intérêt ſeroit réduit à demander le lod de ce qui peut manquer, & ce ſeroit plutôt un ſupplément ou un ſecond lod ; ce qui ceſſe au fait préſuppoſé, le prix de la ſeconde adjudication ayant été plus grand que celui de la premiere.

Mais qu'il ſoit moindre ou pareil, il n'importe, ſi ce n'eſt pas pour le ſeigneur qu'on publie à la folle enchere; ſon intérêt n'eſt pas conſideré, mais l'intérêt ſeul des créanciers. C'eſt parce que le droit du ſeigneur n'eſt qu'acceſſoire, & ne vient qu'en conſéquence.

Et c'eſt auſſi par cette raiſon que le droit du ſeigneur en ſuppoſe un autre en la perſonne de l'acquéreur, & qu'il faut de néceſſité que celui-ci ait eu, du moins quelque tems, un droit acquis en la choſe, mais un droit certain & incommutable qui n'ait pas été ſuſpendu par la condition appoſée en la convention.

Car autrement, ou la vente eſt conditionnelle, ou du moins réſoluble ſous l'évenement d'une condition ; de ſorte que venant, non par une cauſe ſurvénante & extrinſeque, mais par cette condition inhérente, à ſe réſoudre, c'eſt comme s'il n'y avoit point eu de vente ; parce que *quando ab initio fuit pactum réſolutivum appoſitum, ſicut adjectionis in diem vel legis commiſſoriæ*, & autres ſemblables, *quæ contractum ipſo jure reſolvunt*, c'eſt la même choſe que ſi ce contrat n'avoit été fait, ainſi qu'il a été prédit, & qu'il eſt formellement décidé en la loi ſeconde, *ff. de reſcind. venditione*, en laquelle le juriſconſulte, ayant dit que, *dum res eſt integra, conventione noſtrâ infectâ fieri poteſt emptio*, & s'en faire une nouvelle ; il ajoute : *atque ita conſiſtit poſterior emptio, quaſi nulla præceſſerit.*

Enſuite de quoi on peut bien conclure que la premiere adjudication s'étant évanouie par la ſeconde, *ita conſiſtit poſterior, quaſi nulla præceſſerit.* Ce qui a lieu notamment, quand c'eſt par une nullité ridicule, & par faute d'avoir ſatisfait & payé le prix de l'adjudication, *cùm poſt pretium ſolutum, infectam emptionem facere non poſſumus*, dit la même loi.

Que s'il faut appuyer des raiſons ſi preſſantes de quelques autorités, M. Charles du Moulin ſe déclare pour notre opinion. C'eſt en ſon commentaire ſur le titre ſecond §. 78. de la courume de Paris, où en ſa gloſe premiere, *in verbo, acheté à prix d'argent*, après avoir établi l'obligation du lod au profit du ſeigneur, il la reſtraint & limite, *ut procedat in venditione valida, ſecùs ſi contractus quacumque de cauſa ſit nullus, etiamſi ex poſtfacto, & ex cauſa ab initio inexiſtente annulletur, & reducatur retro ad non cauſam, ſive hoc fiat ipſo jure, ſive per ſententiam judicis.* Dans tous ces cas, dit-il, *nulla eſt, aut reſolvitur obligatio laudimiorum, adeo ut ſoluta condici poſſint :* ce qu'il aſſure avoir été jugé par un arrêt ſolemnel.

Ce que le même auteur confirme au nombre ſuivant de la même gloſe, & donne pour regle certaine, *quod in venditione conditionali, & de propria conditione, ſcilicet ſuſpenſiva, non incipiunt deberi laudimia, niſi conditione extante*, quoique, dit-il, pour acquérir le droit de lod, il ne fût pas requis que le contrat ſoit parfait, *ultimâ ſui perfectione, quæ eſt exécutio ;* parce qu'il le doit être, du moins *conſenſu & obligatione.* Mais ce conſentement n'y peut être, que la condition appoſée au contrat, & qui en eſt inſéparable, ne ſoit accomplie ; au défaut de quoi, *non eſt tam reſolutio quàm exécutio primi contractus.*

Pontanus, ſur l'article 81. de la coutume de Blois, ayant traité pluſieurs queſtions, & agité quand le lod peut être dû ou non, il ſe détermine par cette diſtinction, que où la vente eſt réſolue par une condition inhérente au contrat, & qu'en ce cas le ſeigneur ne peut rien prétendre ; *nec enim mera ac pura creditur hujuſmodi alienatio, cùm res in emptorem irrevocabiliter non tranſierit, l. in diem, ff. de aqua pluviæ arcenda.* Que ſi c'eſt par une convention poſterieure ; ou elle ſe fait *rebus integris*, ou non. Que ſi c'eſt *rebus integris, ante traditionem & ſolutum pretium*, le lod n'eſt point dû ; mais qu'il eſt dû, ſi les choſes ne ſont plus en leur entier, & que l'acquéreur ait été fait maître & poſſeſſeur de l'héritage.

Sur quoi le même auteur remarque, après la gloſe *in l. perfectam, Cod. quando liceat, ab emptione diſcedere*, qu'il y a trois perfections d'une vente. La premiere *conventionalis quæ in conſenſu conſiſtit*, & commence à lier les parties; la ſeconde *eſt obligativa*, & conſiſte en l'obligation *quæ ex conſenſu oritur.* La troiſieme *eſt executiva, quæ eſt ultima contractûs & obligationis perfectio.* D'où il infere que *donec contractus fuerit ultima ſui perfectione completus, non dicitur perfectus, quia donec aliquid addendum ſupereſt*, la perfection ne peut être entiere.

Le même auteur au même endroit, ſur la fin de la queſtion dix-neuf, en rapportant l'opinion de Balde, & le texte de la loi, *à divo Pio*, §. *ſed ſi emptor, ff. de re judicata*, il ajoute qu'encore que ce texte *non loquatur niſi in venditione facta ex cauſa judicati, ubi pignus non niſi præſenti pecunia vendi debet*, il croit néanmoins que par identité de raiſon, le même doit avoir lieu en une vente conventionnelle où la même condition auroit été appoſée, *l. quod vendidi, ff. de contrahenda emptione.*

Mais plus clairement & ſuccintement le docte Argentré au traité qu'il a fait *de laudimiis, in* §. 3. & au §. 4, parlant *de venditione conditionali, & de venditione ſub pacto legis commiſſoria*, il conclud, *quibuſcumque verbis de reſolutione contractûs in caſu non ſoluti pretii partes convenerint, ſequendum quod illis placuit, ut ſic contractu irrito cum toto ſuo effectu nec laudimia debeantur ulla, nec quidquam eorum qua contractûs conſequentia ſunt.* Et il cite pour cela du Moulin, Boërius & Tiraqueau : ce qu'il confirme encore au §. 17. *de venditionibus quovis caſu nullis.* Sur quoi il fait remarquer, que le pacte de la loi commiſſoire, *ut ſi pretium intra diem ſolutum non ſit, res ſit inempta*, approche en quelque façon des adjudications par décret, en tant qu'elle ne peuvent donner aucun droit, ni produire aucun effet, qu'en conſignant le prix, & que juſques-là le droit en eſt ſuſpendu.

Enfin l'illuſtre Cujas en ſon commentaire ſur la loi ſeconde, *ff. de contrah. emptione quæ non requirit numerationem pretii, ſed tantùm conventionem & fidem habitam*, dit qu'il en faut excepter deux cas, le premier de la loi *à divo Pio* préallegué, *ubi*, pour les ventes judicielles, *pretium ſolvendum eſt, nec ſatisfactio ejus loco admittitur.* Le ſecond cas de la loi 5. *ff. de jure fiſci*, pour la vente de ce qui appartient au fiſc, en faveur duquel il n'eſt pas permis, ni d'attendre le prix, ni d'en prendre d'autre ſatisfaction. Il conclud donc qu'en ces deux cas l'acquéreur n'eſt point maître qu'en payant le prix; & partant on ne peut pas dire qu'il doive un lod, ſi par ce défaut *res ſit inempta*,

BIU Cujas

inempta, ſans renverſer nos principes.

Car comme il eſt dit *in l.* 1. *de jure fiſci, ſi quid fiſci fuerit diſtractum, ſtatim fit emptoris, pretio tamen ſoluto*; auſſi faut-il dire par identité de raiſon, que ce qui eſt vendu & adjugé par le juge, *ſtatim non fit emptoris niſi pretio ſoluto*; & que c'en eſt une condition qu'il faut premierement accomplir.

Et ne faut pas qu'on objecte ce qui eſt dit *in §. ultimo Inſtitut. de officio judicis*, que *in tribus judiciis, familiæ erciſcundæ, finium regundorum, & de communi dividundo, id quod alicui adjudicatum eſt*; parce que *hoc eſt ſpeciale in illis tribus judiciis*. En effet, ce §. le reſtraignant à ces trois, en exclud les autres: *ſiquidem quorumdam incluſio eſt aliorum excluſio, & exceptio in uno in cæteris firmat regulam.* La raiſon en eſt évidente. En ces trois jugemens, *quiſque ſuum recipit*, chacun ne prend que ce qui lui appartient, & lui étoit déja acquis, *ſaltem juris intellectu.* De ſorte que n'acquérant rien de nouveau, le juge *nihil dat, ſed datum ſignificat*; ou il régle plutôt qu'il n'adjuge.

Concluons donc que l'adjudicataire étant chargé & obligé de conſigner, cette charge & condition étant inhérente en ſon titre, il ne peut lui donner aucun droit qu'il n'y ſatisfaſſe, & qu'il eſt indigne du bénéfice du juge, qui eſt une loi parlante, s'il n'accomplit ce qu'il lui impoſe. *Cur enim faveat lex ei qui dum legem invocat, contra eam committit, l. auxilium in fine, ff. de minorib.*

Auſſi, nonobſtant les arrêts donnés par le ſieur Brodeau; lui-même à reconnu par ſes dernieres notes, qu'ils ne peuvent avoir lieu que quand le premier adjudicataire eſt ſolvable; & qu'autrement il y auroit de l'injuſtice, de faire refléchir ſa faute ſur les créanciers ou ſur le débiteur.

Mais n'eſt-ce pas aſſez que cet adjudicataire ſouffre la folle enchere, ſans lui faire ſouffrir une autre peine? *ſi duæ cauſæ lucrativæ ſimul non concurrunt*, & ſi l'on ne doit pas ajouter privilége ſur privilége, il ne faut pas auſſi étendre ni multiplier les peines.

Parce qu'en l'eſpéce propoſée, nous avons dit, que lors de la 2^e. folle enchère, le prix de l'adjudication auroit été augmenté, on a demandé à qui cette augmentation devoit revenir, ſi c'eſt au premier adjudicataire, ou bien aux créanciers du débiteur, ſur lequel les biens ont été vendus. Quelques-uns ont crû que c'étoit un revenant-bon pour ce premier adjudicataire, & que comme il avoit couru riſque d'une folle enchere en cas de diminution du prix, il devoit auſſi profiter de l'augmentation. Nous avons pourtant été de ſentiment contraire, car ce nouveau prix de la ſeconde adjudication, ne peut être diviſé, ce n'eſt qu'un ſeul & même prix, qui n'a ſon rapport qu'aux biens vendus, & ne peut tomber qu'au profit du propriétaire d'iceux, ou de ſes créanciers.

Mais par quel droit pourroit le premier adjudicataire prétendre cela, lui que nous ſuppoſons n'avoir jamais eu aucun droit aux héritages vendus. N'importe qu'il ait couru riſque d'une folle enchere, parce que c'eſt par ſa faute; c'eſt aſſez que s'étant joué de la juſtice, il s'en exempte ſans qu'il en tire du profit.

OBSERVATIONS.

Si pour une ſeconde adjudication faite à la folle-enchère, il eſt dû doubles droits.

DANS cette queſtion l'auteur établit, que pour une ſeconde adjudication, faite à la folle-enchère du premier adjudicataire, il n'eſt pas dû doubles droits ſeigneuriaux. Il établit cette propoſition avec tant de ſolidité & d'érudition, qu'il eſt difficile, quand on examine la queſtion avec un eſprit exempt de préoccupation, de ne pas ſe rendre à ſon avis.

M. Brodeau, ſur M. Loüet, lettre R, ch. 2, nomb. 4, rapporte trois arrêts, qu'il dit avoir jugé qu'il eſt dû doubles droits pour les adjudications faites à la folle-enchère du premier adjudicataire; mais il limite lui-même cette juriſprudence, au cas que le premier adjudicataire ſoit favorable, contre lequel il dit que le ſeigneur doit s'adreſſer ſans pouvoir s'en prendre à la choſe ni au ſecond adjudicataire; autrement il ſe commettroit tous les jours des fraudes, par l'interpoſition de gens de néant, que le ſeigneur, ou ſon fermier, feroient rendre adjudicataires pour multiplier leurs droits.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MONSIEUR Baſnage, dans ſon commentaire ſur la coutume de Normandie, art. ~~161~~ 171, vers le milieu & à la fin établit ſolidement, que dans ce cas il n'eſt dû qu'un ſeul droit, parce que l'adjudicataire ne devient propriétaire, que par le moyen de la conſignation & la priſe de poſſeſſion, qui ne lui eſt accordée qu'après avoir conſigné; juſqu'alors il ne devient point l'homme du ſeigneur, & par conſéquent il ne lui doit rien: il cite deux arrêts de ſon parlement, qui l'ont ainſi jugé.

L'auteur des nouvelles notes ſur Lapeyrere, lettre P, n. 81, dit, que c'eſt un point d'uſage & de juriſprudence, qu'en matiere de directe, lorſque la priſe de poſſeſſion eſt caſſée par le défaut de conſignation, les enchères ſont d'abord couvertes, & qu'il n'eſt dû qu'un ſeul droit de lods & ventes, par le dernier adjudicataire ſubrogé.

Monſieur Ricard, ſur l'article quatre-vingt-quatre de la coutume de Paris vers la fin, eſt du ſentiment de M. Brodeau, & cite les mêmes arrêts. La même queſtion eſt traitée par Ferriere, ſur l'article 83 de la coutume de Paris, nomb. 17 & 18. Il rapporte d'abord l'opinion & les raiſons de M. Henrys, enſuite celle de M. Brodeau, & cite les mê-

BIU Cujas

mes arrêts : enfin il ſe déclare pour ce dernier parti, & combat les raiſons de M. Henrys, mais d'une maniere qui ne lui fait pas honneur.

M. Hevin, dans ſes ſçavantes notes ſur les arrêts de M. Frain, ch. 92, pag. 464, eſt de l'avis de M. Henrys, par la même raiſon que dans les ventes judiciaires, la vente n'eſt parfaite, que par la numération du prix : *Non enim in ſubhaſtationibus habetur fides de pretio, l. à divo Pio*, § 7, *de re jud.* Il ajoûte que la premiere adjudication demeure caduque, & que la ſeconde n'eſt que l'exécution de la même ſaiſie, & la ſeule véritable & parfaite aliénation. Il dit que cela a été ainſi jugé au parlement de Bretagne par un arrêt du 6 Mai 1663.

Pour fortifier ſon opinion, il cite un arrêt rendu au même parlement, le 14 octobre 1653, qui a jugé qu'en ſemblable cas il n'eſt dû qu'un ſeul droit de lods & ventes, & que ce droit eſt dû au fermier qui ſe trouve lors de la ſeconde adjudication.

Sauvageau dans ſon recueil d'arrêt de ce parlement, certifie la même juriſprudence : il cite un arrêt du conſeil du roi du 2 août 1680, qui l'a ainſi jugé, liv. 1, ch. 199.

Si, dans le cas du décret volontaire, il eſt dû doubles droits.

Tous les auteurs conviennent que quand l'adjudication eſt faite à l'acquereur, il n'eſt dû au ſeigneur qu'un ſeul droit, ſur le pied du contrat de vente, ou du prix de l'adjudication à ſon choix ; c'eſt la diſpoſition de la coutume de Paris, art. 84, de celle de Melun, article 129, d'Orléans, art. 116, de Tours, art. 180.

Mais la difficulté eſt, lorſque l'adjudication eſt faite à un tiers ; en ce cas preſque tous les auteurs conviennent qu'il eſt dû doubles droits ; mais ils y apportent quelques exceptions, dont ils ne conviennent pas entr'eux.

Du Mouiln dans ſon traité des cenſives, § 53, gl. 3, n. 27 & 29, tient que quand l'acquéreur n'eſt pas entré en poſſeſſion de l'héritage, il n'eſt dû qu'un ſeul droit au ſeigneur pour la ſeconde vente : cet auteur dit cela de la vente pure & ſimple, ce que Charondas ſur l'article 84, Brodeau ſur ce même article, n. 5, & du Pleſſis des cenſives, liv. 2, pag. 95, à la fin, appliquent à la vente par decret volontaire ; ce qui eſt contredit par Ferriere ſur le même art. n. 10.

M. Ricard ſur ce même article fait trois autres exceptions.

La premiere, s'il ſurvient des enchères de la part des créanciers du vendeur, qui faſſent monter le prix plus haut que celui de la vente.

La ſeconde, ſi la vente a été faite à la charge du decret, & de faire demeurer l'acquéreur adjudicataire pour le prix du contrat ; & que l'adjudication excède ce prix, parce que cette condition étant inhérente au contrat, elle le rend nul, faute d'être accomplie.

La troiſiéme, quand le contrat ne contient pas une vente abſolue, mais ſeulement une convention, que l'héritage ſera adjugé à l'acquéreur pour le prix de ſon contrat ; en ce cas, ce n'eſt qu'une promeſſe de vendre, qui ne produit point de droits ſeigneuriaux.

M. du Pleſſis, au même endroit ci-deſſus cité, pag. 96, au commencement, apporte une autre exception, qui eſt à peu près la même choſe : ſi dans le contrat il eſt ſtipulé qu'il demeurera nul & réſolu, au cas que l'adjudication ſoit faite à un autre à plus haut prix.

M. Auzanet ſur ce même article dit, qu'il n'eſt rien dû, quand l'acquéreur demeure adjudicataire, & que le ſemblable eſt obſervé, quoique l'adjudication ſoit faite à un tiers, quand le décret eſt fait pour purger les hypotèques du vendeur.

De tout cela il réſulte, que le ſeigneur ne peut prétendre double droit, que quand deux circonſtances concourent : la premiere, que l'acquéreur ſoit entré en poſſeſſion ; la ſeconde, que le prix de l'adjudication n'excède point celui de ſon contrat. Je crois qu'il faut en ajoûter une troiſiéme : ſi les oppoſans qui ont donné lieu aux enchères, & qui ont fait porter le prix de l'adjudication plus haut que celui du contrat, ſont du chef de l'acquéreur ; en ce cas le défaut de l'exécution du contrat procédant de ſon fait, il en doit porter la peine.

Il faut dire la même choſe, ſi les oppoſitions ſont en partie du chef du vendeur, & en partie du chef de l'acquéreur ; car pour peu qu'il y ait du fait de l'acquéreur, il en doit ſouffrir.

Mais je crois que dans ces deux cas, il faut y apporter la limitation de du Moulin, pourvu que l'acquéreur ſoit entré en poſſeſſion ; s'il n'y eſt point entré, les droits ne ſont point dûs pour une vente qui n'a point eu d'effet ; car, comme dit cet auteur, *prima venditio non fuit efficax.*

BIU Cujas

DES LODS

Dans le cas de la vente, à faculté de remeré.

QUESTION CINQUANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La vente ſous faculté de remeré eſt parfaite, mais elle peut ſe réſoudre ſous condition.*
2. *Il faut croire que la cour a eu de bonnes raiſons pour changer cette maxime.*
3. *Les vendeurs ſous faculté de remeré, ſe flattent aiſément de pouvoir rentrer dans leurs héritages.*
4. *Les loix & les réglement ne regardent que l'avenir.*
5. *Avis de l'auteur, que quand le verdeur a laiſſé paſſer l'eſpace de dix ans, après le tems de la grace expiré, il ne doit plus être écouté.*
6. *Si cette nouvelle juriſprudence doit retarder le payement des droits ſeigneuriaux.*
7. *Avis de l'auteur, que cela porte coup pour les lods.*
8. *La grande déférence de l'auteur pour les arrêts, blâmée.*
9. *Le ſeigneur n'eſt point obligé d'attendre une ſentence de purification, ni même que le tems du remeré ſoit expiré, pour demander ſes droits.*
10. *Dans les pays de droit écrit du reſſort de Paris, les lods ne ſont pas dûs, quand le tems du remeré n'excede pas dix ans.*
11. *Dans les autres pays de droit écrit, les lods ſont dûs pour la vente, mais non pour le rachat.*
12. *Dans la coutume de Paris, ils ne ſont pas dûs, quand le tems de la faculté n'excede pas neuf ans.*
13. *Les anciens arrêts jugeoient que les droits étoient dûs, dès le moment de la vente, mais qu'il n'étoit rien dû pour le rachat.*
14. *Le parlement de Toulouſe étend la faculté de rachat juſqu'à trente ans.*
15. *Les droits ſont dûs au fermier qui exploitoit la terre au tems du contrat de vente.*

QUESTION LV.

Si, à préſent qu'il faut une ſentence de purification pour les ventes à faculté de racheter, le lod peut être dû au ſeigneur, le terme expiré, ou s'il doit attendre que la vente ſoit purifiée.

NOTRE juriſprudence ne peut pas changer en quelque point principal, que cela ne porte ſuite pour d'autres, & ne faſſe naître de nouvelles difficultés.

Lorſque nous tenions que la faculté de racheter
1 ſeule n'altéroit pas la perfection d'une vente; qu'elle n'étoit pas pour cela conditionnelle, mais ſeulement réſoluble, ſous l'évenement d'une condition; nous tenions auſſi que même pendant la grace le ſeigneur direct pouvoit demander le lod & s'en faire payer; mais par proviſion & ſous caution de le rendre, en cas que la grace fut exécutée; que le tems d'icelle étant expiré, le vendeur n'y pouvoit plus revenir; & que comme l'acquéreur étoit dès-lors maître incommutable, le lod étoit auſſi acquis au ſeigneur irrévocablement.

Or à préſent que la cour a voulu changer cette juriſprudence, quoiqu'elle fût conforme au droit, en la loi ſeconde, *Cod. de pactis inter empt. & vendit*, à l'opinion des meilleurs interprêtes, & aux arrêts, il faut croire qu'elle ne l'a pas fait qu'elle n'ait eu quelque bons motif.

Il ne faut donc pas douter que la cour n'ait eu
2 pour cela de bonnes & juſtes conſidérations; & que comme le changement des tems cauſe le changement des loix, la miſere du ſiécle n'en ait été un puiſſant motif.

Comme ceux qui vendent, ſe flattent toujours de quelque eſpérance, & ſe promettent quelque amendement en leurs affaires, auſſi ſont-ils bien aiſes de ne pas vendre abſolument, & d'avoir un tems dans lequel ils puiſſent retirer ce qu'ils vendent. Et de même ceux qui acheterent ne ſe croyent pas aſſurés ni maîtres incommutables, tant que le vendeur y peut revenir, & rentrer dans ſes héritages.

C'eſt par cette conſidération que le vendeur ne
3 s'attache pas à vendre ſon héritage au juſte prix, & que l'acquéreur n'en veut pas auſſi donner la juſte valeur, dans la crainte que pour s'y maintenir, il ne lui faille encore ouvrir la bourſe. Et il arrive néanmoins que, comme pour ceux qui doivent, ou qui ont engagé leurs fonds, le temps va trop vîte, le vendeur s'endort le plus ſouvent ſur le temps de la grace qu'on lui a donnée, & que ſe trou-

BIU Cujas

vant court à point nommé, il eſt entierement dépouillé de ce qu'il a vendu le plus ſouvent à vil prix. C'eſt ce que la cour a conſidéré, & c'eſt pour réveiller le vendeur ou lui donner plus de tems, qu'elle a jugé qu'il falloit une ſentence de purification ; & que juſques à ce, la vente ne peut être cenſée pure & ſimple.

4 Nous n'avons pas vû l'arrêt, pour ſçavoir ſi ce réglement ne regarde que l'avenir, ou s'il peut marcher en arriere pour le paſſé. Réguliérement les ordonnances & les règlemens pareils, *præteritis non futuris negotiis legem imponunt.* Ils ne ſont pas à deux faces comme Janus ; & pour le paſſé, il ſemble que c'eſt aſſez qu'on ait ſuivi l'uſage commun, ſur-tout lors qu'il eſt autoriſé par les arrêts. En effet, il y peut avoir quelque rigueur d'ôter à un acheteur un droit qui lui étoit acquis ſuivant cet uſage.

Néanmoins comme l'arrêt & règlement cotté par le ſieur Brodeau ſur M. Loüet en la lettre V. nombre 12, ſemble porter une conſéquence contraire, & qu'ayant été rendu le dix-neuf mars mil ſix cent cinquante, il a infirmé une ſentence du bailli de Montargis, du cinq juin mil ſix cent quarante-deux, & par conſéquent caſſé une vente qu'il faut croire antérieure de quelques années, on n'a pas douté en ce ſiége de recevoir les vendeurs à rentrer dans les fonds vendus, quoique la grace fut expirée & qu'il y eût plus de dix ans de la
5 vente. Ce qu'à la vérité nous n'avons pas bien pu digérer, & nous éſtimerions qu'il y faut établir quelque règle ; & que quand le vendeur après le tems de la grace a laiſſé paſſer dix ans, il ne devroit plu être reçu, *ne dominia rerum diu ſint in incerto.*

6 Mais ſuppoſé qu'après la grace expirée, le vendeur ſoit à préſent recevable à retirer ſon fonds, juſqu'à ce que la vente ait été purifiée par ſentence, ou contradictoire ou par contumace, on demande ſi cela porte conſéquence pour le lod ; ou s'il peut être acquis au ſeigneur avant cette ſentence.

On peut dire qu'à l'égard du ſeigneur, on n'a pas pu innover, & que le tems de faculté étant expiré, le droit lui en eſt acquis ; qu'il n'eſt pas obligé d'attendre cette purification ; & qu'encore qu'avant icelle le vendeur retire ſon fond, le lod ne laiſſe pas d'être dû, ſi c'eſt après que le terme de la grace s'eſt écoulé.

Au contraire, nous croyons que la cour n'a pû 7
rendre la condition du vendeur plus avantageuſe qu'elle n'étoit, ni lui donner plus de tems pour rentrer dans ſon héritage, que cet avantage ne s'étende au lod. Que la même ſuſpenſion qu'opéroit autrefois la grace, ne ſubſiſte après le tems d'icelle expiré juſqu'à ce que la vente ait été purifiée par une ſentence, & le vice qu'on y préſume, purgé.

Que c'eſt une prorogation que la cour a voulu donner, & qui doit produire le même effet que ſi la grace duroit encore : Que juſqu'à ce, la vente n'étant point parfaite, ni cenſée pure & ſimple, aucun droit incommutable ne peut être acquis à l'acquéreur, ni par conſéquent au ſeigneur direct ; c'eſt parce qu'il n'eſt qu'acceſſoire de l'autre, qu'il répugne que n'y ayant point encore de mutation aſſurée, point de changement de main véritable, le lod qui ſuppoſe la tranſlation du droit de propriété, mais incommutable, en puiſſe être demandé.

OBSERVATIONS.

S'il eſt dû quelques droits pour les ventes à faculté de remeré.

DANS cette queſtion, l'auteur fait mention d'un arrêt qu'il dit avoir jugé, que dans les ventes faites ſous la faculté de remeré, que l'on appelle dans la province, grace de rachapt, le vendeur peut, après le tems du rémeré, rentrer dans ſon héritage, juſqu'à ce que l'acquéreur ait obtenu une ſentence de purification, c'eſt-à-dire, un jugement qui déclare le vendeur déchu de la faculté de rémeré, faute par lui de l'avoir exercé dans le tems ſtipulé par le contrat.

L'auteur dit que cette nouvelle juriſprudence a introduit une autre nouveauté à l'égard des ſeigneurs ; ſavoir, qu'ils ne peuvent demander les droits de lods qu'après une ſentence de purification.

8 J'ai déja obſervé pluſieurs fois, que c'eſt un défaut dans notre auteur d'avoir une déférence trop aveugle pour les arrêts, & de chercher toujours des raiſons pour juſtifier leur déciſion. Pour moi qui préfere la vérité à tous les préjugés, je prends la liberté de dire que l'arrêt dont parle l'auteur, a jugé contre les principes. Car quand le tems du remeré ſtipulé par le contrat de vente eſt paſſé, il n'eſt point beſoin d'un jugement pour déclarer le vendeur déchu de la faculté de rentrer dans l'héritage. Je conviens que les juges peuvent quelquefois, ſuivant les tems & les différentes circonſtances, proroger cette faculté ; mais il n'eſt pas en leur pouvoir de la rendre perpétuelle, & de détruire par ce moyen un contrat du droit des gens. Mais ſuppoſé qu'il fût néceſſaire d'obtenir un jugement pour purifier la clauſe, cette purification ne regarderoit que l'acquéreur, & ne pourroit être tirée à conſéquence pour le ſeigneur.

9 Il y a plus, non-ſeulement le ſeigneur n'eſt pas obligé d'attendre qu'il y ait une ſentence de purification, pour demander ſon droit : (car où en ſeroit-il, ſi jamais l'acquéreur ne l'obtenoit,) il peut même le demander auſſi-tôt après le contrat, en donnant par lui caution de le rendre, au cas que la faculté ſoit exercée dans le tems ſtipulé par le contrat ; & le tems paſſé, le lod appartient au ſeigneur incommutablement, & la caution par lui donnée demeure déchargée de plein droit. Il faut dire auſſi, que ſi le tems du remeré excede le laps de dix ans, le ſeigneur n'eſt pas obligé de rendre le lods par lui reçu.

BIU Cujas

L'uſage des pays de droit écrit, du reſſort du parlement de Paris, eſt que les lods ne ſont pas dûs, quand la faculté de remeré n'excède pas dix années.

Il n'en eſt pas de même des autres pays de droit écrit : les lods ſont dûs pour les ventes à faculté de remeré, comme pour les ventes pures & ſimples ; parce qu'une ſemblable 11
vente eſt parfaite du momentdu contrat, quoiqu'elle puiſſe ſe réſoudre ſous condition : cependant il n'eſt dû aucun droit pour le rachapt. Maynard, liv. 4, chap, 38, la Rocheflavain, des droits ſeigneuriaux, chap. 38, art. 4, Deſpeiſſes, tom. 3 pag. 60, n. 7 & pag. 71, n. 19, Salvain, de l'uſage des fiefs, chapitre quatre-vingt-cinq, Morgues, ſur les ſtatuts de Provence, page 87, du Perrier, liv. 4, queſt. 16, Lapeirere, lettre V. nomb. 35 & 36.

Dans les pays de coutume, cela dépend des différentes coutumes. Dans celles qui n'en parlent point, comme celle de Paris, il n'eſt rien dû, quand le tems du remeré 12
n'excede pas l'eſpace de neuf annés ; & quand il excéde, ou qu'il n'eſt pas exercé pendant ce tems, il n'eſt dû qu'un ſeul droit ſuivant le ſentiment de M. Brodeau, ſur la coutume de Paris, art. 23, nomb. 16 ; de M. Auzanet, ſur les articles 76 & 78 de la même coutume ; & de Ferriere, ſur l'article 23, nomb. 35 & ſuivans. C'eſt auſſi la doctrine de M. d'Argentré, dans ſon traité *de laudim.* §. 7 & 8, & la juriſprudence des arrêts rapportés par Brodeau ſur M. Louet. Lettre V, ch. 12, & par Bardet, tom. 2, liv. 6, chap. 32.

Autrefois, quoique la faculté de remeré fût exercée dans le tems convenu il, étoit dû 13
un droit de lod pour la vente, mais il n'en étoit pas dû un ſecond pour le remeré, ſuivant les arrêts rapportés par M. Louet, lettre V, ch. 12. Par les derniers arrêts remarqués par M. Brodeau au même endroit, il n'eſt rien dû, quand la faculté eſt exercée dans le tems ſtipulé par le contrat, ou par un acte ſéparé fait à l'inſtant. Le même auteur au même endroit ſur la fin, fait mention de trois arrêts qui ont jugé, que l'acquéreur ſous faculté de remeré n'eſt propriétaire incommutable qu'après trente ans, à moins qu'il n'y ait une ſentence qui déclare le vendeur déchû de la faculté de remeré. C'eſt ce que notre auteur appelle une ſentence de purification ; mais cela ne regarde que l'acquéreur, & ne peut faire préjudice au ſeigneur, ni retarder le payement de ſes droits après le tems du remé expiré.

M. Catelan, tome. premier, liv. 3, chap. 31, certifie qu'en matiere de contrat à fa- 14
culté de rachat, il n'eſt point dû de lod pour le rachat, quand même il ſeroit exercé après le tems porté par le contrat expiré, parce que ſon parlement a coutume d'étendre a trente ans la faculté de rachat, quoique ſtipulée pour un moindre tems, & quand même le remeré auroit été ſtipulé par un acte ſéparé, & qu'il ſeroit exercé par un ceſſionnaire ; parce que cela ſe fait toujours en exécution du contrat. Il cite un arrêt du mois de mars 1684, qui l'a ainſi jugé. Dans le tome ſecond, liv. 7, chap. 3, il rapporte un arrêt rendu à ſon rapport le 29 mai 1666, par lequel il a été jugé, que la faculté de rachat ſtipulée pour dix mois par un billet ſous ſein-privé, & ſéparé de la vente, devoit durer trente ans comme tout autre.

A l'égard de la queſtion, ſçavoir à quel fermier en ce cas les lods ſont dûs, il faut 15
dire qu'ils ſont dûs au fermier qui exploitoit la terre au tems de la vente ; parce que dès ce moment la vente eſt parfaite, mais elle peut ſe réſoudre ſous condition, *pura eſt, ſed ſub conditione reſolvitur.* J'ai traité cette queſtion dans le tome premier, livre trois, queſt. 29.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

JE crois devoir ici retoucher deux queſtions dont j'ai parlé dans ma premiere obſervation, & en ajouter une nouvelle.

1°. Sur la queſtion, s'il eſt dû un droit de lods pour la vente à faculté de remeré, j'ai dit qu'au parlement de Paris les lods ne ſont pas dûs, quand le tems de remeré n'excede pas dix ans : que dans les parlemens de droit écrit il eſt dû un lod pour la vente, mais qu'il n'en eſt point dû pour le remeré. Il faut ajouter que la même juriſprudence eſt ſuivie au parlement de Rouen, ſuivant les arrêts cités par M. Baſnage, ſur l'art. 171, de la coutume de Normandie.

2°. J'ai dit que le vendeur à faculté de rameré peut, après le tems expiré, rentrer dans ſon héritage, juſqu'à ce qu'il ait une ſentence qui l'en déclare déchû, que l'on appelle jugement de purification ; il faut ajouter aux auteurs que j'ai cité, M. Lepreſtre dans ſes arrêts, page 52, & M. Auzanet, ſur l'art. 120 de la coutume de Paris.

J'ai témoigné que je n'approuvois pas cette juriſprudence ; depuis j'ai vu dans les nouvelles notes ſur Lapeyrere, que l'auteur, lettre R, nomb. 4, dit, qu'au Parlement de

BIU Cujas

Bourdeaux, après le tems expiré, le vendeur eſt déchû de plein droit : dans le nombre 14, il dit, que cela a été ainſi jugé par un arrêt du vingt-ſept juillet mil ſix cent cinquante cinq.

Mais ce qui fortifie davantage mon ſentiment, eſt la ſçavante obſervation que M. Bouhier, préſident à mortier au parlement de Dijon, a faite ſur cette queſtion, dans laquelle il établit démonſtrativement, que la juriſprudence du parlement de paris n'eſt pas juridique.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

De la prorogation de la faculté de remeré.

☞ La queſtion conſiſte à ſçavoir ſi la prorogation de la faculté de réméré donne ouverture aux droits ſeigneuriaux. Les auteurs ſont partagés ſur cette queſtion : on ſe contentera de rapporter le ſentiment des principaux.

Tiraqueau traite cette queſtion dans ſon traité du retrait conventionnel, §. 1, gl. 7 c'eſt par rapport au retrait lignager qu'il examine la queſtion. Tandis que le délai de la faculté de réméré dure, le retrait lignager ne peut-être exercé, parce que ſi le vendeur rentre dans ſon héritage, il ne ſort pas de la famille, & par conſéquent il n'y a pas lieu au retrait lignager.

Mais la difficulté conſiſte à ſçavoir, ſi la prorogation du délai appoſé au contrat de vente produit le même effet, & empêche le retrait lignager. Cet auteur diſtingue d'abord, ſi la prorogation a été faite après le délai expiré, ou avant qu'il fût écoulé. Dans le premier cas, il décide poſitivement que la prorogation de la faculté de réméré n'empêche pas l'effet du retrait lignager, *non poteſt tamen, poſt quam eſt finitum, cum id quod non eſt, prorogari non poſſit.*

Toute la difficulté conſiſte dans le ſecond cas. Cet auteur traite la queſtion à fond depuis le nombre 26, juſqu'au 43. Depuis le nombre 26, juſqu'au 31, il rapporte les raiſons & les autorités qui ſervent à établir la négative ; & depuis le nombre 31, juſqu'au 37, il rapporte celles qui établiſſent l'affirmative. Dans le nombre 37, il décide en faveur de cette derniere opinion : *& ego ſanè, ut tandem meum judicium interponam, his rationibus adductus, in ea ſum ſententia, ut ſi emptor & venditor etiam ante tempus primum præſtitutum revenditioni, illud prorogarint in aliud tempus, id non obeſt conſanguineo, quominus præferatur venditori, ſi primum illud tempus fluxerit, cùm, ut diximus, ea prorogatio ei nocere non poſſit, ſed tantum prorogantibus.* Cette déciſion, quoiqu'elle ſoit faite pour le retrait lignager, convient auſſi aux droits ſeigneuriaux, parce que ce ſont les mêmes principes, & la même raiſon de décider.

Du Moulin a traité cette queſtion dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, titre des fiefs, en trois endroits. Il fait la même diſtinction que Tiraqueau, ſi la prorogation a été faite dans le tems de la faculté du réméré, ou après. Quand elle a été faite après, il eſt de l'avis de Tiraqueau. Mais quand elle a été faite dans le tems de la faculé de réméré, il décide qu'il n'y a pas lieu au retrait, & que les droits ſeigneuriaux ne ſont pas dûs. Mais parce que quelques auteurs prétendent que du Moulin ſe contrarie lui-même, je crois qu'il eſt à propos de rapporter ſes propres paroles. Dans le paragraphe 23, nombre 48, il propoſe la queſtion, *utrum ex redemptione facta intra tempus prorogatum debeatur quantum pretium : prima facie videtur quod non.* Enſuite il dit qu'il en eſt autrement quand la prorogation eſt faite après le terme expiré: *Secùs ſi de redimendo convenirent poſt lapſum terminum & expiratam primam facultatem, quia tunc eſt ut nova & merè voluntaria facultas ; & non diceretur inde ſequi redemptio, ſed nova emptio, & ſic omnia jura de integro deberentur.* Cette diſtinction fait aſſez connoître que le ſentiment de cet auteur, eſt que quand la prorogation eſt faite avant le terme expiré, les droits ne ſont pas dûs. Mais ce qu'il dit après, le fait encore mieux connoître, puiſqu'il réfute l'opinion de Balde, qui dit que la prorogation ne peut pas nuire à un tiers. Enfin dans le nombre 51, il conclut en ces termes, *quam reſolvendo concludo pro affirmativa.* Ce dernier mot a fait croire aux auteurs qui n'ont pas bien examiné la choſe, que du Moulin en cet endroit ſe déclare pour l'affirmative, c'eſt-à-dire, que les droits ſont dûs en quelque tems que la prorogation ſoit faite. Mais les paroles qui ſuivent immédiatement, font bien connoître qu'il ne tient l'affirmative que dans le ſecond cas : *quia revenditio quæ fit per terminum primæ facultatis in vim prorogationis, non procedit à virtute & potentia primi contractûs & venditionis, nec ex cauſa veteri & neceſſaria illi inexiſtente, ſed ex cauſa nova & volontaria, ex intervallo ſuperventa. Igitur ſaltem reſpectu tertii habentis intereſſe, puta patroni, reputatur nova & libera venditio, & nova inde jura feudalia oriuntur : fallit ſi venditio fuiſſet facta ſub facultate redimendi ad biennium, retenta interim fide, deinde pendente biennio prorogetur facultas*

BIU Cujas

usque ad alium & tertium annum, quia dummodo infra tempus prorogatum redimatur, nulla jura patrono acquiruntur, neque de venditione, neque de redemptione.

Mais si les paroles de du Moulin en cet endroit avoient besoin d'interprétation, l'on ne sçauroit trouver un plus habile & plus fidèle interprète que du Moulin lui-même. Dans le paragraphe 41, nombre 38, il traite encore la même question : *quæro si venditione semel facta sub pacto redimendi usque ad duos vel quinque annos, & retenta fide, tempus redimendi mutuo consensu & ex post facto prorogetur.* Il distingue, comme il a fait sur le paragraphe 23 : ou la prorogation est faite après le terme expiré; en ce cas il dit que cela ne fait aucun préjudice au seigneur. *Respondeo, aut lapso primo termino, & nullo modo præjudicat patrono, quia non est prorogatio post tempus, sed novus contractus, & nova, libera & spontanea venditio.*

Si la prorogation est faite avant que le terme stipulé par le contrat soit expiré : en ce cas il dit que c'est la même cause, *aut vero prorogatio est facta pendente adhuc termino, & videtur res manere in eadem causâ*: il ajoute que cela est vrai à l'égard des contractans, mais non pas à l'égard d'un tiers : *sed adverte, hoc est verum inter ipsos prorogantes, quantum ad ea de quibus disponere possunt; sed non in præjudicium tertii, cui præjudicare non possunt.*

Après cela il fait encore une autre distinction, qui consiste à savoir si le terme stipulé par le contrat, & celui de la prorogation jointe ensemble excedent le nombre des années, pendant lequel il est permis de stipuler la faculté de réméré. Si les deux termes ne passent point celui de la faculté de réméré, par exemple de neuf ans, il dit que la prorogation est valable, même par rapport au seigneur : s'ils excedent, il décide que la prorogation n'est pas valable par rapport au seigneur : *Unde subdistinguo, aut tempus additum una cum prorogato non excedit tempus permissum vassallis ad vendendum sub facultate redimendi retenta fide; & prorogatio valet etiam respectu patroni, cui non dicitur fieri præjudicium, sed censetur vassallus uti jure & facultate sibi concessa. Aut vero excedit illud tempus, & tunc clarum est quod quatenus excedit non valet respectu patroni.* Ensuite il examine si quand les deux termes excedent le tems de la faculté de réméré, la prorogation peut valoir jusqu'à concurrence du tems usité pour la faculté de réméré; par exemple, si le terme stipulé par le contrat est de six ans, si la prorogation peut du moins valoir pour trois ans; pour faire neuf ans, qui est le tems ordinaire de la faculté de réméré : il se détermine pour la négative, parce que la stipulation est individue, & dans les choses individues, *utile per inutile vitiatur & impeditur.*

Dans le paragraphe 55, gl. 1, nombre 62, il propose encore la même question par rapport aux lods & ventes. Il fait les mêmes distinctions, & il rappelle les paragraphes où il les a faites. *Diligenter advertendum quod aut prorogatio fit pendente prima facultate, & tunc nunquam debentur jura nec de prorogatione, nec de redemptione facta virtute illius, ut etiam expressim vult consuetudo Borbon, & ita generaliter ubique observatur. An autem saltem semel debeantur de venditione, sive nunquam redimatur, sive redimatur infra tempus illud modicum intra quod licet sub hac facultate vendere & redimere : & tunc nulla jura debentur nec de venditione nec de rendemptione : sive redemptio fiat infra tempus primum, sive post illud in vim prorogationis, sed infra tempus triennii vel novennii moribus indultum, ut in simili dixi supra §. 23, quæst. 14 n. 52.* (Voici l'endroit sur lequel les auteurs, qui seront ci-après cités, se fondent pour dire, que du Moulin est contraire à lui-même.) *Aut redemptio non fit infra tempus liberè permissum; & jura debentur domino directo de venditione, sive post tempus permissum redemptio sequatur, sive non. Aut vero prorogatio fit finitâ primâ dilatione & facultate; & tunc debentur solida jura de prima venditione, necnon de revenditione si sequatur, quæ non est redemptio, sed nova venditio, quia prorogatio facta post tempus non est prorogatio ejus quod non est.*

Il est donc certain que du Moulin soutient par tout que quand la prorogation est faite avant que le terme stipulé par le contrat de vente soit expiré, & que le tems de la prorogation, joint avec le terme stipulé par le contrat, n'excede pas le tems ordinaire du réméré, en ce cas il n'est dû aucun droit, ni pour la vente, ni pour le rachat.

D'Argentré a traité cette question en deux endroits dans son commentaire sur l'ancienne coutume de Bretagne, article 64, nomb. 11 : il soutient que dans tous les cas, soit que la prorogation soit faite avant ou après le terme expiré, qu'elle excede ou n'excede pas neuf ans, les lods sont dûs. Il réfute l'opinion de du Moulin, & approuve celle de Tiraqueau. Il ajoute que son parlement l'a ainsi jugé : *Scio ita à Curia parlementi nostri judicatum, & Laudimia adjudicata, quamvis prorogato intra priorem dilationem tempore.* 2°. Dans son traité des lods §. 12, où il dit que du Moulin est contraire à lui-même, *contrarium & melius in ea sententia Molinæus sibi ipsi contrarius putat §. 23, quæst. 14. neque enim dilatio aut prorogatio quæ fit ex intervallo post contractum procedit à potentia aut virtute prioris contractûs, nec fluit à causa inexistente contractui, sed à causa merè libera & voluntaria per novam conventionem.*

BIU Cujas

Je ne ſçai pas où cet auteur a trouvé que du Moulin eſt contraire à lui-même. Je crois qu'il a inventé à plaiſir cette prétendue contrariété, pour diminuer l'autorité de du Moulin contre lequel il marque partout beaucoup de jalouſie.

Duperrier dans ſes queſtions notables du droit, livre 4, queſtion 16, traite la même queſtion. Il eſt du ſentiment de d'Argentré : il dit auſſi que du Moulin a varié ſur cette queſtion, & qu'il tient l'affirmative ſur le paragraphe 33, (qui eſt le même que le 23 de l'édition de Buon qui eſt la meilleure) *par la raiſon que le rachat étant fait après le terme établi par le contrat de vente, ce n'eſt pas en exécution du premier contrat, mais en conſéquence de la prorogation & d'une nouvelle convention, qui tient lieu d'un nouveau contrat, & qui par ainſi donne ouverture aux droits de lods.* Il eſt évident que cet auteur a été induit en erreur par d'Argentré. Mais il a fait plus, il a pris ce que du Moulin dit de la prorogation faite après le terme apposé au contrat expiré, au lieu de prendre ce qu'il dit de la prorogation faite avant l'expiration du premier terme; ce qui me ſurprend fort; car cet auteur a le diſcernement bon & ne ſe méprend gueres; mais les meilleurs auteurs ſont ſujets à l'erreur & aux mépriſes. *Penitus in ullo peccare divinitatis magis quam mortalitatis eſt*, dit Juſtinien, *de vet. jur. enucl.* § 14. Deſpeiſſes, t. 3, p. 71, col. 2, verſ. 2, eſt de l'avis de d'Argentré, qu'il n'a fait que copier.

Je ne balance point à me ranger du parti de du Moulin. Il a mieux entendu & traité plus à fond ces matieres qu'aucun autre. Dieu lui avoit communiqué ſes lumieres pour débrouiller le cahos des coûtumes & pour éclaircir la matiere brutte des droits ſeigneuriaux. J'embraſſe d'autant plus volontiers ce parti, que je trouve que cela eſt ainſi décidé par pluſieurs coutumes : Tours, article 148, Anjou, articles 372 & 373, Maine, articles 372 & 373, Blois, article 83, Berry, titre 5, article 49, Bourbonnois, art. 406. La Marche, chapitre 16, article 113, Auvergne, chapitre 16, article 11. Cet article porte, *quand l'héritage eſt racheté dedans le tems de la faculté accordée en faiſant le contrat de vente, ou depuis prorogée, ne ſont dûs aucuns lods & ventes pour ledit rachat.* Sur le mot, *prorogé*, du Moulin a mis cette note, *intra terminos facultatis prorogatæ*, ce qui ſert à faire connoître qu'il a toujours été dans le ſentiment, que quand la prorogation eſt faite avant que le terme ſtipulé par le contrat ſoi expiré, il n'eſt point dû de droits ſeigneuriaux.

Il reſte encore trois choſes à obſerver ſur cette queſtion. La premiére, il faut que l'acte de prorogation ſoit paſſé devant Notaire, afin d'éviter les antidates, qu'il ſeroit facile de faire par des actes ſous ſeing privé : d'ailleurs, les actes ſous ſeing privé n'ont de véritables dates que du jour de leurs reconnoiſſances, ſur-tout par rapport aux perſonnes tierces : c'eſt le ſentiment de du Moulin ſur le § 41, nombre 39, *de prorogatione pendente termino facta per inſtrumentum authenticum.* C'eſt auſſi la diſpoſition de la coutume de Blois, qui parle en ces termes : *& faut que ladite prorogation ſoit paſſée par perſonne publique pour éviter les fraudes.* La coutume de Tours dit, que l'acte de prorogation doit être fait dans la même forme que le premier contrat.

La ſeconde, ſi le vendeur donne de l'argent pour obtenir la prorogation de la faculté de réméré; ſçavoir, s'il eſt dû quelques droits au ſeigneur pour cela ? Du Moulin, ſur le § 23, nombre 52, ſoutient qu'il n'eſt rien dû, *quia non eſt verum pretium, nec pars pretii feudi : nec eſt nova mutatio, nec venditi.* Mais il ajoute, que ſi le rachat ſe fait en vertu de cette prorogation, il ſera dû un droit de quint du premier prix; c'eſt-à-dire, du prix du contrat, qui ſera à la charge de celui qui fera le rachat. D'Argentré, *de eod.* § 13, dit auſſi qu'il n'eſt rien dû préciſément pour le prix de la prorogation, mais que ſi le rachat ſe fait, les droits ſeront dûs de ce prix, *ideòque de eo ſimpliciter, & per ſe laudimia non deberi; quod intelligo, niſi actualis redemptio ſecuta ſit, quod cum factum erit, & de pretio prorogationis laudimia debentur.* Le ſentiment de ces deux auteurs eſt juridique ſuivant leurs principes; mais cela a beſoin d'explication. Du Moulin parle dans le cas où la prorogation eſt faite après le terme du contrat expiré : en ce cas il eſt dû des droits pour le rachat qui ſe fait en vertu de cette prorogation, & par conſéquent il en eſt dû auſſi pour le prix de la prorogation, parce qu'il fait partie de celui du rachat. Suivant l'opinion de d'Argentré, les droits ſont dûs en quelque tems que ſe faſſe la prorogation, & par conſéquent il ſont dûs auſſi pour le prix de la prorogation. Mais ſuivant les principes ci-deſſus établis, quand la prorogation eſt faite pendant le cours du terme du contrat, & que le rachat eſt fait en conſéquence dans le délai ordinaire de la faculté du réméré, il n'eſt dû aucuns droits, ni pour la vente, ni pour le rachat; & par conſéquent il ne peut pas en être dû pour le prix de la prorogation, parce que ſuivant les ſentimens de ces deux auteurs, il n'eſt rien dû pour le prix de la prorogation en ſoi. Mais cette queſtion eſt aſſez inutile : car les contractans ne ſont pas aſſez ſimples pour ſtipuler un prix dans l'acte de prorogation : il ſe paye de la main à la main, ou par un billet cauſé pour argent prêté, ou pour autre choſe.

La troiſiéme conſiſte à ſçavoir ſi l'acquereur à faculté de réméré, venant à mourir avant

avant le tems de la faculté, ou de la prorogation d'icelle expirée, si sa mort donne ouverture au droit de relief dans les fiefs, & de lods ou mi-lods où ils ont lieu à toutes mutations.

Du Moulin & d'Argentré sont encore de sentiment contraire sur cette question. Le premier traite à fond la question, sur le § 41, depuis le nomb. 13 jusqu'au 25. Il se détermine dans le nombre 20 à dire, que par la mort de l'acquéreur il n'y a point d'ouverture de fief, *cæterum ad solutionem quæstionis nostræ concludo, licere vassallo vendere & tradere feudum suum ad onus redimendi infra novem vel saltem tres annos, & infra, retenta interim fide absque eo quod patronus inde aliquam aperturam vel commodum feudale petere possit, nec etiam ex mutationibus supervenientibus ex parte veteris vassalli*; ce qu'il confirme dans le § 24, en disant que si le vendeur, ou son héritier en collatérale décedé, il sera dû au seigneur autant de droits de relief qu'il y aura de mutations; *ita quod si hæres venditoris decedat, relicto hærede laterali, & is similiter; quot sunt hujusmodi mutationes infra dictum tempus, tot relevia debentur patrono, licet persona emptoris non mutetur.* Mais je ne comprends pas ce qu'il veut dire dans le nombre précédent, où il dit qu'il n'en est pas de même des lods: *Ultimo non obstat quod idem si quæritur dicendum in laudimiis & venditionibus rerum censualium, quia negatur, cum manifesta sit diversitatis ratio in feudis, quæ sui naturâ nobiliora & liberiora sunt, & servituti minus subjicienda.*

D'Argentré traite cette question en deux endroits sur l'ancienne coutume de Bretagne. 1°. Sur l'article 64, nombre 7, où il dit que les droits sont dûs au seigneur par la mort de l'acheteur, s'il étoit en possession: *Hinc patet quod in ea quæstione statuendum sit, de redemptivo quod petitur, mortuo emptore, qui sub conditione redemptionis emerat, redemptione nundum facta, ut omnino judicandum sit redemptivum deberi, si in possessione erat & fruebatur.*

2°. Sur l'art. 76, not. 7, où il porte le même jugement des héritages acquis sous faculté de remeré, que de ceux qui sont sujets à substitution: dans l'un & l'autre cas, il dit que si le possesseur décede, il y a ouverture au fief, & il cite dans les deux endroits, du Moulin sur le § 22, question 39 & 40, pour être de son avis. Il est vrai que dans cet endroit du Moulin traite la question, s'il est dû des droits au seigneur pour l'aliénation des biens substitués; mais ce n'est pas en cet endroit qu'il parle de notre question: c'est dans le § 41.

Cependant je crois que le sentiment de d'Argentré sur cette question est plus juridique que celui de du Moulin: car la vente est parfaite, mais elle peut se résoudre sous condition. Ainsi l'acquéreur est véritablement propriétaire; en sorte qu'il peut prescrire. Ainsi il n'y a pas de doute que sa mort ne donne ouverture au relief & aux lods & ventes dans les lieux où ils sont dûs à toutes mutations; mais si le vendeur exerce la faculté de rachat dans le tems porté au contrat, ou dans l'acte de prorogation, le seigneur sera obligé de rendre les droits qu'il aura reçus des héritiers de l'acquéreur; parce que la faculté de remeré étant exercée, elle a un effet rétroactif qui fait que la vente est censée n'avoir jamais été faite, & par conséquent l'acquéreur n'avoir jamais été propriétaire.

BIU Cujas

DE LA DIRECTE,

En cas de concours de deux seigneurs.

QUESTION CINQUANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *En cas de concours de deux seigneurs, la directe doit être adjugée au mieux informant.*
2. *L'on peut mieux informer en trois manieres, 1°. en établissant mieux l'identité du fonds. 2°. En justifiant d'un plus ancien terrier. 3°. En prouvant la possession.*
3. *Par un ancien arrêt il a été jugé en cas de concours, que le cens portant lods, devoit appartenir au seigneur qui avoit les plus anciens terriers, & à l'autre un cens mort.*
4. *Avis & raisons de l'auteur contre cette jurisprudence.*
5. *Une obligation ne peut être sans cause.*
6. *En matiere de legs, il faut distinguer entre les démonstrations accessoires & nécessaires.*
7. *En matiere de contrat, la fausse démonstration vicie l'acte.*
8. *Arrêt du 20 février 1638, qui a partagé la directe entre deux seigneurs également.*
9. *Autres raisons de l'auteur pour combattre cette jurisprudence.*
10. *Arrêt du parlement de Toulouse, qui juge que la directe doit appartenir au seigneur qui a les plus anciennes reconnoissances.*
11. *Sentiment de M. Charles du Moulin, & autres docteurs, conforme à celui de l'auteur.*
12. *Censure de Cujas contre les jugemens que l'on appelle* Judicium rusticorum.

QUESTION LVI.

Si, en cas de concours & de doute, la directe peut être partagée entre deux seigneurs.

LA décision de l'arrêt ci-après inseré est un peu extraordinaire; & il semble d'abord que la cour ait voulu faire *judicium rusticorum*, en ordonnant que la rente & directe seroit partagée, au lieu que par la sentence du bailli de Forêts, elle avoit été adjugée entierement au prieur de saint Rambert, à l'exclusion du commandeur de Montbrison.

D'ordinaire en cas de directe contraire, & lorsque deux seigneurs la prétendent sur un même fonds & pour toute son étendue, il faut que l'un cede à l'autre, *quia ejusdem rei non possunt dari duo domini in solidum.* Aussi comme le tenancier doit faire offre de reconnoître & de payer le mieux informant, c'est celui qui a mieux établi son droit, qui l'emporte.

On peut mieux établir son droit en trois façons: en vérifiant mieux que l'autre l'identité du fond & des confins, ou en rapportant un terrier plus ancien; à cause qu'en concurrence de seigneurs directs, *qui prior est tempore, prior est in jure:* ou enfin en justifiant qu'il a joui, qu'il a été payé du cens & autres droits depuis trente ou quarante ans. Car en ce cas, celui des seigneurs qui a la possession, quoique fondé en terrier plus récent, ne laisse pas d'être préférable; c'est parce qu'un seigneur peut prescrire contre l'autre, & il y en a un article formel dans la coutume de Paris au titre des prescriptions. Et quand on a dit que le cens est imprescriptible, ce n'est qu'à l'égard du tenancier, & non d'un seigneur à l'autre.

Il a été autrefois jugé par arrêt en ce cas de directe contraire, que le plus ancien terrier se devoit emporter; que celui des deux seigneurs qui tiroit son droit de plus loin étoit préférable; & que le tenancier devoit être condamné à reconnoître à son profit le cens en toute directe, & avec obligation du lod. Et pour l'autre seigneur, que son cens lui demeureroit, mais comme un cens mort & surcens. 3

C'est une jurisprudence que nous ne pouvions pas bien digérer, & nous estimions que les deux directes étant incompatibles, la meilleure étouffoit l'autre; que celle qui devoit céder, devoit demeurer inutile, & qu'il n'y avoit pas apparence que n'ayant pas de fondement légitime, elle ne laissât pas de demeurer sur l'emphytéose: En un mot, qu'en ajustant l'intérêt des deux seigneurs, on la chargeât d'un double cens. 4

Il est vrai que le propriétaire d'un héritage, qui en a la seigneurie utile, le peut surcharger d'une autre redevance, & imposer un nouveau cens sur icelui; que c'est chose que le seigneur direct ne peut empêcher, & que n'ayant d'autre intérêt que d'être payé de son cens & par préférence, il lui doit être indifférent qu'il y ait un surcens ou non.

Mais il faut que ce surcens ait été sciemment & volontairement imposé, & que, comme toutes au-

BIU Cujas

tres obligations, il eſt une cauſe véritable; c'eſt-à-dire, que le tenancier en l'impoſant, ait entendu conſtituer un ſurcens, une ſurcharge, & qu'il ait eu pour cela quelque récompenſe en argent, ou autrement.

Mais cela ceſſant, ſi le tenancier, dans l'ignorance de qui ſon héritage peut dépendre, reconnoît au profit de celui qu'il croit être le ſeigneur direct, un cens en directe, & comme tel; & qu'en après celui-là ne ſe trouve pas le vrai ſeigneur, il n'y pas apparence qu'une reconnoiſſance erronnée ſoit obligatoire; que celui qui n'a cru s'obliger que pour un cens en directe, & à un ſeigneur direct, ſe trouve obligé à un autre qu'au ſeigneur direct, & pour un cens mort. *Cùm enim actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, l. non omnia, ff. ſi certum petatur*, il répugne que qui n'a entendu s'obliger que pour une cauſe, ſoit obligé pour une autre à laquelle il n'a point penſé, vû même que toutes obligations ſon rigoureuſes, *& ſtricti juris, l. quidquid aſtringendæ, ff. de verbor. obligat.*; & par conſéquent ne peuvent s'étendre d'un cas à l'autre.

C'eſt par cette raiſon que celui qui s'oblige par erreur, non-ſeulement ſe peut déſobliger; mais encore répéter, s'il a payé *condictionis indebiti*, qui a été introduite *ex æquo & bono, ut quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, revocetur, ut loquitur Ulpianus in l. 66. ff. de condictione indebiti.* Que ſi en la loi *cum is*, §. *mulier* du même titre, il eſt dit, que la mere *quæ in ea opinione erat ut crederet ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit*; le juriſconſulte en rend cette raiſon: *ſublatâ enim falsâ opinione, ſupereſt pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt.*

5 C'eſt ce qui fait voir qu'une obligation ne peut être ſans cauſe. Si la véritable manque, il faut que du moins la loi en ſubroge une autre qui ſoit favorable, comme au cas de ce § la piété étant naturelle, & tirée de la qualité des perſonnes, il y a lieu de préſumer que quand la mere n'auroit pas cru être obligée, elle n'auroit pas laiſſé de conſtituer la dot: ce qu'on ne peut appliquer au ſujet que nous traitons, parce que le tenancier qui ſçait bien que *nulle terre ſans ſeigneur*, & qui s'oblige pour cela à un cens en directe, ne peut pas être préſumé vouloir s'obliger à un cens mort.

6 Enfin quoiqu'on diſe communément que *falſa cauſa aut demonſtratio adjecta legato, non vitiat legatum*, §. *huic proxima inſtitutionib. de legat.*: Si eſt-ce pourtant qu'il faut faire différence des cauſes ou démonſtration, ſuivant la remarque qu'en a fait le docte Cujas *ad legem cùm tale*, §. *falſam, ff. de conditionib. & demonſtrationib.*, parce qu'il y a, dit-il, des démonſtrations qui ne ſont qu'acceſſoires, qui ſont comme ſuperflues; & d'autres qui ſont néceſſaires & tellement attachées à la choſe qu'on ne les en peut ſéparer. Les premieres n'étant pas de la ſubſtance du légat, ni inhérentes en icelui, quoiqu'elles ſe trouvent fauſſes, n'y font aucun préjudice, *quia ratio legandi legato non cohæret*, comme dit Papinien en la loi préalléguée. Mais pour les démonſtrations néceſſaires & principales, qui ne ſont que *jus ipſum legati, & ſtatus potius principalis legati, quàm acceſſio*, leur ſuppoſition ou fauſſeté détruit le légat, *quia ratio legandi legato cohæret*, & en eſt un motif inſéparable.

7 Que ſi cela a lieu pour les legs, à plus forte raiſon pour les obligations auſquelles il n'y a point d'adjection ou condition qui ſoit ſuperflue, comme au ſujet propoſé: quand quelqu'un s'oblige à payer un cens direct, & avec directe, c'eſt pour une cauſe & démonſtration néceſſaire & eſſentielle, & ſans laquelle on ne s'obligeroit pas. Il faut donc conclure que comme en ce cas *ratio obligandi cohæret obligationi*, elle en eſt inſéparable, & que la cauſe ne peut être fauſſe & erronée, que l'obligation ne ſoit nulle, parce que *nihil eſt tam contrarium conſenſui, quàm error.* A quoi l'on peut ajouter ce que le même Papinien dit en la loi *cùm tale*, préalléguée, que *plerumque doli exceptio locum habet, ſi probetur aliàs legaturum non fuiſſe*; à plus forte raiſon, s'il y a lieu de préſumer que *aliàs contracturus non fuiſſet.*

Ayant donc rejetté l'expédient que nous avons vu pratiquer ſur le conflit de deux directes, l'ayant condamné comme contraire à l'équité & à la raiſon, il reſte de maintenir l'un des ſeigneurs, & d'exclure l'autre; c'eſt-à-dire, qu'on doit condamner le tenancier à reconnoître au profit de celui qui eſt le plus ancien, ou qui a joui & preſcrit par ſa jouiſſance, en un mot, qui eſt préférable, ou par l'ancienneté de ſes titres, ou par ſa poſſeſſion.

Que s'il n'y a point de préférence, que les terriers ſoient égaux; & que l'un ne ſoit pas plus en la poſſeſſion que l'autre; c'eſt en ce cas que la directe ſe peut partager. Mais comme cela ſe rencontre rarement, nous ne pouvons pas croire que ce ſoit le motif de l'arrêt que nous donnons; ce que nous n'avons pu apprendre des parties.

Peut-être que le terrier du commandeur étoit le plus ancien, & que par contraire le prieur de ſaint Rambert avoit joui. Car quoique nous venions de dire qu'un ſeigneur peut preſcrire contre l'autre, il y a lieu d'en douter à l'égard du commandeur, parce qu'il n'y a point de preſcription contre les chevaliers de malte. Il ſe peut faire auſſi que la directe vînt d'une même origine, & par conſéquent fût diviſible.

Extrait des regiſtres du parlement

Comme de la ſentence donnée par notre bailli 8
de forêts, ou ſon lieutenant à Montbriſon, le vingt-ſept octobre mil ſix cent trente-ſix: entre meſſire Laurent de Simianes, prieur & ſeigneur de ſaint Rambert & ſaint Maurice en Gourgois, & françois Faure, ſon fermier, de la rente dudit ſaint Rambert, demandeurs en reconnoiſſance de directe, payement d'arrérages de cens & ſervis; & droits de lods, d'une part; & Antoine Barou, défendeur. Et encore frere Guillaume de Chezey, receveur & agent de l'ordre de Saint-Jean de Jéruſalem au grand prieuré d'Auvergne, maître Claude Chazard, auſſi agent en icelui, ayant repris le procès au lieu de frere Bertrand Dalbon, vivant chevalier dudit ordre, & commandeur de Saint-Jean-des-Prés dudit Montbriſon & Château-le-Bois, & Antoine Michel, Fermier de la rente dudit Château-le-Bois, intervenant & prétendant directe contraire, d'autre; par laquelle, entre autres choſes, ſans avoir égard à ladite intervention & directe contraire alleguée par leſdits de Chezey & Chazard, de laquelle ils auroient été déboutés, avec dépends, ledit Barou auroit été condamné à reconnoître de nouveau au profit dudit de Simianes, leſdits derniers fonds contenus en ſa demande, payer en argent ou quittances les arrérages des cens & ſervis dûs ſur iceux, & de treize années échues à la Touſſaints mil ſix cent trente-un, & ceux depuis échus, au prix que les denrées auroient valu par chacune deſdites années, & continuer à l'avenir, enſemble les lods demandés pour raiſon de l'acquiſition faite par ledit Barou, dudit fond, à raiſon du ſixiéme denier, pour la li-

BIU Cujas

quidation deſquels ledit Barou rapporteroit ſon contrat : eut été, dela part deſdits de Chezey & Michel, appellé à notre cour de parlement, en laquelle partie ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre icelles ſi bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, leſdits intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens deſdits appellans : icelui procès vû, griefs, réponſes, forcluſions de produire de nouvel par leſdits appellans ; tout diligemment examiné :

Notredite cour, par ſon Jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende. Emendant, ayant égard à ladite intervention, a condamné & condamne ledit Barou reconnoître de nouveau au profit deſdits de Simianes & de Chezey, audit nom chacun pour moitié, leſdits fonds derniers déclarés en la demande dudit de Simianes, deſquels eſt queſtion, leur payer en argent ou quittances, chacun pour moitié, treize années d'arrérages de cens & ſervis dus ſur leſdits héritages échus au jour de Touſſaint mil ſix cent trente-un, & ceux depuis échûs, ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite ſur les extraits de la vente des denrées, faite au marché de Montbriſon le premier jour d'après la Touſſaint, par chacune deſdites années, & continuer à l'avenir audit jour ; & leur payer les lods auſſi par moitié à cauſe de l'acquiſition faite par ledit Barou deſdits fonds, à raiſon du ſixiéme denier. Et à cette fin ledit Barou rapporteroit le contrat de ladite acquiſition, le tout ſans dépens. Prononcé le vingt février mil ſix cens trente-huit. *Signé* Radigues.

Au reſte, ſi nous avons dit au commencement,
9 qu'il a été autrefois jugé par arrêt, que ſur le concours de deux directes, le terrier plus ancien emportoit la ſeigneurie directe ; & que le cens de l'autre demeuroit pour un cens mort ; il nous ſera pas aiſé d'en cotter arrêt : il eſt inſéré au recueil d'arrêts de M. Papon, de la derniere édition, au titre des droits ſeigneuriaux du livre 13, en l'article 9, & il a été donné entre les prêtres & déſerviteurs de Saint-Bonnet-le-Châtel & le ſieur de Saint-Pol, ſieur de la Guillauche, le vingt-trois Juin 1584. Qui s'en voudra mieux inſtruire, peut recourir au recueil dudit ſieur Papon. Tout ce qu'on pourroit dire pour le ſoutien de l'arrêt, c'eſt qu'on peut préſumer que la ſeconde reconnoiſſance du nouveau cens n'a pas été faite ſans cauſe ; & qu'un ſi grand intervalle de tems, & la ſuite des payemens le doivent faire croire.

Mais à cela nous répondons, que ſi le cens n'avoit pas été reconnu en directe & comme cens direct, on pourroit préſumer qu'il y a eu quelque autre cauſe. Mais ſe trouvant reconnu dans un terrier avec directe, au profit d'un ſeigneur direct, il ne peut avoir autre cauſe ; l'acte même s'y oppoſe, & ne ſouffre point de préſomption contraire. La cauſe étant donc vicieuſe, fauſſe & erronée, il ſuffit qu'on en reclame dès-lors que le vice paroît, & il ne peut être couvert par le laps du tems.

Carondas, au livre 7 de ſes réponſes, chapitre 118, parle de deux ſeigneurs concurrens pour la directe d'un fond, & conclud que s'ils ont réciproquement joui, ils doivent être maintenus au cens porté par leurs titres & terriers. Mais que pour la ſeigneurie directe, elle doit demeurer à celui qui a un terrier plus ancien. Ce qu'il confirme par arrêt qu'il cotte du vingt-trois Juillet 1584, qui ſans doute n'eſt autre que celui que Papon a rapporté, n'y ayant de la différence qu'au mois.

Quo jure cela ſe peut faire, & par quel fondement on peut faire ſubſiſter une ſurcharge ſans cauſe ? nous le laiſſons juger au lecteur. Car ſi l'on peut répéter *conditione indibiti*, ce qu'on a induement payé, on s'en peut bien libérer pour l'avenir.

Fait à ce ſujet ce qui eſt décidé au chapitre *pervenit ad nos, extra de cenſibus*, que le cens ne peut être dû ſans cauſe, & qu'il faut qu'elle ſoit connue : autrement, *quod cenſus ignorantiæ nec divinis nec humanis legibus invenitur* : enfin qu'il faut, *ut omnis cenſus, ad quid & quando perſolvi debeat, ſciatur* ; ce qui eſt déciſif pour notre queſtion. Il eſt notoire que le cens ayant été établi pour & à cauſe de la directe ſeigneurie, cette cauſe ceſſant, c'eſt un vrai cens *ignorantiæ, cujus cauſa ignoratur*, & qui par conſéquent n'eſt pas dû, ainſi qu'a bien remarqué le judicieux Coquille ſur l'article 5, du titre des ſervitudes & tailles, de la coutume de Nivernois.

Et on peut confirmer cela par ce que Tertullien a dit au livre qu'il a fait, *de jejuniis, cap.* 3. que *tunc agnoſcetur obſervationis neceſſitas, cùm eluxerit rationis autoritas à primordio recenſendæ*. Et puiſque nous diſons que *à primordio tituli formatur omnis eventus*, il s'en ſuit que pour examiner ſi un uſage doit être ſuivi, ſi un droit eſt obligatoire, il en faut rechercher la raiſon dans ſon commencement.

OBSERVATIONS.

Si une même cenſive peut appartenir à deux différens ſeigneurs.

L'AUTEUR rapporte ici un arrêt du parlement qui a jugé, que la cenſive ſeroit partagée entre deux ſeigneurs, pour en jouir chacun par moitié. Il n'approuve pas cette déciſion ; il l'appelle *judicium ruſticorum*. Il dit qu'un cenſitaire ne peut pas reconnoître deux ſeigneurs pour un même héritage : *nemo poteſt duobus dominis ſervire*. Le ſentiment de notre auteur eſt autoriſé par un arrêt du parlement de Toulouſe, rapporté par M. de la Rocheflavin, dans ſon traité des droits ſeigneuriaux, chap. 1, art. 10, qui a jugé que le fief doit être adjugé à celui qui a les plus anciennes reconnoiſſances.

10 L'auteur combat à la fin un arrêt rapporté par M. Papon, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 13, titre 2, art. 9, par lequel on a adjugé le cens à deux ſeigneurs, & le droit de lod à celui qui avoit les plus anciennes reconnoiſſances ; c'eſt-à-dire, à l'un le cens ſeigneurial & à l'autre un cens mort ou ſurcens, lequel eſt ſujet à la preſcription

BIU Cujas

comme les rentes foncieres, & les autres redevances annuelles, ainsi que l'établit le Brun, dans son procès civil, liv. 3, titre *de l'action emphyteot.*

* Le même arrêt est cité par Carondas & Labe, sur l'article 73 de la coutume de Paris, par Tournet, sur l'article 81 de la même coutume, & par Brodeau, sur l'article 74, qui en cite un autre du 18 Juin 1612.

Graverol, dans ses observations sur la Rocheflavain, dans l'endroit ci-dessus cotté, improuve aussi ce jugement. Il dit que *duo in solidum ejusdem feudi esse domini non possunt.*

11 M. Charles du Moulin, dans son commentaire sur la coutume de Paris, § 73, gl. 1, nomb. 21, décide expressément, que le même héritage ne peut pas devoir le cens à deux différens seigneurs. Il dit qu'il n'en est pas des héritages censuels comme des féodaux; parce que les vassaux peuvent subinféoder, mais les censitaires ne peuvent pas charger leurs héritages d'un autre cens, *quamvis possint esse plures subordinati domini censuales ejusdem prædii feudalis, tamen non possunt esse plures domini censuales ejusdem prædii.* Il cite plusieurs docteurs qui sont de cette opinion & plusieurs coutumes qui le disent expressément; il répete la même chose sur l'article 78, nombre 190: il en fait une maxime certaine en France.

Les deux arrêts que j'ai rapportés sur la question 17 du liv. 3, tom. 1, n'ont rien décidé de contraire: car dans l'espece de ces arrêts, il ne s'agissoit pas de deux cens différens, mais d'un même cens divisé entre deux seigneurs. Je crois être obligé de faire cette remarque, parce que souvent, sur-tout dans les provinces, on prend les arrêts à contre-sens; c'est pourquoi je n'ai rapporté que des arrêts intervenus en des causes où j'ai plaidé, ou en des procès où j'ai écrit, & desquels par conséquent je pouvois bien sçavoir l'espece.

12 En finissant, je crois devoir dire que ces sortes de jugemens que l'on appelle *judicium rusticorum*, ne font pas honneur aux juges, & ne conviennent pas à la majesté du sénat. M. Cujas, dans son commentaire sur les questions du jurisconsulte Paul, *ad legem Nesennius* 34, *de negot. gest.* cite Philostrate, liv. 2, qui rapporte un jugement du roi des Indes, sur la question de sçavoir, si un trésor trouvé dans un champ doit être partagé entre l'acheteur & le vendeur de l'héritage. Ce prince l'adjugea entierement à l'acheteur comme le véritable maître du fond; & il rend raison de son jugement en des termes Grecs, que M. Cujas traduit ainsi: *insipiens sim, si jusserim thesaurum eos inter se dividere; hoc enim vel anus judicabit.* C'est pourquoi il appelle un semblable jugement, *anile judicium.*

DU PRÉAMBULE DES TERRIERS.

QUESTION CINQUANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Raisons & autorités pour établir que les préfaces des actes sont obligatoires.*
2. *Les préambules des terriers ne peuvent passer pour des préfaces.*
3. *Une préface, pour être obligatoire, doit être faite d'un même contexte avec l'acte.*
4. *Pour faire qu'un préambule pût passer pour une préface, il faudroit qu'il fût répeté en chaque reconnoissance.*
5. *Une préface n'est pas obligatoire.*
6. *Conditions requises pour rendre le préambule des terriers obligatoire.*

QUESTION LVII.

De la vertu des préfaces. Explication plus exacte du préambule des terriers, & s'il peut obliger les tenanciers.

EN notre recueil précédent nous avons parlé du préambule qu'on insere au commencement des terriers, & nous croyons avoir prouvé par un raisonnement assez fort, que comme c'est une piéce détachée, elle ne peut aussi faire foi, ni être obligatoire, qu'au cas que les reconnoissances soient conformes.

Quelques seigneurs directs ne peuvent pas bien digérer cela, & on nous a objecté pour eux, que ce 1
préambule est une préface qui influe sa vertu & sa force au reste. On peut alléguer à ce sujet la loi 134, au § dernier, *ff. de verbo. obligat.*, où le jurisconsulte répond, *quotiens specialiter pactis stipulatio una subjicitur, quamvis una interrogatio & unum responsum subjiciatur, tamen perinde haberi ac si singulæ species in stipulationem deductæ fuissent.* Et même plus clairement le jurisconsulte dit au § premier de cette

BIU Cujas

loi, que *plerumque ea quæ præfatione conveniſſe concipiuntur, etiam in ſtipulationibus repetita creduntur.*

Nous ne voulons pas révoquer en doute la force des préfaces, l'influence qu'elles peuvent donner à ce qui ſuit, & quels argumens on en peut tirer. La loi que nous venons de citer, eſt formelle pour cela; & encore la loi 4, *ff. de pactis*, la loi 20 *ff. de ædilitio edicto*, la loi premiere, *ff. ad Macedonianum*, & enfin la loi derniere *ff. de hæredib inſtituend.* où le teſtateur avoit inſtitué ſes héritiers, avec cette préface, *quia hæredes quos volui habere, mihi contingere non potuit*; & c'eſt d'elle que le juriſconſulte tire en partie ſa déciſion: ce qui fait voir que la préface ſert pour les actes & contrats, pour les teſtamens, & pour les loix & conſtitutions.

Auſſi Molina, docteur eſpagnol, au traité qu'il a fait *de primogenitura Hiſpanor.* traita au livre 1, chap. 5. des majorats, comment ils ſe doivent regler; & le teſtateur ou inſtituteur ne l'ayant pas exprimé, de quel aîné il eſt cenſé avoir parlé. Il dit d'abord qu'on peut inférer cela de ce qu'il aura déclaré au proeme de ſa diſpoſition: enſuite de quoi il aſſure que ce qui ſe collige des préfaces, *dicitur expreſſè actum, etſi id deficiat in diſpoſitione, d. l. ultima de hæred. inſtituend:* que, *quando proemium eſt generale, quamvis poſteà ſubjiciantur verba ſpecialia, tamen virtute proemii generalis, reſultat etiam generalis diſpoſitio, l. regula circa finem & ibi. initium conſtitutionis generale eſt, ff. de juris & facti ignorantia.* Enſuite de quoi il conclut que *præfatio legis dat intellectum toti legi; quæ præfationes præſtant lumen diſpoſitioni;* bref qu'elles en découvrent le motif & le mouvement.

2 Tout cela eſt vrai; mais la conſéquence n'eſt pas bonne, que tout ce qu'on dit des préfaces ſe puiſſe appliquer aux préambules. A proprement parler, le préambule n'eſt pas une préface; c'eſt bien un préambule, puiſqu'on le fait marcher devant; mais ce n'eſt pas une préface, puiſque le notaire qui le fait ſeul ne parle à perſonne.

Quand on parle d'une préface, cela ſe doit en- 3
tendre que ce ſoit l'avant-propos de quelque acte, & dans un même contexte. Mais ſi c'eſt une piéce détachée, & qui ait été faite avant ou après, elle ne peut pas avoir la force d'une préface: il faut que ce ſoit *actus continuus*, tout ainſi que *in ſtipulationibus, l.* 1 § *qui præſens & l. continuus, ff. de verbo obligat.* Enfin pour faire que le préambule paſſât pour préface, il faudroit qu'il fût inſéré ou répété en chaque reconnoiſſance; que les droits fuſſent déclarés aux emphitéotes, & qu'ils ſçuſſent à quoi ils s'obligent.

Et même il ne ſuffiroit pas d'en avoir fait une 4
mention vague, la répétition ſommaire y ſeroit néceſſaire, ſuivant la précaution que le juriſconſulte conſeille en la loi *Titia* préalleguée. Car après avoir dit que ce qui eſt contenu en la préface, eſt cenſé répété en la ſuite, il ajoûte: *ſic tamen, ut non repetitione inutilis efficiatur ſtipulatio.*

Outre que ce que nous avons dit de la préface 5
reçoit quelques limitations: la premiere, quand elle n'eſt pas faite d'un même contexte, & qu'il y a quelque intervalle par argument de loi. 4. *Cod de uſuris.* La ſeconde, lorſque la préface & l'expoſitive n'eſt pas commune aux parties. Et la troiſiéme, lorſqu'il s'agit d'établir un droit rigoureux, un droit extraordinaire, parce qu'en ce cas l'obligation doit être expreſſe & certaine, & l'on ne peut pas la tirer par conjectures.

Concluons donc qu'à moins que le préambule 6
ſoit fait & arrêté en préſence des intéreſſés, & de leur conſentement, qu'à moins que le contenu en icelui ait été déclaré aux tenanciers, & qu'il leur ait été lû & relû, & donné à entendre, il ne peut être obligatoire; & qu'encore ſi les droits ſont extraordinaires & inuſités, ils doivent être exprimés.

OBSERVATIONS.

DAns cette queſtion l'auteur parle du préambule des Terriers; il fait voir qu'il n'eſt point obligatoire, quand il n'eſt pas conforme aux reconnoiſſances des emphytéotes. Il dit qu'il en a déja parlé dans ſon premier recueil; c'eſt dans le livre 3, queſt. 19, où j'ai fait quelques obſervations que le lecteur prendra la peine de voir.

BIU Cujas

DES MI-LODS,

Si l'héritier bénéficiaire est tenu de payer un mi-lod de suo.

QUESTION CINQUANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si l'héritier par bénéfice d'inventaire doit payer le mi-lod* de suo, *quand les biens du défunt avoient été saisis réellement de son vivant.*
2. *Raisons en faveur de l'héritier.*
3. *Raisons en faveur du seigneur.*
4. *Avis de l'auteur, que le mi-lod est dû; mais que le seigneur, pour en avoir payement, doit se pourvoir sur les biens du défunt.*
5. *D'une donation avec une retention d'usufruit, le mi-lod est dû à l'instant de la donation.*
6. *L'héritier bénéficiaire est obligé de payer le mi-lod* de suo, *sauf à lui à l'employer dans son compte.*
7. *Les droits sont dûs d'une donation avec réserve d'usufruit, dès le moment de la donation.*
8. *Coutumes qui décident le contraire.*
9. *Coutume qui décide que les droits sont dûs* in instanti.
10. *Censure contre la contrariété des coutumes.*
11. *Contrariétés de du Moulin sur cette question.*
12. *Sentiment de Pontanus, que les droits sont dûs* in instanti.
13. *La jurisprudence des arrêts est conforme à ce dernier sentiment.*
14. *C'est au donataire à payer les droits.*
15. *Dissertation pour montrer que l'héritier par bénéfice d'inventaire, est véritable héritier.*
16. *Arrêt du 27 avril 1705, qui a jugé dans la coutume de Paris, que dans la subdivision des biens féodaux d'un oncle le frere exclut sa sœur.*
17. *Ce même arrêt à jugé que l'héritier d'un hériter bénéficiaire, n'est pas recevable à renoncer à une succession acceptée par bénéfice d'inventaire par cet héritier bénéficiaire.*

QUESTION LVIII.

Si l'héritier bénéficiaire, qui se voit plutôt dépouillé qu'il n'est saisi, & qui n'a rien manié, peut être tenu à payer un mi-lod du sien propre.

1 Maître François Ferriol ayant institué son héritier le sieur du Rosier conseiller en ce siége, son frere utérin, il n'a accepté son hoirie que par bénéfice d'inventaire, & peut-être l'auroit répudiée, s'il n'eût été chargé de la rendre à son fils aîné lorsqu'il seroit majeur.

Sera remarqué que ledit sieur du Rosier a eu d'autant plus de sujet de recourir au bénéfice d'inventaire, que du vivant du défunt, après divers exécutions de meubles, ses héritages avoient été saisis & mis en criées. Desorte que le défunt ayant été dépossedé avant sa mort; c'est avec raison que nous avons dit que l'héritier s'étoit vû plûtôt dépouillé, qu'il n'avoit été saisi.

Aussi-tôt après l'inventaire, il a été assigné à la requête du seigneur marquis de saint Chamond, pour lui payer le mi-lod de cette succession, & quelque chose qu'il ait sçû dire, y ayant été condamné par sentence du Juge de la Valla, du 29 mai 1656, il en a appellé, & l'appel est encore pendant à la cour.

Pour l'appellant, on peut dire qu'on ne l'a pu condamner purement & simplement; & que s'il y a eu lieu d'adjuger le mi-lod, l'héritier n'y a pû être condamné qu'en la qualité d'héritier bénéficiaire, sur les effets de l'hoirie, & de façon qu'il puisse en amender: Qu'autrement, & par cette condamnation pure & simple, on veut l'obliger à payer du sien propre, & rendre son bénéfice inutile.

Que ce bénéfice est un droit public, introduit par la loi pour empêcher la confusion des biens, & mettre à couvert l'héritier qui s'en sert, ensorte qu'il ne souffre aucun préjudice de l'acceptation par lui faite sous la précaution que la loi lui donne. Qu'en effet l'empereur Justinien en la loi derniere, *cod. de jure deliberandi*, ayant établi ce bénéfice, veut qu'à la faveur d'icelui, l'héritier qui fait inventaire selon la forme prescrite, *hæreditatem sine periculo habeat, & in tantum hæreditariis creditoribus teneatur, in quantum res substantiæ ad eum devolutæ valeant; & nihil ex sua substantia penitus hæres amittat.*

Que l'appellant a d'autant plus de sujet de se plaindre de cette condamnation, qu'il n'a rien tou-

BIU Cujas

ché ni manié de l'hoirie, & que les biens ayant été ſaiſis & mis en criées du vivant du défunt, il n'avoit pas pû transférer à ſon héritier une poſſeſſion que lui-même n'avoit pas; & par ce moyen qu'il eſt vrai de dire qu'en la perſonne de l'héritier, il n'y a point eu de véritable & réelle mutation. Et qu'en tout cas, l'effet en eſt ſuſpendu, parce que les biens étant à la veille d'être décretés, il dépend de là de ſçavoir, s'il reſtera quelque choſe à l'héritier, ou s'il n'y aura rien pour lui.

Que juſques à ce, l'héritier n'eſt pas obligé de payer un droit incertain, d'en faire l'avance du ſien: de crainte que par l'évenement la ſucceſſion ſe trouvant imaginaire, ce qu'il auroit payé ne lui fût en perte.

Qu'on veut bien demeurer d'accord que ſi l'héritier avoit été ſaiſi des biens, s'il avoit joui des fruits & touché quelques effets de l'hoirie, il pourroit être obligé à payer le mi-lod, ſauf à l'employer en ſon compte; mais que n'ayant rien manié, ne s'étant prévalu d'aucune choſe, il répugne qu'il ſoit héritier par bénéfice d'inventaire, & qu'il ſoit tenu de payer du ſien; que n'y ayant aucune confuſion des biens, on puiſſe agir ſur ſes biens propres.

3 Au contraire & de la part du ſeigneur, on peut dire que, puiſqu'il y a mutation, le mi-lod eſt dû, & qu'on ne peut pas révoquer en doute qu'il n'y ait mutation, puiſque par la coutume générale de France, *le mort ſaiſit le vif*, & que tout ce qu'avoit le défunt a paſſé au ſucceſſeur, & lui eſt cenſé acquis dès l'inſtant que l'autre eſt mort.

Qu'à cela ne fait préjudice la ſaiſie réelle des biens du défunt faite de ſon vivant: car nonobſtant icelle, il ne laiſſoit pas d'en être le maître & propriétaire, & même le poſſeſſeur, puiſque c'eſt pour lui que le commiſſaire étoit cenſé poſſéder.

Qu'en effet ce commiſſaire étant plûtôt détenteur & gardien, que vrai poſſeſſeur, la poſſeſſion étoit référée au débiteur, & lui ſervoit pour preſcrire les hypothéques.

Qu'il étoit donc vrai de dire que les héritages avoient changé de main, & du défunt avoient paſſé à ſon héritier; & qu'icelui, nonobſtant, qu'ils fuſſent ſaiſis, en avoit été ſaiſi par la mort dudit défunt.

Qu'il n'importoit pas que l'appellant ne fût qu'héritier par bénéfice d'inventaire: car ſemblable héritier, ne laiſſe pas d'être vrai héritier, les biens & les droits paſſent auſſi-bien en ſa perſonne, que s'il étoit héritier pur & ſimple; & il n'y a point d'autre différence, ſi ce n'eſt qu'il n'eſt pas tenu *ultrà vires hereditatis*. Il eſt tenu, auſſi-bien que l'héritier pur & ſimple, au rapport de ce qui lui a été donné, & il ne peut retirer par retrait lignager l'héritage décreté ſur lui.

Enfin le ſeigneur peut dire, que le mi-lod eſt plûtôt un droit perſonnel que réel, & que c'eſt à cauſe de la mutation ſurvenue en la perſonne de l'héritier, qu'il eſt dû. Par conſéquent qu'il ne s'en peut diſpenſer, & ſe doit imputer la faute de n'avoir répudié, s'il croit l'hoirie inſolvable. Qu'en effet, les héritages ne ſe peuvent décreter que ſur lui, & ſi les créanciers ſe veulent payer en fond, c'eſt de lui & par ſes mains qu'ils les doivent prendre: ce qui ſuppoſe qu'il en eſt le propriétaire; ce qui ne peut être ſans une véritable & réelle mutation.

Adhuc ſub judice lis eſt

Nous ne doutons pas que le lod ne ſoit dû & ac- 4
quis au ſeigneur par la mutation. Car il eſt certain que l'héritier, quoique par bénéfice d'inventaire, *eſt revera hæres*, qu'il a ſuccedé, & que les biens lui ſon échus. Mais nous eſtimons que la condamnation ne peut être dirigée contre lui qu'en qualité d'héritier bénéficiaire, & plûtôt ſur les biens de l'hoirie, que ſur ſes biens propres, notamment en cette rencontre, & dans les circonſtances du fait.

Car cet héritier n'ayant rien manié, ne jouiſſant de rien, l'action eſt plûtôt réelle que perſonnelle.

On peut argumenter de ce qui eſt remarqué par Brodeau ſur M. Louet, en la lettre D. nombre 67, qu'encore que l'hypothéquaire & la perſonnelle concourant, il ne faille point de diſcuſſion; cela n'a pas lieu contre un héritier par bénéfice d'inventaire: & qu'encore qu'il ſoit détenteur, néanmoins il ne peut être condamnable ni comptable que juſqu'à la concurrence & valeur de l'héritage qu'il tient. C'eſt parce qu'il n'eſt pas obligé perſonnellement & en ſon nom, & qu'il n'y a point confuſions de biens.

Il a bien été jugé que le donateur s'étant réſervé 5
les fruits & la jouiſſance d'iceux ſa vie durant, le donataire ne laiſſoit pas d'être tenu à payer le lod, & qu'il étoit dû dès l'inſtant de la donation, nonobſtant la rétention de l'uſufruit, qui ſelon quelques coutumes, vaut tradition. Mais il y a cette différence, que par la donation, la propriété eſt acquiſe au donataire, & qu'il y a mutation & tranſlation d'icelle en ſa perſonne, ainſi que l'a remarqué Brodeau ſur M. Louet, en la lettre V. nombre 9, où il en cotte un arrêt formel.

Mais au fait que nous avons propoſé, il n'y a rien de certain ni d'aſſuré pour l'héritier, & il ne peut pas dire qu'il ait rien d'acquit; tout dépend de l'événement & de la diſcuſſion des biens. Il y a donc apparence, en confirmant la condamnation contre l'héritier bénéficiaire & en cette qualité, d'en ſuſpendre l'exécution, ſauf au ſeigneur à s'oppoſer ſur le prix des biens.

OBSERVATIONS.

Si l'héritier bénéficier eſt tenu de payer un droit de mi-lod de ſon chef & de ſon propre bien.

L'Auteur propoſe ici trois queſtions.

La premiere, ſi l'héritier bénéficiaire en collatérale, qui n'eſt point entré en poſſeſſion des biens du défunt, parce qu'ils étoient ſaiſis réellement au jour du décès du teſtateur, doit un mi-lod pour raiſon de l'inſtitution faite à ſon profit. L'auteur décide, que le mi-lod eſt dû au moyen de l'acceptation de la ſucceſſion par bénéfice d'inventaire; mais il ſoutient que l'héritier bénéficiaire n'eſt pas obligé de le payer de ſes deniers, & que le ſeigneur doit ſe pourvoir ſur les biens de la ſucceſſion, en s'oppoſant au decret, pour être mis en ordre pour le droit de mi-lod à lui dû.

6 La premiere propoſition eſt juridique; mais la ſeconde ne l'eſt pas: l'héritier, en acceptant

BIU Cujas

ceptant la succession par bénéfice d'inventaire, s'est obligé personnellement envers le seigneur. Ainsi il est obligé de payer le droit de mi-lod de ses propres deniers, sauf à lui à employer cette somme dans le compte de la succession bénéficiaire, ou à s'opposer au décret pour en être payé par privilége & préférence.

* Cette proposition n'est pas certaine. Il semble que l'héritier bénéficiaire ne seroit pas bien fondé à employer les droits par lui payés dans le compte de la succession bénéficiaire, parce que c'est une dette personnelle qu'il a contractée de son chef en acceptant la succession par bénéfice d'inventaire. En effet, Brodeau, dans son commentaire sur la coutume de Paris, article 33, nombre 5, après avoir dit que le relief est dû au seigneur, nonobstant la renonciation de l'héritier bénéficiaire, ajoute que c'est aux créanciers à le payer, sauf leur recours contre cet héritier. Ferriere, sur ce même article, nombre 2 est de même avis. Dans le nombre 4, il réfute l'opinion de notre auteur, il dit que l'héritier bénéficiaire doit s'imputer d'avoir accepté une succession qui ne pouvoit lui apporter aucune utilité; il cite l'exemple des dépens des procès auxquels un semblable héritier succombe. Il dit qu'il les doit supporter en son nom, devant s'imputer d'avoir entrepris des procès mal-à-propos. Cet exemple n'est pas convainquant; car aujourd'hui l'héritier bénéficiaire ne doit les dépens en son nom, que quand cela est ainsi ordonné par le jugement qui intervient; & pour cet effet, il faut que la partie donne une requête avant le jugement, pour demander que l'héritier soit condamné aux dépens en son nom; les Juges l'ordonnent quelquefois d'office, quand la chicanne est outrée, *si sit evidens calumnia*; ainsi qu'à l'égard du tuteur qui fait des procès mal-à-propos, *leg. 6, cod. de administ. tut. vel curat.*

Savoir si l'héritier bénéficiaire qui prend les biens de la succession en payement, soit volontairement ou en justice, doit un mi-lod; j'ai traité la question dans le premier tome, livre troisiéme, question quatriéme, sur la fin.

Si le donataire entre-vifs est obligé de payer les droits seigneuriaux, aussi-tôt après la donation, quoiqu'elle contienne réserve d'usufruit au profit du donateur.

La seconde question proposée par l'auteur, consiste à sçavoir, si un donataire entre- 7
vifs doit payer le droit de mi-lod, aussi-tôt après la donation, quoique le donataire se soit réservé l'usufruit des biens donnés pendant sa vie, il estime que le mi-lod est dû dès le moment de la donation, parce que la retention de l'usufruit n'empêche pas la translation de la propriété en la personne du donataire. Il dit encore la même chose dans la suite du livre 5, question 125, sur la fin.

Cette question se présente souvent, ainsi je crois devoir la traiter un peu plus à fond. 8
Nous avons quelques coutumes qui la décident, mais différemment. La coutume d'Orléans, article 285, dit, que *le donataire, quand il y a rétention d'usufruit, n'est tenu entrer en foi, ni payer les cens, encore que par la donation il soit fait seigneur & possesseur; mais l'usufruit fini, les profits féodaux & censuels sont acquis au seigneur.* Cette coutume décide la question pour tous les droits seigneuriaux, & par conséquent pour les lods.

M. de la Lande, dans son commentaire sur la coutume d'Orléans, traite fort bien la question de part & d'autre.

La coutume de Montargis, chapitre 11, article 6, décide la même chose que celle d'Orléans, & elle ajoute, que le semblable a lieu en ventes, échanges & autres conventions faites avec réserve d'usufruit. La coutume de Chaumont, art. 30, 33, contient la même disposition.

Mais la coutume du grand Perche, art. 69, dit que *rachat est dû pour donations, encore que le donataire ait retenu l'usufruit des choses par lui données, dès l'instant de la donation ac-* 9
ceptée sans attendre la consolidation.

Il ne faut pas s'étonner de la contrariété qui se rencontre dans les coutumes, par rap- 10
port aux dispositions qui sont fondées sur la différence des mœurs des peuples; mais que sur des questions qui conviennent généralement à toutes les provinces régies par le droit coutumier, l'on trouve des dispositions toutes contraires, l'on ne peut attribuer cela qu'au peu de soin que l'on a apporté dans la rédaction des coutumes, ou bien il faut dire après Chopin, *de commun. Gallic. consuet. præcept. num.* 4, que les officiers des lieux que l'on avoit commis pour dresser les cahiers, afin qu'ils fussent tout prêts lorsque messieurs les commissaires arriveroient, y ont insérés plusieurs articles conformes à leurs intérêts & à ceux de leurs amis. *Mandabatur hæc cura digerendæ cujusque consuetudinis magistratibus ejusdem territorii, quorum peculiariter interesse poterat, nonnullos articulos patriæ leg.s constitui in rem suam: quos videlicet privatis reique suæ familiaris commodis metirentur.*

M. Charles du Moulin a traité cette question en différens endroits, où il soutient le pour 11

& le contre, ainſi que cela lui arrive ſouvent, ſur l'ancienne coutume de Paris, § 22, nombre 152, 153 & 154, après avoir examiné la queſtion de part & d'autre, il ſe détermine à dire que la réſerve de l'uſufruit, dans tous les contrats tranſlatifs de propriété, n'empêche pas que les droits ſeigneuriaux ne puiſſent être exigés auſſi-tôt après que l'acte a été paſſé : *ex quibus infertur quod ſive donando, ſive vendendo, aut aliàs quovis modo transferatur dominium retento uſufructu, locus eſt aperturæ & relevio, nec retentio uſufructûs impedit, quin ſtatim feudum prehendi & jura feudalia exigi poſſint.*

Mais dans ſa note ſur l'article 69 de la coutume du Perche, il dit que cela eſt bien dur, parce qu'il peut arriver que le donataire meure & que le fief paſſe à ſes héritiers, en ſorte qu'il peut être dû trois reliefs pour un : *hoc eſt durum per ea quæ dixi in conſuetudine Pariſienſi, tum quia donatarius poteſt præmori, & feudum ad hæredes qui aliàs vocantur, devenire : & ſic tria revelia deberentur pro uno.* Suivant ce langage, il ſemble que cet auteur ait décidé ſur la coutume de Paris, que les droits ne ſont pas dûs en ſemblable cas. Cependant il a dit tout le contraire ſur la coutume de Montargis ; il dit que les droits ne ſont pas dûs, *ergo*, ne peut être ſaiſi par faute d'hommes, *ſi donator interim eſt in fide, quod eſt æquum.* Dans le ſtyle du parlement, part. 7, nombre 127, il cite un arrêt rendu au profit de meſſire Charles de Rohan, contre monſieur le procureur général, par lequel il fut dit que le procureur général avoit mal & induement fait ſaiſir pour une ſemblable cauſe, & fut décidé, que l'uſufruitier ne doit relief ni autres droits, profits ni émolumens de fief. Ainſi, ſuivant le ſentiment de cet auteur, il ſemble que les droits ne ſont dûs qu'après l'uſufruit fini.

M. René Chopin, à l'exemple de M. Charles du Moulin, a varié ſur cette queſtion dans ſon commentaire ſur la coutume d'Anjou, part. 1, chapitre 2, titre 1, nombre 2, il tient l'affirmative ; & dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, livre 1, titre 2, nombre 34, il ſoûtient la négative.

12 Pontanus, ſur la coutume de Blois, article 87, § 12, traite fort bien cette queſtion ; & après avoir réfuté l'opinion & les raiſons de ceux qui tiennent, que les droits ne ſont dûs qu'après l'extinction de l'uſufruit, il décide que les droits ſont dûs dès le moment de la donation parfaite, parce que, nonobſtant la rétention de l'uſufruit, la propriété eſt transférée en la perſonne du donataire : *nam donando, retento uſufructu, proprietatem, ſimul & civilem poſſeſſionem à ſe abdicando, alium nempè donatarium ſuo miniſterio feciſſe proprietarium & poſſeſſorem intelligitur. Unde indubitatum eſt contigiſſe hominis mutationem, quæ ut primùm facta eſt, acquiſitum conſtat domino feudali jus rachatûs.*

13 Le ſentiment de cet auteur, comme le plus juridique, a été ſuivi par la juriſprudence des arrêts rapportés par Brodeau ſur M. Louet, lettre V, chapitre 9, nombre 3, par M. Auzannet, ſur la coutume de Paris, article 275, vers la fin, & dans ſon recueil d'arrêts, livre 2, chapitre 19, & par le compilateur de la coutume de Paris, ſur l'article 33, nomb. 29, & ſur l'article 275, articles 34, 35 & 36. Lapeyrere, lettre V, nomb. 24, dit que le droit eſt acquis au Seigneur dès l'inſtant du contrat.

14 La queſtion eſt de ſçavoir qui eſt-ce qui doit payer les droits, ou le donateur, ou le donataire. Du Moulin, ſur la coutume de Paris, § 22, nomb. 155 & 156, ſoutient que cette charge doit être portée par le donateur, parce qu'il jouit des fruits : cependant l'uſage eſt que le donataire doit payer les droits, parce que ſon titre eſt tranſlatif de propriété, & que les droits ſeigneuriaux ſont dûs à cauſe de la mutation du propriétaire.

Si l'héritier bénéficiaire eſt véritablement héritier.

15 Notre auteur dans cette queſtion, établit que l'héritier par bénéfice d'inventaire eſt véritablement héritier incommutable, & qu'il ne differe en rien de l'héritier ſimple, ſinon qu'il n'eſt pas tenu *ultra vires*. J'ai touché cette queſtion dans le troiſiéme tome, liv. 6, queſt. 11 : depuis j'ai eu occaſion de la traiter à fond dans le procès d'entre M. de Marillac, conſeiller d'état ordinaire, contre madame d'Ecquevilly ſa ſœur, au ſujet de la ſucceſſion de monſieur d'Ocquerre. Ainſi le lecteur trouvera bon que je rapporte ici la ſubſtance du mémoire que je fis pour monſieur de Marillac.

M. de Marillac établira, que ſuivant les principes du droit, l'autorité des docteurs & la juriſprudence des arrêts, le bénéfice d'inventaire n'a été établi, que pour éviter que l'héritier ne ſoit engagé envers les créanciers de la ſucceſſion au-delà des biens qui la compoſent, & afin qu'en cas de diſcuſſion générale des biens de la même ſucceſſion, l'héritier bénéficiaire puiſſe exercer ſes droits, comme les autres créanciers de la ſucceſſion.

1°. L'empereur Juſtinien, dans le § 4 de la loi *Scimus, cod. de jure deliberandi*, a marqué le premier effet de ce bénéfice au profit des héritiers : *utantur beneficio ut in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res ſubſtantiæ ad eos devolutæ valeant :* Et dans le § 9 de la même loi, cet empereur a marqué le ſecond effet du bénéfice d'in-

BIU Cujas

ventaire ; c'eſt que s'il s'agit entre l'héritier bénéficiaire & les créanciers, de rendre compte de la ſucceſſion bénéficiaire, & de diſcuter les biens & les effets qui en dépendent, l'héritier prend par préférence aux autres créanciers, les frais funéraires, ceux de l'inventaire & les autres dépenſes néceſſaires faites pour la ſucceſſion, & il exerce les droits & actions qu'il peut avoir d'ailleurs, comme les autres créanciers avec leſquels il eſt en concurrence : *in computatione autem patrimonii, damus ei licentiam excipere & retinere quidquid in funus expendit, vel in teſtamenti inſinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias neceſſarias cauſas hæreditatis probaverit ſe perſolviſſe : ſi verò & ipſe aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundantur, ſed ſimilem cum aliis creditoribus, per omnia habeat fortunam, temporum prærogativa inter eos ſervanda.*

2°. Hors de l'un & de l'autre de ces deux effets, l'héritier bénéficiaire ne differe en rien de l'héritier pur & ſimple.

Antonius Faber, premier préſident du ſénat de Chambery, a très-ſolidement réfuté dans ſon ſçavant traité, *de erroribus Pragmaticorum, tom.* 1, *decad.* 2, *error* 3, l'opinion de ceux qui ont crû, que l'héritier par bénéfice d'inventaire n'eſt pas véritablement héritier ; & il prouve dans ſon code, que hors *les deux effets*, que l'empereur Juſtinien a marqué dans ſa conſtitution, dont les termes viennent d'être rapportés, l'héritier bénéficiaire ne différe en rien de l'héritier pur & ſimple, & qu'il confond véritablement ce qui lui étoit dû par la ſucceſſion, *à concurrence de ce qu'il amende & profite dans les biens qui en dépendent :* on ne ſauroit rien dire de plus précis & de plus formel que ce qui a été expliqué à ce ſujet par cet illuſtre magiſtrat : *Hæres cum beneficio legis & inventarii, preinde hæres verè eſt, ac ſi inventarium non feciſſet, niſi quod non tenetur ſupra vires hæreditatis, nec jurium ſuorum jacturam aut confuſionem pati cogitur, ſupra quod ex hæreditate conferre poſſit ; nam quin jura ipſius confundantur ad concurrentem uſque hæreditatis quantitatem, dubitari non oportet : atque ita eſſe accipiendum quod ſcriptum eſt in dicto § in computatione.*

Monſieur Tiraqueau, conſeiller en la cour, dans ſon traité, *le mort ſaiſit le vif*, part. 2, decad. 12, s'eſt exprimé en ces termes, *Hæres qui fecit inventarium, tam propriè hæres eſt, quàm qui non fecit ; & talem illum lex appellat ubique.*

Nos autres auteurs françois ont raiſonné ſur le même principe.

M. Loiſeau, dans ſon traité du déguerpiſſement, liv. 4, chap. 1, nomb. 10 & 11.

M. Baquet, dans ſon traité des droits de juſtice, chap. 11, nomb. 32 & 34.

M. Julien Brodeau, ſur l'article 115 de la coutume de Paris, nomb. 2, & ſur les arrêts de M. Louet, let. H, chap. 13.

M. Auzanet, ſur les articles 151, 251 & 303 de la coutume de Paris.

Sur ce juſte fondement, il a été décidé par les arrêts, que hors les deux cas marqués par la conſtitution de l'empereur Juſtinien, l'effet de la qualité d'héritier bénéficiaire doit être le même que l'effet de la qualité d'héritier pur & ſimple, comme il va être prouvé par pluſieurs exemples.

L'héritier par bénéfice d'inventaire peut, *par ſon fait*, confiſquer, & faire tomber le fief en commiſe, comme l'héritier pur & ſimple, ainſi qu'il a été prouvé par M. Charles du Moulin, ſur l'article 30 de l'ancienne coutume de Paris, nombre 159.

Si un immeuble propre au défunt eſt vendu par decret ſur ſon héritier bénéficiaire, cet héritier ne peut pas exercer le retrait lignager, non plus que l'héritier pur & ſimple, l'un & l'autre étant préſumés *vendeurs par l'autorité de juſtice.* Les arrêts qui l'ont ainſi jugé ſont rapportés par M. Bouguier, conſeiller en la cour, lettre R, chapitre 16, & par M. Brodeau, ſur M. Louet, lettre H, chap. 13, nomb. 10, & ſur l'article 151 de la coutume de Paris.

L'immeuble qui étoit *acquêt* en la perſonne du défunt, devient *un propre naiſſant* en la perſonne de ſon héritier bénéficiaire, comme en la perſonne de l'héritier pur & ſimple, ainſi qu'il a été obſervé par M. Bouguier, au lieu qui vient d'être cité, & par M. Auzanet, ſur l'art. 151 de la coutume de Paris, liv. 2, tit. 6, n. 23, & par M. Brodeau, ſur l'art. 151 de la même coutume, n. 3.

Dans les coutumes où les héritiers du vendeur ne ſont pas reçus au retrait lignager, l'héritier bénéficiaire eſt exclus, auſſi-bien que l'héritier pur & ſimple, comme il a été obſervé par M. Chopin ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, chap. 1, tit. 5, n. 9.

* Quoique l'héritier bénéficiaire ſe faſſe adjuger les biens de la ſucceſſion en payement de ſes créances, ils ne ſont point acquêts en ſa perſonne, ils conſervent toujours leur nature de propres, & ſe partagent comme tels entre les héritiers ; ainſi jugé par un arrêt du 4 ſeptembre 1708, rendu en la troiſiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. Mainguy, rapporte dans le recueil d'arrêts de M. Augeard, article 95.

BIU Cujas

Réponſe aux arrêts cités de la part de Madame d'Ecquevilly.

Pour concilier les différens arrêts qui ont été rendus ſur cette matiere, il faut diſtinguer *trois différens tems*, dans leſquels il y a eu *trois juriſprudences différentes*, ſur l'effet de la qualité de l'héritier bénéficiaire.

L'ancienne juriſprudence aſſujettiſſoit l'héritier par bénéfice d'inventaire, *en ligne directe*, à rapporter au profit des créanciers les donations, avec reſtitution des fruits depuis le décès du donateur; c'eſt la déciſion de l'arrêt du 17 juillet 1599, rendu après avoir demandé l'avis aux chambres, & qui fut prononcé en robes rouges, par Monſieur le premier préſident de Harlay, rapporté par M. Louet, lettre H, chap. 13.

A cette ancienne juriſprudence ſuccéda celle qui avoit établi pour maxime, que l'héritier ſous bénéfice d'inventaire, n'étoit qu'un ſimple *économe*, ou adminiſtrateur, qui pouvoit quitter cette qualité, quand bon lui ſembloit, en rendant compte de ce qu'il avoit reçu; & ſur ce fondement on jugeoit, que l'héritier bénéficiaire *en directe*, pouvoit reprendre, au préjudice de ſes cohéritiers, les donations & le douaire, quoique ces droits euſſent été confondus dans ſa qualité d'héritier, par rapport à ſes cohéritiers.

La derniere juriſprudence a pris un juſte milieu, en diſtinguant, *conformément aux véritables principes*, le droit de l'héritier bénéficiaire, par rapport aux créanciers, dans les deux cas marqués ci-deſſus, d'avec les droits du même héritier, hors les deux cas pour leſquels ſeulement le bénéfice d'inventaire a été établi.

Ainſi on a jugé par les derniers arrêts, que l'héritier ſous bénéfice d'inventaire *en ligne directe*, ne peut plus quitter cette qualité, par rapport à ſes cohéritiers, pour ſe diſpenſer de rapporter ce qui lui a été donné *en avancement d'hoirie*, ni ſe tenir à ſon douaire: quoique à l'égard des créanciers, il puiſſe toujours ſe tenir à ſon don, & au douaire qui lui appartient, nonobſtant la qualité d'héritier bénéficiaire; parce que le bénéfice d'inventaire empêche la confuſion *à l'égard des créanciers*, comme il empêche que l'héritier ne ſoit tenu au-delà de ce qu'il *amende*, & profite dans les biens dépendans de la ſucceſſion bénéficiaire.

Tout le monde ſait au palais les arrêts ſolemnels des 2 avril 1682, & 23 février 1702; le premier appellé l'arrêt de *Pajot*, rendu en la quatriéme chambre des enquêtes, rapporté dans le tome 4 du journal des audiences, liv. 5, chap. 13, & dans le journal du palais, tome 8, page 142, avec les moyens des parties: & le ſecond rendu au profit de *la marquiſe du Freſnoy*, en l'audience de la grand'chambre, ſur les concluſions de M. Joly de Fleury, avocat-général, ou la diſtinction pour l'effet du bénéfice d'inventaire entre les cohéritiers; & l'héritier bénéficiaire, & les créanciers de la ſucceſſion, a été parfaitement bien marquée.

* Cet arrêt eſt rapporté dans le recueil d'arrêts de M. Augeard, art. 31.

L'arrêt rendu au parlement de Rennes, oppoſé par Madame d'Ecquevilly, & dont M. Vigier a fait mention ſur l'art. 43 de la coutume du pays d'Aunis, ne peut avoir aucune application à l'eſpèce; parce qu'il a été rendu ſur des conteſtations qui regardoient une ſucceſſion ouverte dans l'*uſage de Xaintonge*, reſſort du parlement de Bordeaux, & l'on voit par tout ce qui a été expliqué par M. *Come Bechet*, ſur l'art. 62 de cette *uſance*, que les maximes qui ſervent de régle *en Xaintonge*, pour la qualité des dettes *actives* ou *paſſives* d'une ſucceſſion, n'ont aucun rapport à nos principes.

On diſtingue dans cette coutume les dettes perſonnelles du défunt, des dettes du chef de ceux auſquels il avoit ſuccédé.

Dans la même *uſance*, on regarde les rentes conſtituées par un défunt, comme ſimples dettes perſonnelles & mobiliaires, & l'on conſidere comme dette *immobiliaire* & *réelle*, ce qui eſt dû ou reſte du prix d'un héritage, ou des lods & ventes, & autres droits ſeigneuriaux dûs à cauſe de l'acquiſition qui a été faite.

La coutume de Bretagne, où l'arrêt cité de la part de Madame d'Ecquevilly a été rendu, diſtingue dans les ſucceſſions les dettes du côté paternel, de celles du côté maternel; mais comme toutes ces maximes n'ont rien de commun avec les principes qu'il faut ſuivre dans la coutume de Paris, il faut conclure qu'on cite mal-à-propos, pour régles dans la ſucceſſion de M. d'Ocquerre, ouverte à Paris, un arrêt rendu au parlement de Bretagne, & ſur des conteſtations qui regardoient une ſucceſſion ouverte dans le reſſort du parlement de Bordeaux.

Enfin M. de Marillac ſoutient, que la ſucceſſion de M. d'Ocquerre devant être réglée entre ſes héritiers, ſuivant la coutume de Paris, on ne peut pas prétendre faire revivre dans cette ſucceſſion, une dette mobiliaire appartenante à la même ſucceſſion, ſur celle de la demoiſelle de Blancmeſnil ſa niéce, & qui a été *confondue* en la perſonne de M. d'Ocquerre, à proportion de ce qu'il a *amandé* & profité dans la même ſucceſſion,

BIU Cujas

suivant la *contribution* qui en a été faite par la sentence arbitrale de M. Camus de Pontcarré, qui a fixé ce que M. d'Ocquerre avoit *confondu* en sa personne, en qualité d'héritier de sa niéce.

Les parties ayant été renvoyées au parquet, de leur consentement, est intervenu l'arrêt qui suit, rendu avec grande connoissance de cause par Monsieur le procureur-général, & tous Messieurs les avocats généraux.

Extrait des registres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : sçavoir faisons, qu'entre Dame Magdeleine-Thérèse-Eufrasie de Marillac, épouse de messire André Hemogene, chevalier, marquis d'Ecquevilly & de Fresne, capitaine général des toiles de chasses, tentes & pavillons du roi, autorisée par justice, à son refus, à la poursuite de ses droits, par arrêt du 26 février dernier, héritiere pour un quart de messire Augustin Potier, chevalier, seigneur d'Ocquerre, appellante d'une sentence rendue aux requêtes du palais à Paris, le 27 janvier 1605, d'une part, & messire René de Marillac, chevalier, seigneur Dattichy, & autres lieux, conseiller d'état ordinaire & d'honneur en la cour, héritier par moitié avec la dame d'Ecquevilly, sa sœur, par représentation de dame Jeanne Potier, leur mere, dudit sieur Augustin d'Ocquerre, leur oncle, au jour de son décès, seigneur de Blancmesnil, & autres lieux; dans laquelle représentation ledit sieur de Marillac est seul mâle, intimé, d'autre part : & entre ladite dame d'Ecquevilly, demanderesse en requête du 6 mars 1705, à ce qu'en prononçant sur son appel de la sentence du 27 janvier dernier, il plût à la cour mettre l'appellation & ce dont est appel au néant, émandant en conséquence de la déclaration faite par ses dires des 25 juin & 9 décembre 1704, qu'elle consent qu'il soit procédé au partage général de la succession dudit sieur d'Ocquerre, & qu'elle n'entend point entrer dans les contestations particulieres qui sont entre ledit sieur Marillac & dame Magdeleine Potier, veuve de messire Guillaume de la Moignon, vivant conseiller du roi en tous ses conseils, premier président en la cour, sur la demande dudit sieur de Marillac, portée par sa requête & exploit des 23 & 29 décembre 1704, à ce que la sentence qui interviendroit entre lui & la dame de la Moignon sur sa requête du 19 août précédent, fût déclarée commune avec ladite dame d'Ecquevilly, mettre les parties hors de cour; ordonne qu'en procédant à la subdivision qui sera faite entre ledit sieur de Marillac & ladite dame d'Ecquevilly, au lot qui leur échéra par ledit partage général, il sera fait état des sommes, dont le sieur d'Ocquerre étoit créancier de défunte demoiselle Marie Renée Potier de Blancmesnil, sa mere, à cause de la gestion faite par le feu président de Blancmesnil, son pere, des biens dudit sieur d'Ocquerre, tant en principal qu'intérêts, & de tous les deniers qui ont été pris dans le coffre de la curatelle dudit sieur d'Ocquerre, tant pour payer les dettes personnelles de lad. damoiselle de Blancmesnil, & celles de la succession dudit sieur président de Blancmesnil, que pour payer les réparations qui auront été faites depuis le décès de ladite damoiselle de Blancmesnil, en la terre de Blancmesnil, fermes & moulins en dépendans, toutes lesquelles sommes entreront audit partage & subdivision, comme effet existant & à recouvrer sur les biens de la succesion de ladite damoiselle de blancmesnil, sans qu'il en ait été fait aucune confusion en la personne du feu sieur d'Ocquerre, tant à cause de sa démence, qui égaloit sa condition à celle d'un mineur, qu'à cause du bénéfice d'inventaire, qui n'avoit été obtenu que pour empêcher la confusion; ce faisant, que délivrance sera faite à ladite dame d'Ecquevilly de son quart au total desdites créances, pour les exercer sur tous les biens de la succession de ladite damoiselle de Blancmesnil, si mieux ledit sieur de Marillac n'aime consentir que tous les biens procédans de la succession de la damoiselle de Blancmesnil, qui sont échus au lot commun dudit sieur de Marillac & de ladite damoiselle d'Ecquevilly, fruits & revenus, échus depuis le décès dudit sieur d'Ocquerre, soient partagés dans ladite substitution par égale portion entr'eux, sans distinction de fiefs & de rotures, comme leur tenant lieu de payement, pour chacun leur part & portion desdites créances, tant en principal qu'intérêts, & attendu la qualité des parties & de leurs contestations, les renvoyer pardevant messieurs les gens du roi, pour en passer par leurs avis sur lesdites contestations, circonstances & dépendances, d'une autre part, & ledit sieur de Marillac défendeur, d'autre. Et entre ladite dame d'Ecquevilly, demanderesse en une autre requête dudit jour 6 mars 1705, à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'en accumulant droit sur droit, moyens sur moyens, elle concluoit à ce qu'il plût à la cour la recevoir appellante de la sentence du châtelet de Paris, en forme d'avis de parens, du 12 août 1700, portant pouvoir audit sieur de Marillac, en qualité de curateur dudit sieur d'Ocquerre, d'accepter la succession de la damoiselle de Blancmesnil, & de l'acte en forme de compromis du 26 du mois d'août, portant nomination de M. de Pontcarré, pour faire la

BIU Cujas

liquidation des droits de ladite ſucceſſion, & de la contribution aux dettes d'icelle, la ſentence rendue en conſéquence par ledit ſieur de Pontcarré le 18 octobre 1701, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi; le tout en ce que leſdites ſentence & acte en forme de compromis, pourroient préjudicier à la dame appellante, & que le ſieur intimé pourroit s'en prévaloir contre elle, mettre leſdites appellations, & ce dont a été appellé, au néant, émandant, ſans avoir égard à tous leſdits actes, comme faits par une perſonne en démence, il fût donné acte à ladite dame appellante de ce qu'elle renonçoit purement & ſimplement du chef, & comme héritiere dudit ſieur d'Ocquerre, à la ſucceſſion bénéficiaire de ladite damoiſelle de Blancmeſnil, & ſe tient aux créances qui appartiennent audit ſieur d'Ocquerre, dans ladite ſucceſſion, déclarer ladite renonciation bonne & valable, & en conſéquence adjuger à ladite dame d'Ecquevilly les concluſions par elle priſes, par ſa requête dudit jour 6 mars, pour la maniere de faire la ſubdiviſion entre les parties, le tout aux proteſtations par elle faites, de ne déroger ni préjudicier en aucune maniere à ſes moyens de droit, tirés tant de la demande dudit ſieur d'Ocquerre, que du bénéfice d'inventaire, dans leſquelles proteſtations elle perſiſtoit, ſans qu'une voie faſſe préjudice à l'autre, attendu que ladite renonciation n'eſt faite, & leſdites appellations interjettées, que par ſurabondance de droit, & en tant que beſoin ſera ſeulement, pour démouvoir de plus en plus ledit ſieur de Marillac, & lui ôter tout prétexte de ſe prévaloir de ladite acceptation par lui faite pour ledit ſieur d'Ocquerre, de ladite ſucceſſion bénéficiaire; & en cas de conteſtation, condamner ledit ſieur de Marillac aux dépens, d'un autre part; & ledit ſieur de Marillac défendeur, d'autre; & entre ledit ſieur de Marillac, demandeur en requête du 6 mars 1705, à ce qu'en prononçant ſur leſdites appellations interjettées par ladite dame d'Ecquevilly, il plût à la cour la déclarer non-recevable en ſon appel de la ſentence du châtelet du 12 août 1700, de l'acte du 26 dudit mois, & de la ſentence arbitrale du 18 octobre 1701, la déclarer pareillement non-recevable à renoncer du chef dudit défunt ſieur d'Ocquerre à la ſucceſſion de ladite damoiſelle de Blancmeſnil, qu'il a acceptée par l'avis de ſes parens, & des biens de laquelle ſucceſſion il a joui juſqu'à ſon décès, en exécution de ladite ſentence arbitrale, portant partage; ce faiſant, mettre leſdites appellations au néant, ordonner que ce dont a été appellé ſortira ſon plein & entier effet, condamner ladite dame d'Ecquevilly en l'amende; & en conſéquence, ſans avoir égard aux demandes de ladite dame d'Ecquevilly, portée par ſes deux requêtes du 6 dudit mois de mars, dont elle ſeroit déboutée; maintenir & garder ledit ſieur de Marillac, comme ſeul mâle dans la repréſentation de dame Jeanne Potier, ſa mere, en la propriété, poſſeſſion & jouiſſance de la moitié de la terre de Blancmeſnil, Groſlay, Coudray, & autres fiefs ſitués dans la coutume de Paris, dont ledit ſieur d'Ocquerre, ſon oncle, étoit propriétaire au jour de ſon décès, & pour procéder au partage des autres biens dépendans de la ſucceſſion dudit d'Ocquerre, & en exécution de la ſentence du 27 janvier dernier, renvoyer les parties en la préſente chambre des requêtes du palais, donner acte audit ſieur de Marillac de ce qu'il conſent, que pour faire droit ſur ladite requête, les parties ſoient renvoyées devant meſſieurs les gens du roi, pour leur avis être reçu par forme d'appointement, & en cas de conteſtation, condamner ladite dame d'Ecquevilly aux dépens, d'une autre part; & ladite dame d'Ecquevilly, défendereſſe, d'autre. Et entre ladite dame d'Ecquevilly, demandereſſe en lettres de reſciſion obtenues en chancellerie, le 11 mars 1705, & en requête du 12 dudit mois, à ce qu'il plût à la cour entheriner leſdites lettres de reſciſion; ce faiſant remettre les parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient auparavant l'acceptation faite par les curateurs créés à la démence dudit meſſire Auguſtin Potier d'Ocquerre, ſon oncle, de la ſucceſſion de défunte damoiſelle Marie-Renée Potier de Blancmeſnil, & de tout ce qui peut avoir été fait en conſéquence, & au ſurplus, ſans avoir égard à la demande portée par la requête dudit ſieur de Marillac, du 6 dudit mois de mars, dont il ſeroit débouté, adjuger à ladite dame d'Ecquevilly les fins & concluſions par elle priſes par ſes deux requêtes du 6 dudit mois de mars, avec dépens, d'une autre part; & ledit ſieur de Marillac, défendeur, d'autre. Et entre ladite dame d'Ecquevilly, demandereſſe en requête du 27 mars dernier, à ce qu'attendu qu'elle n'avoit propoſé par ſes requêtes du 6 dudit mois de mars, l'alternative y contenue, que par un eſprit de ménagement & de facilité, il lui fût donné acte de ce que pour ôter audit ſieur de Marillac, tout prétexte d'interpréter cette alternative à contre-ſens, elle la révoquoit comme non-acceptée, & de ce qu'elle perſiſtoit purement & ſimplement dans les concluſions par elle priſes, à ce que dans la maſſe des biens & effets de la ſucceſſion du feu ſieur d'Ocquerre, les créances qu'il avoit ſur celle de la damoiſelle de Blancmeſnil, ſoient compriſes comme exiſtantes, pour être, ladite dame d'Ecquevilly, payée du quart qui lui revient dans leſdites créances, tant en principal, qu'intérêts, ſur les biens provenus de ladite damoiſelle de Blancmeſnil, qui en ſont chargés, d'une autre part; & ledit ſieur de Marillac, défendeur, d'autre. Après que, par arrêt du 13 & 31 mars

BIU Cujas

1705, les parties ont été renvoyées, de leur consentement, au parquet des gens du roi, pour en passer par leur avis, qui seroit reçu par forme d'appointement; & qu'en exécution desdits arrêts, Tuffier pour l'appellante, & Vezin pour l'intimé, ont respectivement donné leurs requêtes, lettres de rescision, piéces & mémoires pardevers les gens du roi; & que Vezin, avocat dudit sieur de Marillac, a demandé la réception de l'appointement avisé contradictoirement au parquet des gens du roi, où les parties avoient été renvoyées de leur consentement, pour en passer par leur avis, qui seroit reçu par forme d'appointement, paraphé de Portail, pour le procureur-général du roi, signifié le 7 avril à More, procureur.

La cour ordonne que l'appointement sera reçu, & suivant icelui, sans s'arrêter aux lettres de rescision obtenues par la partie de Tuffier, ni à la requête à fin d'entérinement desdites lettres, en tant que touche l'appel par elle interjetté des sentences des 12 août 1700, & 18 octobre 1701, & de tout ce qui a suivi, a mis & met l'appellation au néant, ordonne que ce dont a été appellé sortira effet, condamne l'appellante en l'amende ordinaire de douze livres, & en conséquence ayant égard à la requête de la partie de Vezin, l'a maintenu & gardé comme seul mâle dans la représentation de Jeanne Potier sa mere, en la propriété & jouissance des biens féodaux de la succession d'Augustin Potier d'Ocquerre appartenant à ladite représentation, & ce à l'exclusion de la partie de Tuffier; en tant que touche l'appel interjetté par la partie de Tuffier, de la sentence des requêtes du palais, du 28 janvier dernier, a mis & met l'appellation au néant: ordonne que ce dont a été appellé, sortira effet, condamne l'appellante en l'amende ordinaire de douze livres, lui donne acte de la déclaration portée par sa requête du 6 mars dernier; & pour y faire droit, ensemble sur la demande portée par ladite requête, à ce que sur celle de la partie de Vezin, du 23 décembre dernier, les parties soient mises hors de cour, & sur la demande de la partie de Vezin, à ce qu'il soit procedé entr'elle & la partie de Tuffier, au partage du surplus des biens de ladite succession, les a renvoyées aux requêtes du palais: sur le surplus des demandes des parties, les a mises hors de cour, tous dépens compensés. Fait en parlement le 28 avril 1705. Par la chambre, collationné. *Signé*, du Tillet.

Il semble que cet arrêt n'ait jugé qu'une seule question; sçavoir que, quand un frere & une sœur viennent à la succession d'un oncle par représentation, dans la subdivision le frere exclut sa sœur des biens féodaux. Mais pour décider cette question, il faut qu'il ait jugé que madame d'Ecquevilly n'étoit pas recevable à renoncer du chef de monsieur d'Ocquerre son oncle, à la succession de mademoiselle de Blancmesnil sa cousine, qui avoit été acceptée par bénéfice d'inventaire par monsieur de Marillac, en qualité de curateur de monsieur d'Ocquerre.

NOUVELLE OBSERVATION.

Si l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire des biens du défunt, change la qualité des biens, s'ils deviennent acquêts en sa personne, ou s'ils conservent leur nature de propres paternels ou maternels.

DEPUIS, j'ai été consulté sur une question semblable. Le soussigné qui a vu le présent mémoire est d'avis que la décision de la question proposée dépend de l'examen de la qualité d'héritier bénéficiaire, & de l'effet du bénéfice d'inventaire.

Le bénéfice d'inventaire a été introduit par l'empereur Justinien dans la loi *scimus*, 22 *au Cod de jur. delib.*, au moyen de quoi l'héritier bénéficiaire ne fait point confusion des droits & actions qu'il peut avoir contre la succession du défunt, & il n'est pas tenu du paiement des dettes du défunt, au-delà des forces de l'hérédité.

Mais hors ces deux cas, l'empereur n'a rien changé à la qualité d'héritier, ainsi l'héritier bénéficiaire est véritablement héritier, & par conséquent il doit être consideré en toutes choses, (à la réservé de ces deux cas) comme l'héritier pur & simple. Or on ne peut pas dire qu'un héritier simple qui se rend adjudicataire des biens de la succession, change la qualité des propres de cette succession.

Pour confirmer davantage la proposition ci-dessus, que l'heritier bénéficiaire est véritablement héritier, & considéré comme l'héritier simple, il ne sera pas hors de propos d'en rapporter quelques exemples.

1°. L'héritage qui étoit acquêt en la personne du défunt, devient propre en la personne de son héritier bénéficiaire, de la même maniere qu'en la personne de l'héritier simple; ainsi qu'il a été jugé par un arrêt tenu en l'audience de la grand'Chambre de relevée, le 26 mai 1600, rapporté par Chopin sur la coutume de Paris, liv. 2. tit. 6, n. 23,

BIU Cujas

& par Brodeau ſur la même coutume, article 151, nomb. 3, & par Auzanet ſur le même article.

2°. L'héritier bénéficiaire, non plus que l'héritier ſimple ne, peut pas retirer par retrait lignager l'héritage vendu par décret ſur lui, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 4 août 1633, rapporté par Brodeau ſur le même article, & ſur M. Loüet, lettre H, chap. 13, nomb. 10: c'eſt auſſi le ſentiment de M. Bouguier, lettre V. chapitre 16 à la fin.

3°. L'héritier bénéficiaire par la félonie fait tomber le fief en commiſe, auſſi-bien que l'héritier ſimple, ſuivant la doctrine de M. Charles du Moulin, ſur l'art. 30 de l'ancienne coutume de Paris, nomb. 139.

4°. L'héritier par bénéfice d'inventaire eſt obligé de rapporter à ſes cohéritiers ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie, auſſi-bien que l'héritier ſimple; ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 2 avril 1682, rendu en la quatriéme chambre des enquêtes, rapporté dans le tome 4 du journal des audiences, liv. 5 chap. 13, & dans le journal du palais, tome 8, page 142, & par un autre Arrêt du 23 février 1702, rendu à l'audience de la grand'chambre, rapporté dans le recueil des arrêts notables, tome premier, chapitre 3.

5°. La qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire eſt incompatible avec le douaire, auſſi bien que la qualité d'héritier pur & ſimple; ainſi qu'il a été jugé par un arrêt de réglement de l'an 1710.

6°. L'héritier bénéficiaire, qui ſe rend adjudicataire des biens du défunt, n'eſt point tenu au payement des droits ſeigneuriaux & féodaux, ſuivant les arrêts rapportés dans le tome 10 du journal du palais, pag, 130 & 145, parce qu'il n'y a point de changement de propriétaire, parce que l'héritier bénéficiaire repréſente le défunt auſſi-bien que l'héritier pur & ſimple. La même juriſprudence eſt obſervée dans les parlemens de droit écrit, ſuivant les arrêts rapportés par M. Salvain dans ſon traité de l'uſage des fiefs, chap. 80, à la fin, & par M. Boniface dans la ſuite de ſon recueil d'arrêts, tom. ſecond, liv. 2, tit. 1, ch. 9.

Suivant ces principes, il eſt aiſé de conclure que les terres en queſtion n'ont point changé de nature, pour avoir été adjugées par décret au ſieur Goudon, qui en fit ſa déclaration le même jour, au profit de Pierre; ainſi c'eſt la même choſe que ſi l'adjudication en avoit été faite à Pierre lui-même.

Enfin la queſtion a été jugée *in terminis*, par un arrêt du 4 ſeptembre 1708 en la troiſiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. l'abbé Mainguy, qui eſt rapporté dans les arrêts notables, chapitre 95.

CHAPITRE DE SAINT JEAN DE LYON,

Et de ſes droits.

QUESTION CINQUANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le chapitre de ſaint Jean de Lyon tient ſes plus beaux droits des comtes de Forêts, & notamment la qualité de comtes.*
2. *Arrêt de la chambre ſouveraine du domaine, du 22 ſeptembre 1656, qui maintient le chapitre de ſaint Jean dans tous ſes droits.*
3. *Antiquités de la maiſon d'Albon.*
4. *Origine de la qualité de comte du chapitre de ſaint Jean.*

QUESTION LIX.

Quelles juſtices & quels droits appartiennent à meſſieurs les doyen, comtes & chapitre de ſaint Jean de Lyon; & s'il y en a qui dépendent du domaine de ſa majeſté.

CE jugement rendu par des juges ſouverains, ne ſert qu'à meſſieurs de ſaint-Jean de Lyon, & à marquer le relief de leur égliſe. Auſſi nous croyons qu'ils nous ſçauront gré de ce que nous tâchons de faire connoître leurs avantages, & d'en perpétuer la mémoire.

Il eſt vrai que le dénombrement de leurs juſtices, & tant de beaux droits qu'ils ont, ſert auſſi pour marquer la piété non-ſeulement de nos Rois mais encore de nos Comtes de Forêts, qui n'ont pas peu contribué à l'établiſſement & augmentation d'un chapitre ſi célèbre. C'eſt d'eux que meſſieurs

BIU Cujas

sieurs de saint-Jean tiennent originairement cette qualité de comtes qu'on leur a voulu contester : & nos rois n'ont fait que confirmer ce que premiérement nos comtes de Forêts avoient remis.

Au reste, ce qui nous a d'autant mieux porté à inférer ce jugement en notre recueil, est que son expositif est comme un narré & abrégé de tous les démêlés que messieurs de saint-Jean ont eu avec messieurs du présidial & messieurs les prévôts des marchands & échevins de Lyon, & des arrêts qui sont intervenus entr'eux.

Extrait des registres de la chambre du domaine.

Les commissaires généraux députés par le roi en la chambre souveraine du domaine, établie au palais à Paris pour l'exécution des édits des mois d'avril 1655, & décembre 1642, sçavoir faisons, que vû par ladite chambre l'instance d'entre les doyen, chanoines & chapitre de l'église, comtes de Lyon, demandeurs & requérans l'entérinement des deux requêtes par eux présentées à la chambre le vingtiéme jour de février & dix août mil six cent cinquante-six. La premiere, afin qu'ils fussent déchargés des assignations à eux données en icelle le dix février audit an, & qu'ils fussent maintenus en la possession des biens par eux possedés, contenus esdits exploits. Et la seconde, à ce qu'en exécutant l'arrêt de ladite chambre du onze mai dernier, acte leur fût donné du rapport & représentation des titres, documens & pieces justificatives de leurs droits & possessions; & en conséquence qu'ils fussent maintenus ès châteaux, terres & justices de Lentilly, Saint-Martin la Plaine, Saint-Genis les Ollieres, Saint-Genis Terre-noire Châteauneuf & Dargoire, Charnay, Doysieu. Escully, Givorg, Asc, Sainte-Foy, Vaugneray, Brindans & Meyssimi, Couson, Saint-Paul en Jarests, Rochetaillée, Saint-Cyr & Saint-Didier, Saint-Germain, Socieu, Rivedegier, Geney, Villemontois, Condrieu, Saint-Anduel le Chatel, Saint-Genis Laval, Tassins, Saint-Simphorien le Chatel, & halles & maison de la Grenette de la ville de Lyon, justice en ladite ville appellée du cloître, leyde de la foire des fêtes Saint-Jean-Baptiste, Saint-Pierre & Saint-Paul audit cloître, Péages, tant par eau que par terre, de Rochetaillée & de Lyon sur la saone, de Givorge, de Condrieu sur le Rhône, de Châteauneuf; ensemble des ports & passages de Condrieu sur le rhône, de Cozon & de Saint-Cire sur la Saone, & qu'ils fussent pareillement maintenus ès isles & bretaux dudit Cozon, & autres isles, breteaux & pêches depuis Anse sur la riviere de saone, jusques à Lyon; & depuis ladite ville sur le rhône jusques à Condrieu & Chavanay en dépendant, accrues ou accroissemens, & attérissement desdites isles, directe seigneurie & justice, tant en icelles isles que sur l'étendue & courant desdites rivieres du rhône & de la saone; & encore qu'ils fussent maintenus en la censive ou rente noble du comté en la ville de Lyon, droit de leyde sur le sel, droit de cartelage & copponage, poids & mesures, leyde de boucherie, pontonage, crues & avances des maisons faites & bâties sur & dans la riviere de saone, & sur & dans les places de ladite ville de Lyon, moulins à eau, places & attaches de moulins sur lesdites rivieres du rhône & de la saone, tout ainsi qu'ils en jouissent & en ont joui de tout tems & ancienneté, d'une part, & le procureur du roi, défendeur. Vu par ladite chambre lesdites requêtes contenant que comme l'église de Lyon premiere & plus ancienne des Gaules, a été considérée par les Rois comme la semence du christianisme, ils ont desiré que les prébendes fussent remplies par des personnes d'un mérite particulier & de naissance illustre, pour lesquelles a été dotée dès les premiers siécles, de grands & notables revenus, qui consistent en quantité de terres nobles, & entr'autres au comté de Lyon, à cause duquel ils ont justice, non-seulement dans la ville de Lyon, mais encore cens, rente, droit de leyde, cartelage, copponage, & maison appellée la Grenette, pontonage, poids & mesures, péage, tant par eau que par terre, dedans & dehors ladite ville, même, droit de régale sur lesdites rivieres du rhône & de saone, à cause duquel droit les avances des maisons mouvantes de leur censive, qui sont bâties sur ladite riviere de saone, dans ladite ville, les accrues, isles & breteaux qui se forment sur lesd. rivieres du rhône & de saone, dans toute l'étendue de leurs terres, leur appartiennent, & en ont toujours joui, & du droit de pêche, de concession d'icelle, ports & moulins depuis ladite dotation, sans que jamais ils aient été troublés : & leur seigneurie est tellement étendue dans tout le Lyonnois, que toutes les terres nobles de la province sont du domaine de ladite église, ou en relevent en plein fief ou arriere-fief. De sorte qu'auparavant l'année 1563, que le roi se fit adjuger, faute de payement des subventions de l'archevêque, la justice que ledit archevêque avoit dans la ville de Lyon, hors pour les cas du ressort; & encore à présent tout le revenu du domaine de sa majesté, tant dans la ville de Lyon, que dans le Lyonnois, ne consiste qu'aux amendes de la sénéchaussée & siége présidial de Lyon, & en deux sommes de quatre livres, chacune payée par les chanoines de saint-Just & les religieux d'Esnay, pour la garde due au Roi. L'éclat & la splendeur de cette église a dans les siécles passés donné de l'envie au présidial & au corps de la ville de Lyon, lesquels ayant disputé aux supplians la préséance en toutes assemblées, même en la conduite de l'orateur, lors de la publication des nouveaux échevins de la ville de Lyon; & sur ce sujet s'étant mu procès au conseil privé du Roi, dans lequel la qualité de comtes de Lyon ayant été disputée auxdits demandeurs par lesdits officiers, prévôt des marchands & échevins, & à cet effet baillé requête audit conseil pour la leur faire rayer; par arrêt contradictoire donné avec grande connoissance de cause, le 25 septembre 1643, lesdits supplians auroient été maintenus en la possession de la préséance en toutes assemblées publiques & particulieres, sur lesdits officiers du présidial & prévôt des Marchands & échevins de Lyon; & sur la requête à fin de radiation de la qualité de comtes, les parties hors de cour & de procès : lesquels officiers ayant prétendu que cette qualité de comtes n'ayant pas pû être terminée sans le procureur général du Roi, en la personne duquel les intérêts de sa majesté résident, ils l'auroient excité pour faire rayer ladite qualité, & faire dire que le comté de Lyon appartenoit au roi, & fait disputer auxdits demandeurs la justice qu'ils ont dans ladite ville de Lyon, voulant dire que comme il n'y a point de comté sans justice, lesdits demandeurs n'y ayant point de justice, ne pouvoient être comtes. Et sur cette demande & contestation seroit intervenu arrêt le 31 juillet 1649, qui les a maintenus & gardés en ladite qualité de comtes de Lyon, contre lequel arrêt y ayant eu requête civile obtenue, & la cause plaidée, seroit intervenu arrêt le 5 avril 1650, qui auroit sur icelle mis les parties hors de cour & de

BIU Cujas

procès; & sur une demande qui leur fut faite, à ce que la qualité de comte fût déclarée ne leur appartenir que pour le titre d'honneur seulement, & qu'ils prendroient seulement la qualité de comtes en l'église saint-Jean de Lyon; & les demandeurs ayant fait voir que tout le temporel de l'église étoit érigé en comté sur le titre de comté de Lyon, & que chaque chanoine participant au revenu, participoit au titre, ils auroient, par arrêt du 8 février 1653, été maintenus en ladite qualité de comtes de Lyon, tant en général qu'en particulier, & maintenus en la justice qu'ils ont en la ville de Lyon, & sur le trouble à eux fait sous le nom du procureur général de la cour des aides, pour le droit de leyde & de péage du sel qui passe & se décharge dans la ville de Lyon, ils ont obtenu arrêt contradictoire le 25 Octobre 1655, par lequel ils ont encore été maintenus & gardés en leurdit droit de leyde, lesdites deux requêtes communiquée au procureur du roi en ladites chambre, & au trésorier général des domaines, de l'ordonnance d'icelle: Copie en latin d'une lettre patente de l'empereur Fréderic en faveur de l'archevêque & de l'église de Lyon, du 18 novembre 1147, collationnée à l'original, signée enfin Champrion & du Bois: Autre copie en latin d'un acte en forme de déclaration, des droits des Comtes de Forêts & de l'Archevêque de Lyon, en date du 15 octobre 1167, collationnée à l'original le 10 Juin 1656, signée enfin Champrion & du Bois: Autre copie d'une déclaration du roi Philippes, touchant l'échange d'entre le comte de Forêts & l'archevêque, & l'église dudit Lyon, de l'an 1173, collationnée le 3 juillet 1656, signée desdits Champrion & du Bois: Lettres patentes dudit empereur Frédéric en faveur desdits Archevêque & église de Lyon, du 28 octobre 1184, collationnées à l'original par lesdits Champrion & du Bois: Lettres patentes du roi Philippes le Bel, qui contiennent la transaction d'entre lui & lesdits archevêque & chapitre de Lyon, concernant la justice & le temporel de ladite Ville, du mois de septembre 1307: Autres lettres patentes dudit roi en forme de déclaration, de la temporalité de ladite église de Lyon, & des droits qui en dépendent: Trois arrêts du parlement, des six septembre 1449, 20 décembre 1475, & 3 juin 1485: Procès verbal d'exécution du 3 août, & autres jours ensuivans: Jugement des élûs sur le fait des aides ordonnées pour la guerre, du vingt-deux Novembre mil quatre cent quatre-vingt-treize: Lettres patentes du roi François premier, du 16 juillet 1545: procès verbal d'exécution en vertu desdites lettres, du dix-sept décembre ensuivant: lettres patentes du Roi Henri second, sur le fait de la prévôté des marchands & échevinage dudit Lyon, où il est porté exprès que les prévôt & échevins n'entreprendront aucun droit de police & justice sur les manans & Habitans de la ville & fauxbourgs de Lyon, ni autres, au préjudice des droits & autorité des archevêques, doyen, comtes, chanoines & chapitre dudit Lyon en date du mois de juin 1547: sentence d'enregistrement au greffe de la sénéchaussée, du 30 Octobre ensuivant: lettres patentes du roi Henry II, du 26 Novembre 1558, pour avoir par lesdits du chapitre, communication des comptes de l'échevinage de Lyon: Arrêt de vérification en la chambre des comptes, du 15 décembre audit an: procès verbal du vol des papiers desdits du chapitre dans leurs archives, pendant les troubles, du 7 juillet 1563: lettres patentes du roi Charles IX, sur la récompense de quelques aliénations de biens appartenans à ladite église de Lyon, du mois de mars 1567: arrêt de la chambre des comptes, d'enregistrement desdites lettres, desdits jour & an: autres Lettres patentes du roi Henri III, par lesquelles le roi constitue à l'archevêque de Lyon huit cens livres de rente, outre les douze cens baillées pour la justice de Lyon, du mois de février 1577: arrêt de la chambre des comptes, de vérification desdites lettres, du 29 août 1579: lettres patentes concernant la terre d'Esculli, du 22 juin 1582: arrêt du conseil, par lequel il est porté les récompenses dues à l'archevêque & au chapitre de Lyon pour leurs indemnités, à cause des maisons prises sur eux, lorsque la place du change fut élargie, du 17 avril 1684: arrêt du grand conseil pour les péages dus audit chapitre, du 30 desdits mois & an: sentence du sénéchal de Lyon donnée contre les échevins, en conséquence dudit arrêt du 27 décembre audit an, 1584: jugement du présidial de Lyon, qui adjuge audit chapitre une deshérence, du consentement du procureur du roi, du 13 avril 1593: lettres patentes du roi Henri IV, qui portent que les prévôt des marchands & échevins n'entreprendront aucune justice ni police sur les habitans de la ville Lyon, du mois de décembre 1595: sentence d'enregistrement desdites lettres au greffe de la sénéchaussée de Lyon, du 15 desdits mois & an: arrêt du parlement portant renvoi à Lyon d'un condamné à mort, dans lequel y a eu cent livres d'amende adjugées au Roi, & il cent livres au chapitre, du 15 Novembre 1599: sentence du présidial de Lyon, concernant la justice & la chasse de Givorg, du 7 mars 1611: autre sentence sur le même fait, du 3 septembre ensuivant: autre sentence, portant renvoi a saint-Germain, appartenant audit chapitre, d'un accusé, du 16 juillet 1617. Arrêt du parlement, par lequel un criminel est renvoyé pour une exécution aux juges de Rivedegier, membre du comté de Lyon, du 9 juin 1618: autre arrêt dudit parlement sur l'appel d'une sentence du juge de Châteauneuf, membre dudit comté du 5 septembre 1630: arrêt du grand conseil, concernant les péages appartenans audit chapitre, du 28 septembre 1640: arrêt du conseil, par lequel les supplians sont maintenus & gardés en leurs préséances en toutes assemblées de corps à corps, de députés à députés, & de particulier à particulier; & sur la demande en radiation de la qualité de comtes, les parties mises hors de cours, du 25 septembre 1643: sentence du présidial de Lyon, qui renvoye les parties à saint Didier, membre dudit chapitre, pour contester sur leur différend, du 17 Août 1645: sentence des requêtes du palais, concernant les isles èsquelles les demandeurs sont maintenus, du 27 octobre ensuivant: arrêt du parlement, entre le procureur général du roi & les officiers de sa majesté en la sénénéchaussée & siége présidial de Lyon, d'une part, lesdits prévôt des marchands & échevins intervenans, & ledit chapitre, d'autre; par lequel, sur les demandes à fin de radiation de la qualité de comtes, les parties sont mises hors de cour & de procès, du 30 juillet 1649: autre arrêt dudit parlement, par lequel sur les lettres en forme de requête civile obtenues contre ledit arrêt, les parties sont mises hors de cour & de procès, du cinq avril mil six cent cinquante: autre arrêt dudit parlement, par lequel ledit chapitre est maintenu & gardé diffinitivement, tant avec ledit procureur général & lesdits officiers du

BIU Cujas

préſidial, en la poſſeſſion & jouiſſance de l'exercice de la juſtice, haute, moyenne & baſſe dans leur cloître, & ſuivant les limites plantées en 1614 & hors de la ville, du huit février 1653 : autre arrêt dudit parlement, par lequel le chapitre eſt maintenu & gardé, avec ledit procureur général & leſdits officiers du préſidial, à ſe dire & qualifier, tant en général qu'en particulier, chanoines de l'égliſe, comtes de Lyon, du huit février 1653 : arrêt de la cour des aydes de Paris, par lequel ledit chapitre eſt maintenu au droit de quatre-vingt-ſeize minots de ſel en eſſence par chacun an : exploits d'aſſignations données en la chambre auſdits chanoines & chapitre, du 10 février 1656 : arrêt du parlement, par lequel led. chapitre eſt maintenu au droit de cartelage, autrement de coponage, par indivis avec le ſieur archevêque de Lyon, du 20 mai audit an 1656 : procès-verbal de compulſoire fait avec l'avocat du roi au ſiége préſidial de Lyon, de la plûpart des piéces ci-deſſus énoncées, du 30 dudit mois de mai : extraits de pluſieurs comptes du domaine du roi à Lyon, èſquels mention eſt faire de quelques prétentions dudit chapitre touchant les francs-fiefs des années 1579, 1580, & 1581 : extraits de la chambre des comptes, de l'ordonnance de ladite chambre, du trois avril mil ſix cent cinquante-ſix : pluſieurs actes de ſermens prêtés par les chanoines comtes dudit Lyon, lors de leurs inſtallations dans le chapitre, en la préſence du lieutenant général & du procureur du roi en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, ſuivant l'échange de 1173, & la tranſaction de 1307 : pluſieurs papiers terriers de diverſes années, par les officiers du chapitre, dans leſquels ſont les reconnoiſſances des mouvances & dépendances de leurs terres : pluſieurs baux à ferme des terres appartenantes audit chapitre : Pluſieurs autres baux de leurs péages tant par eau que par terre, des émolumens de leurs juſtices, des droits de lods & ventes, & autres droits ſeigneuriaux de pareille nature, droit de cartelage & coponage, droit de pontonage, de poids & meſures dans la ville, de leur maiſon dite la Grenette, de la leyde de boucherie, & encore de quantité d'iſles, iſleaux & attériſſemens. Pluſieurs autres baux, conceſſions, aſſenſemens & arrentemens de places, tant ſur eau que ſur terre, pour y bâtir & édifier maiſon, moulins, boutiques & étaux, au profit deſdits ſieurs du chapitre de Lyon : pluſieurs reconnoiſſances de trois ports & paſſages faits dans les terres dudit chapitre : autres reconnoiſſances, conceſſions, baux à ferme de la pêche deſdites rivieres. Pluſieurs ſentences, tant au civil qu'au criminel, rendues par les juges dudit chapitre au-dedans du territoire dudit comté de Lyon : procès-verbaux d'aſſiſes tenues, & police faite au-dedans des juſtices deſdits du chapitre : Autres procés verbaux des corps morts & noyés levés dans le dedans de leurdite juſtice : arrêt de la chambre, qui ordonne que les piéces ſeront remiſes pardevant le ſieur Saintot, l'un deſdits commiſſaires : requête à fin qu'il plût à ladite chambre commettre au lieu du ſieur Saintot abſent, ſur laquelle le ſieur de Refuge, auſſi l'un des commiſſaires, auroit été ſubrogé : concluſions du procureur du roi : réponſes du tréſorier général deſdits domaines ; & tout conſidéré :

La Chambre faiſant droit ſur la demande deſdits doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe comtes de Lyon, les a maintenus en la propriété & poſſeſſion de toutes les maiſons de leur cloître & de la juſtice haute, moyenne & baſſe, en toute l'étendue d'icelui ; de la Leyde de la foire les jours & fêtes de S. Jean-Baptiſte, Saint-Pierre & Saint-Paul, qui ſe tient audit cloître, & de toutes leurs maiſons, châteaux, terres & ſeigneuries, juſtices hautes, moyennes & baſſes, appartenances & dépendances de Lentilly & Tour de Salvaigny, Saint-Martin-la-plaine, Saint Genis-les-olieres, Saint-Genis-terre-noire, Châteauneuf & Dargoire, d'Oyſieu, Charney, Eſculli, Givorg, Anſe, Sainte-Foy, Vaugnerey, Brindas & Meiſſimi ; Cozon, Saint Paul en Jareſts, Rochetaillé, Saint-Cyre & Saint-Didier, Saint-Germain, Socieu, Rivedegier, Geney, Villemontois, Condrieu, Saint-Anduel, Saint-Genis-laval, Taſſins, Saint-Symphorien-le-chatel, droits de cenſive èſdits lieux, conformément à leurs terriers, des maiſons dont ils ont toujours joui, crues & avances d'icelles, moulins, boutiques, étaux, iſles, iſleaux, accrues & attériſſemens dont ils ſe ſont réſervés le droit de propriété, tant au-dedans de la ville de Lyon que hors d'icelle, des cens, rentes, redevances & autres droits ſeigneuriaux ſur pluſieurs maiſons, crues & avances d'icelles, moulins, boutiques, étaux, iſles, iſleaux, accrues & attériſſemens, dont le fonds a été par eux aliéné dans l'étendue dudit comté de Lyon, & deſdites juſtices dans leſdites rivieres, iſles, accrues, & attériſſemens, droit de pêche ſur leſdites rivieres, & droits de bacqs & paſſages ſur icelles ès lieux de Cozon, Saint-Cyre & Condrieu, droits de péages audit Lyon, Rochetaillé, Givorg, Condrieu & Châteauneuf, le droit de leyde ſur le ſel, juſques à la quantité de quatre-vingt-ſeize minots par an, de la jouiſſance par indivis & en commun avec l'archevêque de Lyon, des poids & meſures, du cartelage & coponage, leyde de boucherie, pontonage en ladite ville de Lyon, de la maiſon de la Grenette, rente dans la ville de Lyon, à cauſe du comté & droits de cenſive, ſuivant & conformément à leurs titres, & tout ainſi qu'ils en ont, & leurs auteurs, joui par le paſſé, à la réſerve de la haute-juſtice dudit Villemontois, qui appartient au roi, & ſans que ledit chapitre puiſſe, ſous prétexte du terme de régale inféré dans deux de leurs titres, prétendre aucuns droits d'aubaine, bâtardiſe, hors les trois cas, francs-fiefs, nouveaux acquêts, amortiſſemens, ni aucuns autres droits dépendans de la couronne & de la navigation. Fait à Paris en ladite chambre du domaine, le vingt-deuxiéme jour de ſeptembre 1656. *Signé*, Lautache.

OBSERVATIONS.

Des droits du chapitre de ſaint Jean de Lyon.

L'Auteur rapporte ici un arrêt qui concerne les droits de juſtice, de cenſive & autres droits ſeigneuriaux appartenans au chapitre de ſaint Jean de Lyon ; la lecture du diſpoſitif de l'arrêt eſt ſuffiſante pour en donner la connoiſſance.

Tous ces droits ſont fondés ſur des lettres patentes du roi Philippes le Bel, de l'an

BIU Cujas

1307, que j'ai rapportées dans le livre 1, queſt. 44. Dans ces lettres, le roi reconnoît d'abord que l'égliſe de Lyon eſt la premiere des Gaules, *primam ſedem inter cæteras Galliarum eccleſias obtinentem.* En ſecond lieu, il reconnoît que le comté de Lyon appartient à l'égliſe de Lyon, en vertu d'un échange fait avec le comte de Forêts, que j'ai auſſi rapporté : mais il faut encore remonter plus haut.

3 Sous Charlemagne & ſes ſucceſſeurs, l'on envoyoit dans les provinces des ducs, & dans les villes des comtes : dans la ſuite des tems, quand l'empire & le royaume de France furent déſunis, ces ducs & ces comtes s'emparerent de la ſouveraineté de leurs gouvernemens. La ſucceſſion des comtes de Lyon paſſa dans la maiſon d'Albon, qui ſubſiſte encore aujourd'hui. Cette maiſon fut diviſée en trois branches, celle des dauphins de Viennois; celle des dauphins d'Auvergne, & celle des comtes de Forêts. Ces derniers conſerverent long-tems leurs droits ſur la ville de Lyon, juſqu'à ce qu'ils
4 les céderent à l'égliſe de Lyon, par la tranſaction rapportée ci-devant. Mais il faut obſerver, que cette qualité n'étoit avantageuſe que pour le chapitre : car à l'égard de l'archevêque, il n'avoit pas beſoin de la qualité de comte, puiſqu'il étoit exarque, comme je l'ai remarqué ailleurs. Je n'en dirai pas davantage, de crainte de fatiguer le lecteur par des diſſertations hiſtoriques qui ne conviennent pas à un juriſconſulte : mais ſi quelqu'un en eſt curieux, il n'a qu'à voir Paradin, dans ſon hiſtoire de la ville de Lyon, & le pere Meneſtrier, dans ſon hiſtoire conſulaire de la ville de Lyon.

DES MI-LODS,

Dans le cas d'un legs pieux.

QUESTION SOIXANTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Guy pape tient en général, que le mi-lod n'eſt pas dû d'un legs d'héritages.*
2. *Boërius eſt d'avis contraire.*
3. *Cujas eſtime que ce droit eſt dû à toutes mutations.*
4. *Faber eſt d'avis contraire.*
5. *D'Argentré & du Moulin ſont d'avis contraire à Faber.*
6. *Après une enquête faite par Turbe, faite à Lyon, il a été jugé qu'en toutes mutations en ligne collatérale, il eſt dû mi-lod.*
7. *L'arrêt qui ſuit a plutôt jugé l'hypothèſe, que la thèſe.*
8. *Arrêt du 23 juillet 1646, qui a jugé, que d'un legs fait aux pauvres, il n'eſt point dû de mi-lod.*
9. *Date de l'enquête par Turbes.*
10. *Dans le Lyonnois & le Forêts, il eſt dû un mi-lod pour un legs d'héritages.*
11. *Dans les parlemens de Grenoble, Toulouſe & Bordeaux, il n'eſt rien dû.*
12. *Au parlement d'Aix, il eſt dû un mi-lod.*
13. *Les mi-lods ne ſont pas dûs pour les legs d'heritages faits aux pauvres.*

QUESTION LX.

Si d'un legs d'héritages, étant même fait en faveur des pauvres, un mi-lod eſt dû.

Nous n'aurions pas traité cette queſtion, ſi nous n'y avions été invités par un arrêt ſingulier, & d'autant plus remarquable, que c'eſt un arrêt de l'audience.

Le plaidoyer de M. l'avocat général y inſeré, découvre aſſez le ſujet : & c'eſt de lui qu'on peut apprendre qu'il s'agiſſoit de ſçavoir ſi le mi-lod étoit dû d'une diſpoſition teſtamentaire en faveur des pauvres.

Il ſemble néanmoins que ledit ſieur avocat général n'a pas traité la queſtion dans l'hypothèſe, mais généralement ſi ce droit ſe peut demander *in legato*.

Il eſt vrai que Guy Pape en ſa déciſion 48. a 1
agité ce point, mais ce n'eſt qu'en paſſant, il ne s'étend que ſur la donation, & ſi le lod en eſt dû. Après avoir décidé que non, dans l'uſage de ſon parlement, il conclut de même *in legato*, parce que peut-être il y peut avoir du rapport.

La raiſon qu'on en donne, c'eſt que le lod n'eſt dû qu'aux cas auſquels le conſentement du ſeigneur eſt requis. De ſorte que n'étant point requis pour un légat, il s'enſuit qu'il n'en eſt point dû de droit. Mais cette raiſon n'eſt point concluante : car ce droit a d'autres motifs, ſçavoir la mutation de l'homme, & la reconnoiſſance qui en eſt due, vû même qu'à préſent le conſentement du

BIU Cujas

seigneur n'est plus requis; & qu'il est loisible au propriétaire de disposer de l'héritage, sans consulter le seigneur direct.

2 Aussi Boërius, sur la coutume de Berry, a été de sentiment contraire; & tant s'en faut que l'opinion de Guy Pape soit la mieux reçue, qu'au contraire notre grand Cujas l'a condamnée, & a tenu que 3 hors la ligne directe, ce droit est dû à toutes mutations, & qu'il n'y peut avoir un nouveau tenancier, qu'il ne soit obligé de payer la reconnoissance. Il se fonde sur les termes de la loi derniere, *Cod. de jure emphyteutico.* En effet cette loi oblige à payer le droit *pretii vel æstimationis loci qui in alium transfertur. Pretium*, dit Cujas, *refertur ad venditiones, æstimatio loci ad alias mutationes :* ensuite de quoi il conclut que ce droit est dû non-seulement en cas de vente, mais encore en toute autre mutation, soit par donation, soit par légat ou institution d'héritier.

4 Il est vrai que le docte président de Chambery, en sa derniere Decade, *de erroribus Pragmaticor.* est de sentiment contraire. Mais il suffit de lui opposer 5 le docte Argentré, au traité qu'il a fait *de Laudimiis*, & maître Charles du Moulin, sur la coutume de Paris, qui le devoit précéder, & enfin l'usage contraire.

6 Mais il y a sujet de s'étonner que M. l'avocat général étant demeuré d'accord qu'après longue contestation, qu'après une enquête par turbes pour sçavoir si dans le Lyonnois & pays de droit écrit, les mi-lods étoient dûs, il fut enfin jugé qu'à toutes mutations en ligne collatérale, les droits de mi-lods étoient dus, il ne laisse pas de conclure qu'il n'en est rien dû *in legato.*

Oserons-nous dire qu'il semble y avoir de la contradiction, que le mi-lod soit dû en toutes mutations en ligne collatérale, & qu'il ne soit point dû d'un héritage legué? Le légat d'un héritage ne cause-t-il pas une mutation; & est-elle plus considérable en une institution d'héritier, qu'en un simple legs? quelle différence y peut-on établir? & un légataire n'est-il pas envers le seigneur aussi-bien un nouvel homme que l'héritier? Enfin, qui dit tout, n'exclut rien, & si le mi-lod est dû en toutes mutations, s'il a été jugé de la sorte par un arrêt & reglement général, celle du légat n'y est-elle pas compriſe?

Mais dans notre premier recueil n'avons-nous pas inseré des arrêts contraires, & qui ont jugé, même pour ce pays, que le mi-lod est dû des successions *ab intestat*, des institutions d'héritier, des donations & des legs.

Lorsque au commentaire de M. Loüet en la lettre A. nomb. 12. il est dit *que l'heritier de celui qui a donné ou légué un héritage à l'église, doit payer l'indemnité ou le mi-lod pour raison de cette mutation :* n'est-ce pas une conséquence que le mi-lod est dû?

7 Nous croyons donc que l'Arrêt que nous donnons a plutôt jugé l'hypothèse que la thèse, & qu'on a plutôt considéré les légataires que le légat:

Que la cour n'a pas entendu juger que d'un légat d'héritage aucun mi lod n'en soit dû, mais bien que ce légat ayant été fait en faveur des pauvres, il en devoit être exempt:

Que les seigneurs directs, étant même ecclésiastiques, pouvoient ou devoient bien contribuer de leur part à un légat si favorable; vu même que les héritages compris en ce légat ayant été à l'instant vendus, pour être les deniers distribués suivant l'intention de la testatrice, les seigneurs directs se devoient contenter du lod qui leur en revenoit.

En effet, c'est une considération sur laquelle mondit sieur l'avocat général semble avoir fait quelque fondement; nous laissons au lecteur d'en tirer la conséquence qu'il voudra.

Extrait des regiſtres du parlement.

ENTRE les recteurs & administrateurs de l'aumône générale de Lyon, Maitre Claude Pelissier 9
Bourbon, avocat en la cour, François Sybile & Marguerite Pelissier, Jean, André & Nicolas Chalans, appellans d'une sentence rendue par le sénéchal de Lyon ou son lieutenant, le 20. Août 1645 d'une part; & les chanoines & chapitre de l'eglise de Lyon, & maître François de Saconnay, chanoine & chamarier de ladite Eglise, intimés; d'autre. En encore lesdits Pelissier appellans des sentences dudit sénéchal de Lyon, ou son lieutenant, des vingt-six Août & six septembre 1644. d'une part, & M. Pierre Sarron, chanoine & sacristain de l'église collégiale de S. Paul de Lyon, & abeaucier de l'abeauce saint Vincent; & maître Charles Guerin, fermier du prieuré saint Irenée, intimés, d'autre. Et les recteurs & administrateurs de l'aumône générale de Lyon, demandeurs en sommation, suivant la requête par eux présentée en la cour le jour de dernier, d'une part; & lesdits Pelissier & Chalans, défendeurs, d'autre, sans que les qualités puissent nuire ni préjudicier aux parties. Après que Bataille pour les recteurs & administrateurs de l'aumône générale de Lyon, appellans & demandeurs en sommation; Maréchaux pour les défendeurs en sommation; Deffita pour trois particuliers; Feydeau pour les intimés, ont été ouis, tant sur les appellations que sommations, auſquelles à été conclus; Bignon pour le procureur général du Roi a dit que l'on pouvoit trouver dans le droit civil l'origine des droits de mi-lods, en la loi derniere, au code *de jure emphyteutico*, le mot de *lods* étant la même chose qu'approbation, *siquidem laudare est approbare.* La difficulté a été grande, de sçavoir si au pays de droit écrit ces droits étoient dûs. La question s'en étant présentée, il y eut un premier arrêt en 1559. qui ordonna une enquête par turbes, laquelle ayant été faite & rapportée à la cour, sur quelques reproches baillés 9
contre icelle, intervint de rechef autre arrêt interlocutoire, après lequel fut terminée la difficulté, & jugé qu'à toutes mutations en ligne collatérale, les droits de mi-lods seroient dûs. Une seconde question est née, de sçavoir si lesdits droit seroient dûs *in legato*, Guido-Pape en a traité la question, & a résolu qu'ils n'étoient point dus en ce cas. En quoi Boërius lui est contraire. Mais n'éanmoins il doit demeurer pour constant que l'opinion dudit Guido-Pape est la plus vrai-semblable. Ce qui étant présupposé, la cour se ressouviendra qu'au mois de mars 1643, il y eut procès pour la validité d'un tastament, dans lequel la testatrice avoit légué aux pauvres honteux de la ville de Lyon, tous ses biens à la discretion de ses exécuteurs, dont monsieur Cassin en étoit un. Lequel testament ayant été contesté, sur ce que c'étoit des personnes incertaines, bien qu'elles fissent partie de l'église, & qu'elles en soient comme les pierres fondamentales, la cour par une prudence particuliere ayant confirmé le testament désigné, & distribué les legs; sçavoir la moitié aux héritiers, qu'elle jugea pauvres honteux, ce qui résulte de la confirmation, parce que si la cour avoit voulu que la succession eût appartenu ausdits héritiers par droit successif, il est certain qu'elle n'auroit point pro-

BIU Cujas

noncé par confirmation. Ainſi ayant confirmé ledit teſtament, elle les a compris dans le nombre des pauvres honteux, & pour ôter toutes occaſions de malverſation, elle ordonna l'autre partie qui faiſoit le quart, à l'hôtel-dieu de Paris, & l'autre quart à l'aumône de Lyon. En cette cauſe les intimés y étoient parties, & ſoutenoient que les droits de mi-lods leur étoient dus par la mutation, qui fait aujourd'hui le ſujet de la cauſe. Car les maiſons ſiſes en la ville de Lyon, ayant eté vendues pour l'exécution du teſtament, ils prétendent qu'il leur en doit appartenir deux demi-lods; c'eſt-à-dire, qu'il y a eu une mutation par la confirmation du teſtament au profit des pauvres, & que pour raiſon de ce, ils doivent leſdits droits, & outre un autre pour la vente qui en a été faite: pourquoi terminer, il faut reprendre ce qui a été dit au commencement, que leſdits droits ne ſont point dûs *in legato*, & que la cour ayant confirmé par ſon arrêt le teſtament, il n'y a aucune apparence d'inſiſter. Quant à la procédure, l'appel n'étant que d'un appointement, il n'y a lieu de s'y arrêter. C'eſt pourquoi ils eſtiment qu'il y a lieu de mettre appellation, & ce dont a été appellé, au néant, évoquer le principal; & ſur la demande, les parties hors de cour & de procés.

LA cour à mis & met l'appellation, & ce dont a été appellé au néant, émandant, évoquant le principal, & y faiſant droit ſur la demande, enſemble ſur la ſommation, a mis & met les parties hors de cour & de procès. Et en conſéquence a fait & fait main-levée aux parties de Mareſchaux & de Bataille, des choſes ſaiſies, & ſans dépens. Fait en parlement, le 23. Juillet 1646. Collationé. Signé, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

Si les lods ſont dûs pour raiſon des legs pieux.

DANS cette queſtion, l'auteur en traite deux.

La premiere générale, ſi dans les pays de droit écrit, il eſt dû un droit de mi-lod pour les legs d'héritages.

La ſeconde particuliere, ſi un ſemblable legs étant fait au profit des pauvres, il eſt dû un mi-lod.

PREMIERE QUESTION.

L'auteur rapporte un arrêt du parlement du 23 juillet 1646, qui a jugé poſitivement la derniere queſtion. Il ſemble auſſi avoir jugé la premiere: car dans le plaidoyer de M. Bignon, avocat général, qui eſt rapporté dans l'arrêt, il établit comme un principe certain, que pour raiſon des legs d'héritages, il n'eſt dû aucun droit. Dans le même endroit ce magiſtrat fait mention d'un ancien arrêt rendu après une enquête par turbes, qui a ordonné qu'en toute mutations en ligne collatérale, les droits de mi-lod ſont dûs dans la province de Lyonnois.

Pour traiter la queſtion avec quelque ordre, il faut rappeller ce qui a été dit dans les queſtions 10 & 11, du livre 3 du tome premier: où l'auteur établit, que dans le Lyonnois & Forêts il eſt dû un mi-lod dans le cas des ſucceſſions & des donations en collatérale. A l'égard du pays de Forêts, l'auteur rapporte un jugement de M. le duc de Bourbon, du 24 novembre 1479, qui exempte les habitans de la ville de Montbriſon de tous droits en ligne directe; & dans les autres cas, il en ſera uſé comme ci-devant, ſçavoir en vendition le ſixiéme denier; & dans les autres mutation au douziéme denier. Ce jugement comprend toutes les mutations en collatérale à quelque titre que ce puiſſe être.

10 A l'égard du Lyonnois, autrefois il y a eu de grandes conteſtations pour cela: les ſeigneurs prétendoient un lod entier; les emphitéotes prétendoient ne rien devoir, cela donna lieu à une enquête par turbes, en conſéquence de laquelle il intervint un arrêt en forme de règlement, qui ordonna qu'il ſeroit payé un mi-lod à toutes mutations en ligne collatérale: ce qui comprend également les mutations qui arrivent par legs, comme par donation, ou ſucceſſion teſtamentaire, ou inteſtat. Il eſt fait mention de cet arrêt par M. Bignon en cet endroit; cependant il ſemble révoquer en doute qu'il ſoit dû mi-lod pour raiſon d'un legs d'héritage. Il en eſt fait mention auſſi par notre auteur, tome 1, livre 3, queſt. 21, ſur la fin. Chopin, *de com. Gall. conſuet. part. 2, cap. 2, pag. 45*, à la marge, fait mention d'une autre enquête par turbes, ordonnée en 1574, pour raiſon de la même queſtion.

11 Dans le reſſort du parlement de Dauphiné, il n'eſt rien dû pour raiſon des legs, ſuivant le témoignage de Guy-Pape, queſtion 48.

Idem, Au parlement de Toulouſe, Ranchin & Ferriere ſur cette queſtion de Guy-Pape, Deſpeiſſes, tom. 3, pag. 78, nomb. 40.

De même, au parlement de Bordeaux, ſuivant l'art, 104 de la coutume, Ferron, *de feud. c. 3, 15*, Automne, ſur cet article.

La coutume de ſaint Sever en a une diſpoſition expreſſe, titre 8, art. 4.

12 Au parlement d'Aix, il eſt dû un mi-lod, ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportée par M. Boniface dans la ſuite de ſon recueil des arrêts du parlement de Pro-

BIU Cujas

vence, tom. 2, liv. 2, chap. 3. M. du Perrier, dans ſes queſtions notables, liv. 4, queſt. 19, ſur la fin, eſt auſſi de ce ſentiment; mais il ſemble établir qu'il eſt dû un lod entier. M. Cujas eſt auſſi d'avis que les lods ſont dûs pour raiſon des legs. *Notandum eſt laudimia deberi, non tantùm ſi jus emphiteuticarium vendiderit, ſed etiam ſi donaverit vel legaverit:* c'eſt dans ſon commentaire ſur la loi 3, au cod. *de jure emphit.* ſur la fin.

* Dans la Breſſe, il n'eſt point dû de lods, ni mi-lods pour les ſucceſſions, legs & fideicommis, ſuivant un ancien ſtatut rapporté par M. Charles Revel, dans ſon traité de l'uſage des pays de Breſſe & Bugey, pag. 227. *Laudimium non debetur de bonis hæreditariis, legatis, & fideicommiſſis.*

SECONDE QUESTION.

S'il eſt dû un mi-lod pour un legs fait aux pauvres.

3 C'eſt à préſent un uſage conſtant dans la province; que pour raiſon d'un legs d'héritages fait à un parent collatéral ou étranger, il eſt dû un mi-lod; mais cette maxime ſouffre une exception, lorſque le legs eſt fait au profit des pauvres, comme il a été jugé en faveur de l'aumône générale de Lyon, par l'arrêt rapporté ici par l'auteur. Ce même arrêt eſt rapporté par M. Sœfve, dans ſon recueil d'arrêts, part. 1, cent. 1, ch. 94.

Il eſt bien juſte que les ſeigneurs n'exigent pas un droit qui diminueroit conſidérablement un legs de cette qualité: l'aumône étant un devoir indiſpenſable à tous les chrétiens, ſur tout aux eccléſiaſtiques, ce ſeroit une injuſtice de vouloir dîmer ſur un legs fait aux pauvres. Il y a pluſieurs coutumes dans le royaume, comme celle de Lorris, ch. 1, art. 61, & l'ancienne coutume d'Orléans, art. 61, qui diſent qu'il n'eſt point dû de rachat pour la donation faite pour Dieu, ou en aumône ſans fraude. D'autres, comme celle de Poitou, appellent cela, franche aumône.

ARRÉRAGES DE CENS,

Si, pour le payement d'iceux, les héritages des mineurs peuvent être vendus.

QUESTION SOIXANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les deux nullités les plus conſidérables d'un decret, ſont* pro non debitto, & ſuper non domino.
2. *Les criées faites de l'héritage d'une femme ſur ſon mari, ſans la nommer, ſont nulles.*
3. *Le decret d'un héritage acquis pendant la communauté, ſur le mari ſeul, eſt nul.*
4. *Le decret fait des héritages des enfans ſur leur pere, eſt nul.*
5. *L'on ne peut faire vendre par decret les biens des mineurs pour arrérages de cens, quand les fruits ſont ſuffiſans.*
6. *Arrêt du 18 décembre 1635, qui l'a ainſi jugé.*
7. *Cela devroit être général pour toute ſorte de perſonnes.*

QUESTION LXI.

Si les ſeigneurs cenſiers, ou leurs fermiers, peuvent, pour des arrérages de cens, faire décreter les héritages des mineurs ſur le pere.

1 LEs deux nullités plus conſidérables qu'on puiſſe alléguer pour faire caſſer un décret, ſont s'il a procédé *pro non debito, aut ſuper non domino.* Comme il eſt néceſſaire que ce ſoit pour une dette légitime, il faut auſſi que la ſaiſie & criées ſoient pourſuivies ſur le vrai maître & propriétaires des héritages, & non ſur le ſimple poſſeſſeur.

C'eſt par cette raiſon que la cour a jugé que 2
les criées faites ſur l'héritage de la femme ſans la nommer, & ſur le mari, ſont nulles, parce que comme dit eſt, le décret ne peut être fait que ſur le vrai maître & propriétaire; & non par conſéquent ſur le mari qui n'a que l'uſufruit, & n'eſt que ſimple poſſeſſeur. C'eſt ce qui a été remarqué par le ſieur Brodeau ſur M. Loüet en la lettre M. nomb. 25. & il cite pour cela M. le Maître en ſont traité des criées, chap. 11.

Par cette même raiſon il a été jugé par arrêt 3
rapporté par M. Bouguier en ſes arrêts, lettre D. nomb. 1. que le fonds étant commun entre le mari & la femme, il ne peut être vendu par décret ſur le mari ſeul, bien que ce ſoit pour une

BIU Cujas

dette commune, & qu'ils doivent ſolidairement : Par conſéquent que l'adjudication ne peut ſubſiſter que pour la moitié du mari, & non pour celle de la femme, encore que nous tenions que le mari eſt vrai maître de la communauté, & qu'il s'en peut jouer, & qu'on puiſſe dire que s'il peut vendre, il peut ſouffrir une vente.

4 Enfin, c'eſt enſuite de cela que par l'arrêt que nous donnons au public, la Cour a jugé que pour la dette des enfans, & pour des charges réelles, on ne peut vendre leurs héritages ſur le pere. Qu'il n'en eſt que ſimple poſſeſſeur & uſufritier, & par conſéquent qu'on a du conduire les criées non ſimplement ſur lui, mais ſur lui comme tuteur, ſur lui comme pere & légitime adminiſtrateur des enfans.

Mais ce qui eſt plus conſidérable, par le même arrêt la cour a jugé qu'il n'y avoit pas apparence que pour quelques arrérages du cens, le ſeigneur, ou ſon fermier, au lieu de s'attacher aux fruits, faſſe ſaiſir & vendre la propriété des fonds. Qu'il ſe doit contenter de ſaiſir les fruits ou le prix de la ferme, pour ne pas dépouiller des mineurs de leurs héritages.

Ce que pourtant nous ne croirions pas avoir lieu, ſi les arrérages étoit dûs de pluſieurs années, & que les fruits ou le prix d'iceux de deux ou trois années ne puſſent ſuffire, même en ce tems que les tailles en emportent la meilleure part, & préférablement au cens, ſi ce n'eſt en tout cas pour l'année courante.

Nous n'en dirons pas davantage, par ce que l'arrêt eſt aſſez clair.

Extrait des regiſtres du Parlement.

6 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre. Au premier des huiſſiers de notre cour de parlement ou autre ſur ce requis, SALUT. Comme le jour & date des préſentes, comparant judiciellement en notredite cour Antoine Jallat, tant en ſon nom, que comme pere & légitime adminiſtrateur de Sebaſtien, François & Marie Jallat ſes enfans mineurs, & de Gabrielle Brioud ſa femme appellant de la ſaiſie réelle & établiſſement de commiſſaire, criées faites ſur deux moulins fariniers, & un autre moulin à mailler chanvre, appellé la Lebre, avec un pré tenant huit œuvres, & un verger contenant une œuvre, appartenans auſdits mineurs, comme bien dotal de ladite Brioud leur mere ; & de la ſentence d'adjudication par décret donnée par le ſénéchal d'Auvergne, ou ſon lieutenant à Riom, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi ; & demandeur ſelon la clauſe de ſes lettres de relief obtenues en chancellerie, le 13. Octobre 1634 à fin d'être reſtitué du conſentement par lui prêté en l'obligation par lui paſſée le neuf Juin mil ſix cens trente, de la ſomme de cent cinquante livres au profit de Pierre Vignal & Pierre Brioud, tous deux notaires & procureurs d'office audit bailliage de Manglieu en Auvergne, & fermier de ladite ſeigneurie, pour quatre années de cens, que leſdits Vignal & Brioud prétendoient leur être dus ſur leſdits héritages : & encore appellant de la ſentence donnée par le Bailli de Manglieu, portant condamnation contre lui de payer leſdits cens, daté du 19. Juin 1630, d'une part, & leſdits Pierre Vignal & Pierre Brioud, intimés & défendeurs, d'autre. Et entre Antoine Dumas bourgeois de Vic-le-comte en Auvergne, au nom & comme curateur décerné aux actions deſdits mineurs, & héritiers de ladite Brioud leur mere, conſentant l'entérinement d'une requête préſentée à notredite cour, le 15. décembre mil ſix cent trente-cinq, à fin d'être reçu partie intervenante en ladite cauſe d'appel, & appellans deſdites ſaiſies, criées & adjudication par decret, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'une part : Et leſdits Vignal & Brioud intimés d'autre. Oui les procureurs des parties, ſans que les qualités leur puiſſent nuire ni préjudicier : Faydeau avocat pour Antoine Dumas, curateur de Sebaſtien, François & Marie Jallat, dit que ſon appel eſt d'une ſentence d'adjudication par décret des héritages de ſes parties, qui ont été conſtitués en dot à leur mere, à laquelle ils ont ſuccédé, & en ſont propriétaires : Néanmoins on a fait les ſaiſies & criées ſur le pere, auquel ils n'appartiennent, & ne ſont débiteurs de la ſomme, pour laquelle la ſaiſie a été faite : partant conclud audit appel, à ce que les parties ſeroient remiſes en pareil état auquel ils étoient auparavant icelle ; & en ce faiſant, que les parties rentreront en la poſſeſſion deſdits héritages. Fremain le jeune, auſſi avocat pour le pere, qui a pareillement conclu en l'appel de la condamnation de cent cinquante livres portée par la ſentence, paſſée pour trois ans, de trois ſeptiers de bled de cens & rentes, que doivent leſdits héritages, & aux lettres à fin d'être reſtitué contre l'obligation, comme exceſſive, les blés n'étant que de la valeur que de cinq à ſix livres le ſeptier, & en conſéquence de l'appel de l'adjudication. Picart auſſi avocat pour l'intimé, les héritages ſaiſis ſont de quatre ſeptiers de cens & rentes, deſquelles en étoient dus quatre années. Pour les années le blé valoit douze à quinze livres le ſeptier, l'eſtimation & évaluation en a été faite en la préſence du pere qui a paſſé obligation de faire le payement en huit termes, auquel n'a ſatisfait, de ſorte qu'il a fait ſaiſir les mêmes héritages ſur le pere, qu'il ſoutient partie capable, pour ce qu'il paroiſſoit détempteur ; ſe peuvent les ſeigneurs cenſiers addreſſer à iceux, ſuivant la coutume, combien qu'à préſent on vient ſous le nom des enfans propoſer qu'ils ſont propriétaires ; & ainſi la procédure valable. Oui enſemble Bignon pour notre procureur général, qui a dit, qu'encore que les ſeigneurs puiſſent s'adreſſer ſur les héritages pour le payement des arrérages des cens, cela ſe doit entendre par ſimple ſaiſie de fruits, & de jouir d'iceux, & même qu'il ſe voit un bail à loier fait moyennant dix-neuf ſeptiers, ſur leſquels l'intimé ſe pouvoit faire payer ; mais pour faire adjuger par décret, il convient que ce ſoit ſur les propriétaires, & n'eſt raiſonnable que l'adjudicataire, & le pourſuivant criées, profitent de la plus value d'iceux. C'eſt pourquoi il y a lieu de mettre l'appellation au néant ; & pour le regard du pere, il n'y a lieu d'aller contre ſon obligation.

Notredite cour, à l'égard du pere, ſans s'arrêter aux lettres par lui obtenues, a mis & met l'appellation au néant, ordonne que ce dont eſt appellé, ſortira ſon effet. Et à l'égard de la partie de Feydeau, a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé, au néant ; émendant, a remis & remet les parties en tel & ſemblable état, auquel elles étoient auparavant l'adjudication ; & en ce faiſant, a maintenu & gardé les enfans en la poſſeſſion des héritages ci-devant adjugés, & a compenſé les fruits perçus par l'intimé, avec ladite ſomme de cent cinquante livres portées par l'obligation & intérêt d'icelle, & ſans dépend. Si te mandons à la requête deſdits Dumas & Jallat

BIU Cujas

lat mettre le présent arrêt à exécution selon sa forme & teneur. De ce faire te donnons pouvoir, donné à Paris en notre parlement, le 18. jour de Décembre l'an de grace 1635. Et de notre regne le vingt-sixiéme. Signé, par la chambre; GUYET. Et scellé à trois sceaux en sire jaune, aux armes de sa majesté.

OBSERVATIONS.

DANS cette question l'auteur rapporte un arrêt, qui a déclaré nulle une saisie-réelle faite des héritages appartenans aux enfans du chef de leur mere, sur leur pere, la nullité étoit évidente: la saisie-réelle doit être faite sur le propriétaire, *super domino.*

L'auteur dit qu'il y avoit une circonstance fondée sur l'équité, qui peut avoir contribué à faire déclarer la saisie nulle; elle avoit procedé pour des arrérages de cens modiques. Sur cela il remarque, que quand les fruits de deux ou trois années sont suffisans pour le payement, l'on ne doit point faire saisir réellement le fonds, ni faire vendre les biens des mineurs.

Ce tempérament est si équitable, qu'il devroit avoir lieu pour les majeurs, aussi-bien 7
que pour les mineurs, & pour les riches comme pour les pauvres; car c'est blesser la justice aussi-bien que la charité, de saisir & faire vendre les héritages d'un débiteur, quand les fruits de ces mêmes héritages sont suffisans pour satisfaire aux créanciers.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MAître Auzanet, sur l'article 74 de la coutume de Paris, dit qu'un seigneur ne peut, pour le payement des arrérages de cens, faire saisir réellement le fonds, sans avoir obtenu une condamnation préalable; & même que pour saisir réellement en vertu d'un jugement de condamnation, il est nécessaire que les arrérages dûs soient considérables, & ne puissent être payés sur les fruits d'une ou deux années; il dit que cela a été jugé par un arrêt rendu à l'audience de la grand-chambre le 30 juillet 1609.

DES LODS, POUR RAISON DES BÉNÉFICES.

QUESTION SOIXANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Le seigneur a l'action personnelle contre le vendeur, & l'hypotécaire contre l'acquéreur.*
2. *Ces deux actions lui appartiennent, aussi-bien pour le payement des lods, que pour les arrérages du cens.*
3. *Le seigneur peut s'adresser directement a l'acquéreur.*
4. *Raisons & autorités pour la négative.*
5. *Du Moulin soutient l'affirmative.*
6. *Dans les pays de droit écrit, le seigneur peut s'en prendre à l'acquéreur pour les lods des précédentes mutations.*
7. *La difficulté est plus grande à l'égard des bénéficiers pourvu* per obitum.
8. *Raisons pour montrer que les bénéficiers ne sont pas tenus des lods des mutations précédentes.*
9. *Avis de l'auteur pour réduire en ce cas le payement des arrérages du cens aux cinq dernieres années; & pour les mi-lods, renvoyer le seigneur aux héritiers des précédens titulaires.*
10. *Arrêt du 30 juin 1657, confirmatif d'une sentence des requêtes du palais, qui avoit condamné un curé à payer vingt-neuf années d'arrérages du cens, & les mi-lods de trois mutations.*
11. *Le seigneur a droit de s'attaquer au nouveau possesseur pour les droits & profits des mutations précédentes.*
12. *Le seigneur a une action hypotécaire pour tous les droits & profits du passé.*
13. *Cette jurisprudence est reçue au parlement de Toulouse.*
14. *Au parlement de Provence, le seigneur est préférable au vendeur, à la réserve de la légitime des freres du vendeur.*

BIU Cujas

15. *La même juriſprudence a lieu à l'égard des bénéficiers.*
16. *Les auteurs des pays de coutume tiennent, que le ſeigneur a hypotéque pour tous les droits du paſſé.*
17. *Chopin dit que cela a lieu pour le ſucceſſeur au bénéfice, ſauf ſon recours.*

QUESTION LXII.

Si pour les lods des mutations précédentes, le ſeigneur direct peut agir contre un nouvel acquéreur, & ſans diſcuſſion, & même contre le ſucceſſeur au bénéfice.

IL ne faut pas douter que le ſeigneur direct,
1 outre l'action perſonnelle qu'il a contre celui en la perſonne duquel la mutation s'eſt faite, ne puiſſe encore agir hypothéquairement pour le même lod contre le tiers détenteur: c'eſt-à-dire, que *Titius* ayant acquis un fond, & venant à le revendre à *Mævius*, le ſeigneur peut demander à ce nouvel acquéreur, & le lod de ſon acquiſition, & celui de la précédente; de ſorte qu'il a double action & perſonnelle contre *Titius*, & hypothéquaire ſur le fond & contre celui qui le tient.

Et même cette hypothéque eſt la même que celle
2 que le ſeigneur a pour les arrérages du cens, & par conſéquent elle a la même préférence. C'eſt par ce qu'elle procede d'un même principe, & vient d'une même ſource, ſçavoir du bail à titre de cens, & la premiere inveſtiture. Car par icelle le preneur s'eſt obligé non-ſeulement de payer le cens annuellement, mais encore le lod, lors & quand le cas écherra. D'où s'enſuit qu'en cas de vente ou d'autre mutation, le lod en eſt dû par rapport à ce premier bail; & c'eſt une obligation qui marche en arriere.

Le ſieur Gouget en ſon traité des criées, & parmi les queſtions qu'il agite ſur le conflit des hypotéques, établit cette préférence, & en cotte des arrêts; mais il n'agite pas ſi cette action hypothéquaire peut être directement pourſuivie, ou ſi le ſeigneur eſt obligé de diſcuter celui qui doit perſonnellement le lod. Il ſemble que d'abord cette diſcution ſeroit néceſſaire, puiſque c'eſt la regle commune des actions hypothéquaire.

Il faut pourtant tenir le contraire, & que com-
3 me le ſeigneur direct peut ſuivre ſon fond pour les arrérages du cens, il le peut faire pareillement pour les lods & autres devoirs. C'eſt parce que c'eſt une hypothéque privilégiée & une charge inherente au fond, & qui en eſt inſéparable. Enfin, c'eſt parce que c'eſt la condition ſous laquelle il a baillé l'héritage, & que ce droit qui eſt dû pour la mutation d'icelui, & parce qu'il change de main, eſt
4 plus réel, qu'il n'eſt que perſonnel.

Quelques-uns ont pourtant tenu le contraire, parce qu'ils n'eſtiment pas que l'hypothéque puiſſe ſubſiſter avec la ſeigneurie d'une choſe *cum dominio rei*, & que la choſe qui nous eſt propre nous puiſſe être hypothéquée. Ils diſent que la regle de droit y répugne: *nec enim pignus neque precarium rei ſuæ conſiſtere poteſt*, *l.* 45. *ff. de regal. juris.*

A quoi ſe trouve conforme la coutume de Paris en l'article 81. par lequel il eſt dit que *les ventes & amendes ſe pourſuivent par action ſeulement.* Et Fortin en ſa conférence en cotte quelques autres qui diſent la même choſe. Mais il y en a pluſieurs contraire, Poitou, Berri, Chaumont, Senlis, Châteauneuf, & même celle d'Auvergne en l'article 6. & 7. du chap. 21.

Carondas ſur la coutume de Paris, titre des cenſives, article 73, & au troiſieme livre de ſes réponſes, ch. 11 ſuit la diſpoſition de la coutume de Paris, & tient que le ſeigneur n'a point d'hypothéque pour le lod d'une acquiſition précédente; il en cotte un arrêt du mois d'avril 1547, pour un nommé Berruyer. De cet arrêt, Chenu fait auſſi mention au Receuil de M. Papon, titre des droits ſeigneuriaux ſur le dernier article. Il en rend cette raiſon, *pour ce*, dit-il, *que le payement ne peut être pourſuivi que par action, laquelle eſt perſonnelle, & ne ſuit pas le poſſeſſeur.* Et il cite pour cela Guy Pape en ſon conſeil 126.

Maîtres Charles du Moulin, ſur le titre des
5 cenſives de la coutume de Paris, §. 74. gloſe premiere, *in verbo, d'aucuns fonds de terre*, a été d'opinion contraire. Après avoir demandé, *utrum res feudalis vel cenſualis ſit hypothecata domino directo pro juribus & commodis feudalibus vel cenſualibus*, il conclud pour l'affirmative, *quia quoties aliquod onus apponitur ſuper certa re, vel paſcitur de percipiendo aliquo jure ſuper ea, eo ipſo cenſetur pro illa præſtatione hypothecata, l. Codicillis; §. inſtituto, ff. de légat. 2.*

Et ſur ce qu'on dit qu'il ſemble abſurde, que quelqu'un ait en une même choſe, & *directum dominium*, & *hypothécam*, du Moulin répond que la rétention de la directe ſeigneurie n'empêche pas que l'utile, c'eſt-à-dire, la propriété du fond ne ſoit hypothéqué, comme il ſeroit à un créancier étranger, parce qu'à proprement parler, l'une & l'autre ne ſont pas la même choſe, & que l'héritage, en ce qui regarde *dominium utile*, n'appartient pas au ſeigneur direct, *non eſt res propria domini directi, ſed aliena.*

A quoi ce célébre auteur ajoute que *ſi res non ſit ſimpliciter noſtra, ſed revocabiliter, tunc illo reſpectu quo poteſt avocari, poteſt nobis eſſe hypothecata, l. ex ſextante, §. Latinus, ff. de except. rei judicata, & Novella de non alienandis, cap. 3. §. ſcire.* Et fait à ce ſujet ce que traite *Fachineus lib. 12. controv. juris c. 32. ubi dicit legatarium habere hypothecam in re legata.*

Tronçon ſur l'article 81. de la coutume de Paris, qui ne permet de venir que par action pour les ventes, reconnoît que les autres coutumes ſont plus raiſonnables, même celle de Nivernois, titre des cenſives, article 3, laquelle veut, s'il y a eu pluſieurs acquiſitions, que les lods en ſoient dus, & que le ſeigneur puiſſe pour le tout s'adreſſer hypothéquairement à la terre, & au détenteur d'icelle à ſon choix.

Et à bien prendre le ſens de la coutume de Paris audit article 81, il ſemble qu'encore qu'elle ne donne que l'action, elle n'exclud pas l'hypothéque Elle ne permet pas de venir directement par ſaiſie: ce qui n'empêche pas que le fond ne demeure hypothéqué, & qu'en tous cas, après la diſcuſſion de la perſonnelle, on ne puiſſe s'attacher au fond. Autrement cet article ne ſe pourroit pas bien ajuſter avec l'article 388, par lequel il eſt décidé que ſur le prix des héritages decreté, les ſeigneurs peuvent & doivent s'oppoſer pour les droits de quints, relief, ventes & autres droits ſeigneuriaux, & ſon préférés à tous autres créanciers.

Mais cette préférence ne peut avoir lieu qu'on ne préſuppoſe une hypothéque antérieure, & qui

BIU Cujas

vienne du bail à cens ou d'emphithéose, suivant la loi *etiam, ff. qui potiores in pignore*, où il est dit que le propriétaire peut bien engager son fond, *ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur & solarium*; parce que le fond étant provenu de lui, & n'ayant été baillé que sous des charges & conditions, il y a été dès lors assujetti, & ce sont charges inhérentes, *lex dicta vectigali.*

6 Quoiqu'il en soit, pour le pays de droit écrit, il n'y a pas lieu de douter que le seigneur n'ait hypothéque pour les lods, & que cette hypothéque ne soit la premiere, & par conséquent préferable, suivant la loi préalleguée, *etiam, ff. qui potiores in pignore*, la loi *prædiis, ff. de jure fisci*, & la loi 5. *in fine, ff. de censibus*, laquelle rejette même la discution en ces mots, *nec audietur legatarius contradicens ob præteriti temporis tributa, quod hæres solvendo sit.* Et ainsi le détermine M. Maynard, livre. 6. chap. 33. & *Math. de Afflictis, decisione Neapolit.* 162.

7 Mais la plus grande difficulté regarde le bénéficier pourvu *per obitum*, & non par résignation. Tronçon sur l'article 73. de la coutume de Paris, fait distinction d'entre les rentes foncieres créées par bail d'héritage, d'avec les pensions & reconnoissances. Pour les premieres, comme elles sont attachées au fond, & que c'est un droit purement réel, le successeur au benéfice en doit payer les arrérages; mais pour les autres charges qui ont plus de personalité que de réalité, il n'y peut être tenu que pour son tems. Cet auteur confirme cette distinction par deux arrêts qu'il cotte.

Mais la même chose est encore plus amplement traitée & décidée par M. Loüet & son commentateur en la lettre A. nombre 15. & l'arrêt que nous rapportons ici est encore plus formel pour la même distinction, ayant condamné un nouveau curé à payer non-seulement les arrérages de vingt neuf années du cens imposé sur les fonds de la cure, mais encore deux mi-lods des mutations précédentes, outre celui de la sienne, ce que nous ne pouvons pas bien digerer.

8 Ce n'est pas que nous ne croyions qu'un droit nous étant une fois acquis, ne nous peut pas être ôté, & qu'il ne soit vrai que dès-lors que le titulaire d'un bénéfice a pris possession, le mi-lod ne soit acquis au seigneur, & l'héritage affecté & hypothéqué pour ce droit; mais nous estimons que les biens d'église étant inaliénables, on ne peut pas indirectement faire ce qu'on ne peut faire directement. Or c'est en quelque façon permettre au bénéficier d'aliener l'héritage de son benéfice, si le seigneur le peut emporter pour les arrérages du cens, & pour les lods ou mi-lods. Car il l'emportera sans doute: comment veut-on qu'un pauvre curé qui peut à peine s'entretenir, puisse payer 29. années d'arrérages, & double lod ou mi-lod des mutations précédentes? Où trouvera-t il pour y satisfaire, & ne sera-t-il pas contraint d'abandonner l'héritage? Ainsi si cela a lieu, l'Eglise de tems en tems ne sera-t-elle pas dépouillée de ses biens, contre l'intention des loix, qui en recommandent la conservation. *Ut sicut ipsa religionis & fidei mater perpetua est, ita ejus patrimonium jugiter servetur illæsum*, ainsi qu'il est dit, *in l. jubemus, Cod. de sacrosanctis Eccles.*

Mais s'il est vrai que le seigneur a son hypothéque sur les fonds, pourquoi la pourra-t-il perdre? & pourquoi lui sera-elle inutile? Mais si le seigneur a négligé de se faire payer, pourquoi est-ce que sa nonchalance ou connivence sera nuisible à l'Eglise?

Il est vrai que hors les gens d'église cette négligence ne peut pas nuire au seigneur, & le nouveau détenteur ne peut pas la lui opposer, parce qu'il est responsable du fait du précédent tenancier, soit qu'il lui ait succedé, soit qu'il ait acquis le fond de lui: car il a du s'informer s'il a acquitté les droits seigneuriaux qu'il pouvoit devoir; & cette acquéreur se doit imputer à faute de ne s'être pas nanti du prix.

Mais on ne peut pas objecter cela à un nouveau curé pourvu *per obitum*, & qui ne tire pas son droit du prédécesseur, qui ne tient rien de lui, au lieu qu'on peut blâmer le seigneur de ne s'être pas fait payer du tems des précedens curés, même pour le lod de leur mutation. Il ne peut donc pas employer cette regle qui dit que *quod nostrum est sine facto nostro à nobis auferri non potest*: car il ne peut pas dire que ce soit *sine facto illius*, puisque ce seroit par une négligence trop grande, & qu'on ne peut excuser.

A quoi nous ajouterons ce que remarque Brodeau à l'endroit de M. Loüet déja cotté, qu'il y peut avoir de la fraude & collusion, en tant qu'on peut supprimer les quittances pour accabler le suc- 9
cesseur au bénéfice, ou l'obliger à délaisser l'héritage. C'est pourquoi nôtre sentiment seroit de réduire du moins les arrérages du cens au cinq dernieres années, & pour les mi-lods renvoyer le seigneur aux héritiers des précédens titulaires, & en liberer le successeur & les fonds.

Extrait des registres du parlement.

Comme de la sentence donnée par les gens te- 10
nans les requête du palais le 7 avril 1656, entre messire Gaspard de Cappony, baron de Feugerolles & de Roche-la-Moliere, demandeur en requête par lui présentée au juge ordinaire dudit Feugerolles, le 23 mai 1653; Exploit du 24 dudit mois, le tout évoqué aux requêtes par sentence du 18 septembre 1654 d'une part, & maître Jean-Baptiste Forests, prêtre, curé de S. Just-lez-Velay, défendeur, d'autre, par laquelle ledit Forests auroit été condamné de passer titre nouvel & reconnoissance au profit dudit de Cappony à cause d'un tenement de pré appellé le pré de Pommalatery près S. Just, contenant en pré une seterée, & en terre vingt mesteres ou environ, joignant la terre de Jean Saigne, de matin; la terre de Jean de Homes, de vent; la terre de Barthelemy Ferriol & les héritiers de Pierre des Saignes, aussi de vent; le pré de M. Paul Fournel, de Bize, de dix-huit deniers & une geline par chacun an, lui en payer vingt années d'arrérages, échus au jour de Toussaints 1651, & ce en deniers ou quittances valables, ceux depuis échûs, & continuer à l'avenir tant qu'il sera détenteur & possesseur dudit tenement de la Pommalatery, comme aussi à payer audit de Cappony les droits de mi-lods, à raison du douziéme denier pour trois mutations, sçavoir de Christophe, François Cellarier & Jacques Rouat précedens curés, & dudit Forêts: Et sur le surplus de ladite demande, les parties auroient été mises hors de cour & de procès, fors des frais de visitation du procès & expéditions de la sentence, qui seroient payés par ledit Forêts. Eût été par ledit Forêts appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre lesdites parties si bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès: Prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, auxquels l'intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits. Vû icelui pro-

BIU Cujas

cès, griefs, réponſes, forcluſions de produire de nouvel : le tout diligemment examiné ;

Notredite cour par ſon jugement & arrêt a mis & met l'appellation au néant : ordonne que la ſentence de laquelle a été appellé, ſortira ſon plein & entier effet, a condamné ledit Forêts en l'amende de douze livres, & ès dépens de la cauſe d'appel, la taxe des dépens adjugés pardevers notredite cour réſervée. Prononcé le 30 juin 1657. *Signé*, Guyet. Et ſcellé.

Au reſte, pluſieurs ont tenu que pour les lods il n'y avoit qu'une action perſonnelle. *Amædeus à Ponte in quæſtionib. laudimial. queſt.* 45, a décidé que le ſeigneur peut agir hypothéquairement contre le détenteur. *Antonius Blancardus* en ſes notes *cap.* 45, tient le contraire, & s'appuye ſur ce que le ſénat de Mantoue l'a jugé de la ſorte, au rapport de *Suidas deciſione* 31. Mais cet auteur préſuppoſe qu'il n'y ait point eu de convention & d'obligation préciſe de l'héritage, lors du bail d'icelui, & par le contrat d'emphitéoſe ; & il reconnoît qu'autrement l'hypothéque ſeroit acquiſe dès-lors, & ſuivroit toujours le fond comme une charge réelle. Or, eſt-il que parmi nous, cette convention & obligation eſt préſumée, quoiqu'il ne paroiſſe pas de la premiere inveſtiture, parce que c'eſt une condition *quæ vi ipſa ineſt*, qui vient par la nature du contrat, & qui étant ordinaire, n'eſt pas cenſée omiſe.

Auſſi le docte *Antonius Faber* en ſon code, *lib.* 4, *tit* 43, conclud & détermine que *laudimiorum onus eſt reale, & pro laudimiis perinde atque pro ſervitiis competit hypothecaria.* De ſorte que Carondas, au livre 3 de ſes réponſes, chap 11, s'eſt trompé en aſſurant que le nouvel acquéreur n'eſt tenu de payer les lods dûs par les précédens acquéreurs, & que pour ceux-là le ſeigneur n'a qu'une action perſonnelle.

Il cite en vain *Petrum Jacobi, in titulo de actionib. in rem pro re emphyteutica*, & Guy pape, en ſon conſeil 126. Comme nous venons de dire, cette opinion choque les principes, & la nature de la choſe y répugne, l'héritage n'ayant été baillé qu'à cette charge & condition, que toute fois & quantes qu'il y aura mutation, le lod en ſera payé. C'eſt donc *onus reale ;* une charge impoſée, & qui étant inſéparable du fond, doit paſſer avec elle, & ſuivre le poſſeſſeur.

Et ſi bien nous venons de réſoudre le contraire pour les héritages que l'égliſe poſſede, & qui ſont annéxés aux bénéfices, nous n'entendons pas pour cela nous contredire & détruire nos principes.

Nous demeurons d'accord que le ſeigneur a hypothéque pour les lods ; mais nous eſtimons que négligeant de s'en faire payer par le titulaire du bénéfice, il en doit être déchû, tant à cauſe de ſa non-chalance, que par la faveur de l'égliſe. Nous croyons donc que ſi meſſieurs du clergé s'en remuoient, ils feroient régler cela.

OBSERVATIONS.

Si le ſeigneur peut s'attaquer au nouveau poſſeſſeur pour tous les droits des mutations précédentes.

L'Auteur rapporte ici un arrêt du parlement du 30 juin 1657, qui confirme une ſentence des requêtes du palais, par laquelle un curé de pays de droit écrit a été condamné à payer vingt-neuf années d'arrérages de cens échus du tems de ſes prédéceſſeurs, & les droits de mi-lod pour trois mutations.

A cette occaſion l'auteur traite trois queſtions.

La premiere, ſi le ſeigneur peut s'attaquer au nouveau poſſeſſeur pour tous les droits de lods ou mi-lods des mutations précédentes.

La ſeconde, ſi le ſeigneur a une hypothèque ſur l'héritage pour toutes les mutations précédentes, & de quelle nature eſt cette hypothèque.

La troiſiéme, ſi le ſeigneur a les mêmes actions & hypothèques ſur les héritages dépendans de l'égliſe.

11 A l'égard de la premiere, l'auteur dans cette queſtion, & dans la 72 de la ſuite de ce même livre, ſoutient que le ſeigneur eſt bien fondé à s'attaquer au nouvel acquéreur pour tous les droits des mutations précédentes. Dans la queſtion 123 de la ſuite du livre 5, il rapporte un arrêt rendu au profit du chapitre de ſaint Jean de Lyon, qui a jugé que le ſeigneur eſt préférable pour tous les droits des mutations précédentes. C'eſt la doctrine de Faber, dans ſon code, *de jure emphyt. def. 4. Si alii creditores concurrant, directus dominus ſine dubio omnibus omnimodo, ut anterior præferetur, non ſecùs ac pro annui canonis penſitatione*, ce qu'il confirme ſur le titre, *ſine cenſu vel reliq. fundum compar. non poſſe.*

12 A l'égard de la ſeconde queſtion, ce même auteur, au même endroit, dit que le ſeigneur a hypothèque ſur l'héritage pour tous ſes droits : *ita ſequitur quemcumque feudi*
13 *poſſeſſorem, petique poſſunt hypothecaria.* C'eſt auſſi la doctrine de Coquille, dans ſes queſtions, chap. 46 ; M. Maynard, liv. 6, chap. 32, & liv. 8, chap. 47, dit que cela ſe juge de la ſorte au parlement de Toulouſe : ce qui eſt auſſi confirmé par Ferriere, ſur la queſtion 42 de Guy pape, & ſur la queſtion 576 ſur la fin. Jean de la Croix, ſur la queſtion 48 de Guy pape, eſt du même ſentiment. *Novus emptor tenetur pro utriuſque laudimiis, quia ſunt jura realia ;* comme auſſi par Deſpeiſſes, tome 3, page 44, nombre 19.

14 Boniface, tom. 1, liv. 3, tit. 4, chap. 6, rapporte un arrêt du 16 mai 1657, qui a

BIU Cujas

jugé, que le seigneur est préférale au vendeur du fond. Dans la suite de son recueil, tom. 2, liv. 2, tit 1, chap. 13, il rapporte un arrêt du 30 juin 1672, qui a fait une exception à cette regle en faveur des enfans légitimaire qui étoient les sœurs du vendeur. Cette exception n'est pas seulement fondée sur l'équité, mais encore sur les principes : car la légitime devant être payée en corps héréditaires, il est vrai de dire que les légitimaires sont propriétaires d'une partie des héritages que leur frere n'a pû vendre à leur préjudice.

A l'égard de la derniere question, notre auteur soutient, que le seigneur ne peut agir contre le nouveau possesseur d'un bénéfice, que pour les droits échus de son tems; & qu'à l'égard des droits des mutations précédentes, il doit se pourvoir contre les héritiers des précédens titulaires; parce qu'autrement ce seroit un moyen d'aliéner les biens d'église : car s'il y avoit plusieurs mutations, les droits absorberoient la valeur des héritages; ainsi le nouveau possesseur aimeroit mieux les laisser vendre, que de payer tant de droits. Cependant il rapporte un arrêt qui a condamné le nouveau possesseur à payer les droits de trois mutations précédentes. 15

Quoique ce ne soit pas ma coutume de mêler les auteurs du pays de coutumes avec ceux du pays de droit écrit, cependant dans cette matiere, qui est purement de droit François, ils peuvent s'allier ensemble. Presque tous les auteurs coutumiers tiennent, que le seigneur a une hypothéque sur l'héritage sujet au cens, pour le payement des lods & ventes, & qu'il peut s'adresser au nouveau possesseur pour tous les droits des mutations précedentes : ils sont en trop grand nombre pour les rapporter tous. Je ne citerai ici que les plus célèbres. Du Moulin sur la coutume de Paris, tit. des censives, § 51, gl. 2. nomb. 18, § 62, nombre 78, § 74, nombre 18 & suivans, & § 77, nombre 28, où il décide les deux questions en deux mots. *Sed quid si emptor alii vendiderit? certum est quod ultimus emptor ultra jura quæ personaliter debet ex persona sua, tenetur hypothecaria solvere laudimia authoris.* 16

D'Argentré sur l'article 231, de la coutume de Bretagne, gl. 2, & *de laudim.* chap. dernier, Coquille, sur la coutume de Nivernois, tit. 2, des cens art. 3, Loyseau, du déguerpissement, liv. 1, chap. 10, nombre 5 & 6, sont de même avis. L'on peut encore voir les commentateurs de la coutume de Paris sur les art. 73 & 81.

Chopin, quoiqu'il soit un auteur du pays coutumier, mérite par rapport à cette matiere d'être mis au nombre des auteurs de pays de droit écrit; à la tête de son commentaire sur la coutume d'Anjou, il a mis une espece de préface intitulée, *de comminibus Gallicarum consuetudinum præceptis;* & dans la partie seconde il y a un chapitre *de communibus patriæ juris consuetudinibus*, dans lequel il parle des usages particuliers des pays du Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois, touchant les droits seigneuriaux. Par rapport à la présente question, il dit que les nouveaux possesseurs des héritages roturiers, sont obligés personnellement & hypothéquairement au payement des arrérages du cens, & autre droits, même de ceux échus avant leur acquisition. *Illic primùm vectigalis agri possessor obligatur non modò pigneratitiâ, sed in personam actione, ad solarium vel alium quemvis reditum domino appendendum. Unde possessores inibi præteriti temporis vectigal solvere debent personali quodam tacitæ obligationis vinculo.*

Dans cette occasion le témoignage de Chopin doit être d'un grand poids, non-seulement parce qu'il avoit joint à beaucoup de lecture une grande expérience, mais encore à cause de la déclaration qu'il fait de bonne foi, qu'il avoit appris les usages particuliers des pays de droit écrit de M. Claude Mondon, célèbre avocat au parlement, qui étoit natif du pays de Forêts. En effet tous les usages qu'il rapporte sont certains, & se pratiquent encore aujourd'hui de la même maniere. Ce même auteur sur la coutume d'Anjou, liv. 2, part. 2, chap. 2, tit. 1, nombre 10 dit que le nouveau titulaire du bénéfice est tenu de payer tous les arrérages du passé, sauf son recours contre son prédécesseur ou ses successeurs. *Itaque meo judicio qui in præfecturam templi successerit, cogitur ante acti temporis canonem debitum pensitare.* 17

M. Catelan, tome 1, liv. 1, chap. 55, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse du 7. juillet 1667, par lequel il a été jugé, que dans le cas où il est dû des lods pour le changement de chapelain, le seigneur a droit de demander au nouveau chapelain tous les lods dûs par ses prédecesseurs. Dans le tome 2, liv. 7, chap 14, il propose pour une maxime certaine, que le seigneur, pour les droits des mutations précedentes, peut agir en vertu de l'action hypothéquaire, contre le nouvel acquéreur. Il examine par quel tems cette action se prescrit, ce qui est traité par notre auteur, quest. 72, de la suite de ce livre, où je me réserve à faire les observations nécessaires, celle-ci n'étant peut être déja que trop longue.

BIU Cujas

CHAPITRE DE SAINT JEAN,
De ſon droit de Leyde.

QUESTION SOIXANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le chapitre de ſaint Jean de Lyon a droit de Leyde ſur le ſel qui entre dans la ville de Lyon.*
2. *Arrêt de la cour des aydes, du 25 octobre 1655, qui l'a ainſi jugé.*
3. *Etymologie du mot de Leyde, & de ſa ſignification dans les différentes provinces.*
4. *Avis pour retrancher au bourreau les droits qu'il leve dans les marchés.*

QUESTION LXIII.

Du droit de leyde, que meſſieurs de ſaint Jean de Lyon ont droit de prendre ſur le ſel qu'on décharge dans la ville de Lyon, & comment il doit être payé.

EN la queſtion 59 de la ſuite de ce même livre nous avons rapporté un jugement de meſſieurs
1 les commiſſaires députés en la chambre ſouveraine du domaine, par lequel meſſieur les doyen, comtes & chapitre de ladite égliſe de Saint Jean de Lyon, ont été maintenus en pluſieurs droits qui leur appartiennent, & qu'ils ont droit de prendre en ladite ville de Lyon, & entr'autres le droit de leyde ſur le ſel, juſques à la quantité de quatre-vingt-ſeixe minots par an, par indivis, & en commun avec le ſeigneur archevêque de ladite ville de Lyon.

Il faut croire que le ſel ſe vendoit autrefois avant l'établiſſement des greniers à ſel, ainſi que le bled, & que le chapitre de ſaint Jean y prenoit un droit de leyde. De ſorte que les greniers ayant été établis, le droit ſuſdit auroit été ſubrogé, & retenu le même nom par forme de récompenſe ou compenſation.

Du droit de leyde & de ſon origine, voy le plaidoyer de monſieur Expilly, où il en traite fort amplement.

Extrait des regiſtres de la cour des aydes.

2 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre cour des aydes, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, Salut. Comme ce jourd'hui vû par notredite cour l'inſtance d'entre notre procureur général en icelle, demandeur en requête énoncée en l'arrêt d'icelle du 5 juin dernier, à ce que les défendeurs, ci-après nommés, ſoient tenus de mettre dans trois jours au greffe d'icelle les Lettres & titres en vertu deſquels ils prétendent jouir des droits de leyde, à raiſon de quatre-vingt-ſeize minots de ſel par chacun an, conformément à l'article 64 du bail général des gabelles du Lyonnois, & défendeur, d'une part. Et les doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe, comtes de Lyon, défendeurs & demandeurs en requête par eux préſentée en ladite cour le 6 octobre ſuivant, à fin d'avoir acte de la préſentation de leurs titres & piéces juſtificatives de leur droit & poſſeſſion ; en conſéquence ordonner que délivrance leur ſera faite l'année préſente & à l'avenir par chacun an, de quatre-vingt-ſeize minots de ſel en eſpece pour leur proviſion, par les fermiers deſdites gabelles de Lyonnois, ou leurs commis, pour leur droit de Leyde en eſpece, ſur les ſels qui ſeront déchargés en ladite ville de Lyon, ſans préjudice dudit droit de leyde du marchand, & du droit de péage ſur le ſel entrant & paſſant à eux appartenant ; & en tant que beſoin ſeroit, lever les défenſes commmatoires portées par l'arrêt de vérification dudit bail des gabelles, & par celui dudit jour cinq juin dernier, d'autre part. Ladite requête de notre procureur général, & arrêt du cinq juin, enſemble la requête deſdits doyen, chanoines de l'égliſe comtes de Lyon, du ſixiéme octobre : Arrêt du ſixiéme octobre dernier, par lequel acte eſt donné aux demandeurs de la repréſentation de leurs titres ; & pour y faire droit, les parties appointées à écrire & produire dans trois jours. Signification dudit arrêt : Production deſdits du chapitre : Forcluſion de produire par notredit procureur général. Aveu extrait de la chambre des comptes du premier ſeptembre 1402, à nous rendu par les doyen, chanoines & chapitre de ladite égliſe, à foi & hommage-lige des droits dont eſt queſtion, & autres y mentionnés : Arrêt de ladite cour, du 14 ſeptembre 1571, entre Bernard de Concault, & conſorts, Fermiers du tirage du ſel à la part du royaume, appellans d'une ſentence rendue par le lieutenant général des gabelles de Lyonnois, le 5 juin 1556, d'une part : Et leſdits doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe, comtes de Lyon intimés, d'autre, par lequel la cour, en émendant ladite ſentence, a condamné iceux Concault & conſorts, fermiers, payer auſdits du chapitre, ou à leur fermier & cenſier, la quantité de ſix vingt-ſept bennes & demi de ſel, pour le déchargement fait par ledit Concault & conſorts, de ſix mil deux cent quatre-vingt-huit bennes de ſel, depuis le jour de ſaint Jean Baptiſte 1564 juſques au premier jour de mai mentionné au procès, & ce pour droit de leyde du ſel entrant & déchargé audit Lyon, appartenant auſdits du chapitre, à raiſon de cinquante bennes, ſommées ou charges de ſel, l'une ſans préjudice du droit de péages audit du chapitre appartenans, & ordonne que leſdits ſix-vingt bennes & demi de ſel, & tout autre ſel qui ſera dû ci après auſdit doyen, chanoines & chapitre, a cauſe de leurdit droit de

BIU Cujas

leyde, ſera mis en un grenier à part audit Lyon; dont ils auront une clef, & les Officiers du grenier à ſel de Lyon, une autre, dont ſera délivré par iceux officiers auſdits du chapitre en eſpece de ſel, la quantité néceſſaire pour la proviſion de leurs maiſons, & le ſurplus vendu audit grenier, & les deniers provenans de la vente, délivrés, à ſçavoir auſdits du chapitre le prix & droit du marchand, & auſdits fermiers le droit de gabelle, leſdits Concault & conſorts condamnés aux dépens de la cauſe principale: Sentence du viſiteur des gabelles du Lyon, du 17 mars 1675 en exécution dudit arrêt, portant la délivrance faite auxdits du chapitre par chacun an, tant pour le paſſé, que pour l'avenir, de la quantité de huit ſommées de ſel pour leur ſaleure & proviſion de leur maiſon, & ordonné que le ſurplus du ſel reſtant de ladite quantité de ſommées, & tout autre ſel qui ſera ci-après reçu, provenant dudit droit de leyde, ſeroit conformément audit arrêt emboutiqué en un grenier à part, fermant à double clef, & en après vendu audit grenier, & les deniers en provenans, après ladite quantité de huit ſommées levées & fournies auſdits du chapitre, délivré; à ſçavoir, auſdits du chapitre le prix & droit de marchand, & aux fermiers le droit de gabelle, le tout par proviſion, & ſans prejudice du droit de péage du ſel appartenant auxdits du chapitre: Arrêt de notre conſeil d'état, du 25 août 1600, ſur la requête deſdits doyen, chanoines & chapitre comtes de Lyon, par lequel eſt ordonné que leſdits du chapitre jouiront de leurſdit droits de Leyde & péage, comme ils ont joui du paſſé, conformément audit arrêt, du 4 ſeptembre 1671 avec défenſes à Jean Houpil, ayant obtenu la traite franche de deux cens quarante-quatre muids de ſel, pour les vendre aux pays de Lyonnois, Mâconnois, Forêts & Beaujollois; & à tous autres de troubler leſdits du chapitre, à peine de tous dépens, dommages & intérêts: Sentence du 9 ſeptembre 1600 rendue par le lieutenant particulier en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, en exécution dudit arrêt du conſeil, avec ledit Houpil, portant condamnation de la délivrance auſdits du chapitre dudit droit de leyde, tant déchargé que reſtant à décharger audit Lyon, à raiſons de cinquante meſures l'une, & à payer le droit de péage, à raiſon de demi-blanc pour chacune ſommée de ſel qui paſſeront par la ville de Lyon ſans y être déchargés: Défenſes auſdits Houpil & tous autres de troubler leſdits du chapitre en la jouiſſance de leurſdits droits de leyde & péage, à peine de tous dépens, dommages & intérêts: Procès-verbal du 7 juillet 1563, fait par le lieutenant général en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, à la requête deſdits doyen, chanoines & chapitre & comtes de ladite égliſe, de la perte des ornemens, reliques, calices, papiers terriers & titres dans leur tréſor & archives, au moyen des troubles ſurvenus en la ville de Lyon, le dernier avril 1562: Bail général deſdites gabelles de Lyonnois: Extrait du contrôle des ſels déchargés au grenier à ſel de Lyon, & de la délivrance faite auſdits du chapitre deſdits quatre-vingt-ſeize minots de ſel par chacun an, juſques à l'année 1654 y compriſe: Concluſions de notre procureur général, & tout conſidéré.

Notredite cour a fait & fait main-levée auſdits doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe comtes de Lyon, des défenſes portées par ſon arrêt du 5 juin dernier; & ce faiſant, les a maintenus & maintient en la poſſeſſion & jouiſſance de prendre & percevoir en eſpece de ſel, la quantité de huit ſommées de ſel, revenans à quatrevingt-ſeize minots de ſel, ordonne qu'elle leur ſera délivrée en eſſence par chacun an, par le fermier des gabelles de Lyonnois ou ſes commis, à cauſe de leurdit droit de leyde pour leurs ſaleures & proviſions de leurs maiſons.

Si te mandons qu'à la requête deſdits doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe comtes de Lyon, tu mettes le préſent arrêt à due & entiere exécution ſelon ſa forme & teneur: de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en ladite cour des aydes, & prononcé le vingt-cinquiéme jour d'octobre, l'an de grace 1655 & de notre regne le treiziéme. Par la cour des aydes, collationné, Louſſe.

OBSERVATIONS.

Du droit de leyde.

L'Auteur rapporte ici un arrêt de la cour des aides du 25 octobre 1655, qui maintien le chapitre de Saint-Jean dans la poſſeſſion du droit de leyde ſur le ſel qui entre dans la ville de Lyon, qui conſiſte à prendre par chacun an, quatre-vingt-ſeize minots de ſel dans le grenier à ſel de ladite ville. Dans la queſt. 59, de la ſuite de ce livre, l'auteur rapporte un arrêt qui fait l'énumération des droits appertenans à ce chapitre, dans lequel celui de leyde ſur le ſel eſt compris.

Ce mot de *leyde* vient d'un méchant mot latin *leuda*, qui ſignifie toute ſorte de preſtations & de tributs, il en eſt fait mention dans les ordonnances de Philippe Auguſte, de Philippe de Valois, & en pluſieurs anciennes chartes rapporté par M. du Cange, dans ſon Gloſſaire ſur ce mot.

Chopin, *de doman. l.* 1, *tit.* 9, *n.* 1. dit que ce mot ſignifie le droit que l'on paye pour avoir permiſſion d'expoſer les marchandiſes en vente, *leudâ à laudanda venditione rerum publicè venalium.*

Ragueau, dans ſon indice ſur le mot *laude*, dit la même choſe.

Dans la province du Lyonnois & des environs, ce mot ſe prend pour le droit que les ſeigneur levent ſur les marchandiſes & ſur les beſtiaux que l'on vend aux foires & marchés.

En Dauphiné ce mot ſignifie le droit que les marchands payent pour les bleds qu'ils vendent aux marchés, ainſi que M. Expilly l'explique dans ſon plaidoyer 15.

Dans le Languedoc il ſe prend pour le droit de péage qui ſe leve ſur le beſtail, & ſur les marchandiſes que l'on conduit d'un lieu à un autre, comme l'explique M. la Roche-

BIU Cujas

ſlavain, dans ſon traité des droits ſeigneuriaux, chapitre 8, article 1.

4 Graverol, dans ſes notes ſur cet article, dit que ce mot ſignifie toutes ſortes de droits, & entr'autres ce que le bourreau exige les jours de marchés des payſans qui vendent des fruits, & autres choſes ſemblables.

A Paris le bourreau leve de pareils droits dans les marchés, ce qui eſt très-indécent; il ſeroit bien plus honnête que la ville lui donnât une certaine rétribution, & que ſes valets laiſſaſſent en paix les femmes de la campagne, auxquelles ils diſent mille ſottiſes, & font toutes ſortes d'impertinences, & d'outrages.

CHAPITRE DE SAINT JEAN,

Et du droit de cartelage ou coponage, qui lui appartient ſur le bled qui entre à Lyon.

QUESTION SOIXANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Ce droit eſt dû ſur le bled qui ſe vend à la Grenette de la ville de Lyon.*
2. *Arrêt du parlement, du 20 mai 1656, qui a maintenu le chapitre de ſaint Jean dans ce droit.*
3. *Explication des mots* cartelage & coponage.

QUESTION LXIV.

Du droit de cartelage ou coponage, appartenant à meſſieurs de ſaint Jean de Lyon, ſur le bled qu'on y décharge & livre aux marchands ou bourgeois de ladite ville.

Il eſt parlé de ce droit dans le jugement de meſſieur les commiſſaires de la chambre ſouveraine du domaine. Mais comme il n'y avoit point d'autre contradicteur que M. le Procureur général, il étoit comme néceſſaire qu'il fût conteſté par quelques perſonnes, & qu'un arrêt contradictoire du parlement en affermît le droit & la poſſeſſion:

Que cet auguſte ſénat en ayant vû & examiné les titres, & y ayant maintenu le chapitre de ſaint Jean, ce cartelage ne leur pût plus être conteſtée.

1 C'eſt un droit de leyde & de meſurage qui ſeroit dû au chapitre, ſi tout le bled ſe vendoit à la grenette, dont la maiſon lui appartient.

Extrait des regiſtres du parlement.

Louis, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, ſalut. Sçavoir faiſons que comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon ou ſon lieutenant, le 13 avril 1649, entre Odin & Jean Accarel fermiers du droit de cartelage appartenant audit ſieur cardinal archevêque dudit Lyon, demandeur en contravention, d'une part, & Jean & Antoine Guerrier freres, Baltazard Félix, & Pierre Chazette marchands de bled dudit Lyon, defendeurs, d'autre; & les prévôt des marchands & échevins de la ville de Lyon, & ledit ſieur cardinal Archevêque, intervenans, d'autre, par laquelle, tant ſur la demande, contravention, qu'intervention, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès, ſans dépens: Eût été par leſdits Accarel èſdits noms, appellé en notre cour de parlement, en laquelle, parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu, pour juger en icelle entre leſdites parties, ſi bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle deſdits appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, leſdits intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle, bailler contredits aux dépens deſdits appellans: Icelui procès vû, griefs, réponſes deſdits Guerrier & conſors: Requête deſdits prévôt des marchands & échevins employée pour réponſes à griefs: Requête deſdits Accarel employée pour production nouvelle: Inſtance entre leſdits Accarel demandeurs en requête du troiſiéme Février mil ſix cent cinquante, à ce qu'en jugeant l'appel de ladite ſentence du treize avril mil ſix cens cinquante-neuf, concernant la moitié par indivis dudit droit de coponage & cartelage à eux dû comme fermiers dudit ſieur archevêque de Lyon, par même jugement, tous leſdits défendeurs ſoient condamnés, pour & au lieu des Marchands forains, qu'ils ont promis d'acquitter au payement de l'autre moitié par indivis dudit droit auſſi dû aux demandeurs comme fermiers des doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe Comtes de Lyon, pour raiſon de cent ſoixante aſnée de froment & ſeigle, livrées audit Guerrier au port ſaint Vincent de Lyon, par les nommés Lepée & Belon; trois cens vingt-cinq aſnées de bled livrées audit Felix par le nommé le Gendre au même port ſaint Vincent, & cent cinq aſnées & deux bichets de froment, & douze aſnées deux bichets de ſeigle pareillement livrés audit port ſaint Vincent de Lyon, ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite, eu égard à ce que les grains valloient lors, & ès dépens, d'une part. Et leſdits Guerrier, Felix & Chazette, défendeurs, d'autre: Appointement en droit, production deſdites parties: Arrêt du deux avril mil ſix cent cinquante, entre les doyen, chanoines & chapitre de l'égliſe comtes de Lyon, demandeurs en requête du

ſeiziéme

BIU Cujas

seizieme mars mil six cens cinquante, d'une part, & lesdits prevôt des marchands & échevins de notredite ville de Lyon, & lesdits Guerrier, Felix, Chazette, Jean & Odin Accarel, d'autre, par lesdits chanoines de Lyon auroient été reçus parties intervenantes au procès, bailleroient, les parties, moyens d'intervention, réponses & produire moyens d'intervention: Réponses desdits Guerrier & consors: Forclusions de fournir de réponses par lesdits Accarel: Production desdits doyen, chanoines & chapitre de Lyon, & desdits Guerrier, Felix & Chazette: Forclusion de produire par lesdits Accarel: Contredits desdits doyen, chanoines, desdits Guerrier, Felix & Chazette, & desdits Accarel, & salvations desdits chanoines & chapitre, suivant l'arrêt du huit juillet mil six cent cinquante cinq. Tout joint & diligemment examiné.

Notredite cour par son jugement & arrêt, faisant droit tant sur le procès par écrit, instance & intervention, ayant aucunement égard à ladite intervention, a mis & met l'appellation & sentence de laquelle a été appellé, au néant, sans amende. Emendant, a condamné lesdits Guerrier, Felix & Chazette, payer le droit de cartelage audit Accarel du bled de question. A maintenu & gardé lesdits doyen, chanoines & chapitre comtes de Lyon, en la moitié dudit droit de cartelage par indivis, le tout sans dépens.

Si mandons & commettons à la requête desdits Accarel, au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis, mettre le présent arrêt à due & entiere exécution de point en point selon sa forme & teneur, en ce que l'exécution le requiert. De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notreditre cour le 20 jour de mai, l'an de grace 1656. Et de notre regne le quatorzieme. Par jugement & arrêt de notredite cour, DU TILLET. Et scellé.

OBSERVATIONS.

L'Auteur rapporte ici un arrêt du parlement du 20 mai mil six cent cinquante-six, par lequel le chapitre de Saint Jean a été maintenu dans la moitié par indivis avec l'archevêque de Lyon, du droit de cartelage, sur le bled qui se vend à la grenette de la ville de Lyon.

Ce mot, *cartelage*, vient de celui de quarte; c'est-à-dire la quatriéme partie d'un boisseau: le mot de *caponage*, dont se sert l'auteur, signifie la même chose. Une coupe est une petite mesure qui contient environ le quart d'un boisseau.

Le chapitre de Saint Jean de Lyon jouit de plusieurs beaux droits qui sont tous énoncés dans l'arrêt rapporté par l'auteur, dans la question cinquante-neuviéme de la suite de ce livre.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

☞ Il paroît que M. Henrys ni l'auteur des observations n'ont pas eu connoissance de plusieurs anciens titres & de plusieurs anciens arrêts qui concernent le droit de cartelage, appartenant au chapitre de Lyon, sur les grains qui se vendent dans la ville: ainsi l'on croit qu'il est à propos de donner un extrait de ce qui a été trouvé à ce sujet dans les archives du chapitre des comtes de Lyon.

Pour ce qui est d'abord des titres qui font mention de ce droit, on voit que, dans la bulle d'or de l'année 1157, l'empereur Frédéric cede à l'archevêque de Lyon les droits d'entrées, pour les denrées qui devoient être vendues dans les marchés de la ville; *itaque*, dit cette bulle, *Præfato Archiepiscopo & Primati Heraclio, & per eum omnibus successoribus ejus in perpetuum totum Corpus civitatis Lugduni & omnia jura Regalia per omnem Archiepiscopatum ejus citra Ararim infra vel extra civitatem in abbatiis, & in earum possessionibus, Monasteriis, Ecclesiis & earum Appendentiis, ubicumque sint, comitatibus, Foris, Duellis, Mercatis, Monetis, Naulis, Teloneis, Pedagiis, &c.*

On trouve dans les archives du chapitre de Lyon une sentence latine du 15 juin 1396, par laquelle il paroît que le nommé Thomas Pape, bourgeois de Lyon, *civis Lugduni*, ayant acheté des grains du comte de Genève, prétendit qu'il pouvoit les faire entrer, & les vendre sans payer le cartelage; parce que le comte qui lui avoit vendu les grains, s'étoit obligé de l'acquitter de toutes redevances, & qu'il étoit d'usage que, quiconque achete des marchandises d'une personne noble, ne peut pas être contraint de payer des droits: *quod dictus Dominus, Comes Genebensis, vendidit eidem Thomæ octies centum asinatus bladi, proque eisdem se obligavit erga ipsum Thomam ... Cavit idem Dominus Comes de solutione earumdem.* Nonobstant ces raisons, Thomas Pape fut condamné par la sentence du 15 juin 1396, à payer les droits au fermier du chapitre *pro Caponagio & Grenetagio.* Cette sentence est fondée sur la possession dans laquelle le chapitre étoit de percevoir le droit de cartelage: *quod dicti Domini Archiepiscopi ac Decanus & Capitulum Ecclesiæ Lugduni habent jus, possessionem & saisinam, habueruntque per tempus excedens hominum memoriam ac ultimos annos & actus habendi, levandi & percipiendi tam per se, quàm eorum gentes, & familiares, ac censerios seu firmarios dicti Granetagii in & super bladis quæ venduntur in civitate Lugduni.* Thomas Pape interjetta appel de cette

BIU Cujas

ſentence; mais le chapitre lui ayant remis les droits en queſtion par conſidération pour le comte de Genève, contre lequel la ſentence avoit prononcé un recours en faveur de Thomas Pape, Thomas Pape ſe déſiſta de ſon appel. Dans les actes capitulaires du chapitre de Lyon, il y a un requiſitoire que les prévôt des marchands & échevins firent en l'année 1529, au chapitre, pour le prier de vouloir bien ſurſéoir pendant un tems la levée du cartelage ſur le bled des marchands de la ville; attendu que les grains étant fort chers & fort rares, la perception du droit empêche les marchands de faire entrer des bleds, pour les expoſer en vente : *quod obſtante jure cartelagii pro una reverendiſſimo domino Lugdumenſi archiepiſcopo, & alia mediantibus dominis Decano & capitulo prædictæ eccleſiæ pertinentia, quod levatur ſuper blado mercatorum & perſonarum in dicta hujuſmodi civitate Lugduni, eorum blada conduci facere, & illa ibi venalia exponere differunt.* L'archevêque & le chapitre conſentent enſuite de ſurſeoir la levée du cartelage, à condition néanmoins que cette ſurſéance ne préjudiciera en aucune maniere à leur droit, & qu'elle ne tirera à aucune conſéquence pour l'avenir : *& ab eodem jure levando & percipiendo ſuperſederunt, citra tamen præjudicium juris prædicti, & quod in futurum hujuſmodi remiſſio dictis domino Decano & capitulo in quocumque præjudicare non poſſit, aut valeat, nec trahi in conſequentiam : de qua quidem remiſſione, ſicut præmittitur, limitate & modificate facta ſine præjudicio, & abſque eo quod trahatur in conſequentiam, dicti domini conſules & procurator dominis eccleſiæ Lugduni gratias egerunt.* On trouve encore dans les mêmes actes capitulaires un autre requiſitoire, que les échevins firent en l'année 1571, à l'archevêque & au chapitre, pour qu'il leur *plaiſe de leur grace & libéralité ſurſeoir de lever le droit de cartelage & coponage qu'ils ont ſur tous les bleds qui entrent dans la ville, attendu la cherté & pauvreté du tems, & ſans préjudice de leurs droits dudit cartelage.* A ces actes l'on peut joindre encore un arrêt du parlement du vingt-neuf août mil ſix cent cinquante-quatre, par lequel la cour, en infirmant une ſentence de la ſénéchauſſée de Lyon, condamna Antoine Bocage, marchand de la même ville, à payer au fermier du chapitre le droit de cartelage pour les grains qu'il avoit fait entrer. Tels ſont les actes & les arrêts dont M. Henrys, & l'auteur des obſervations, n'avoient pas eu connoiſſance. C'eſt deux ans après le dernier de ces arrêts, qu'eſt intervenu celui du vingt mai mil ſix cent cinquante-ſix, qui eſt celui dont parle M. Henrys.

Depuis ce tems-là, en l'année 1710, le nommé Antoine Vaux, marchand de grains à Seure en Bourgogne, ayant fait voiturer dans Lyon 307 aſnées d'avoine pour les vendre, & n'en n'ayant point fait ſa déclaration aux fermiers du cartelage, les fermiers ſe pourvurent en la ſenéchauſſée de Lyon, & firent ſaiſir les grains ſujets à ce droit : cette ſaiſie donna lieu à une conteſtation réglée, dans laquelle le marchand ſoutint que le droit n'étoit dû que par les marchands forains; mais que lui, en qualité de marchand de Lyon, devoit en être exempt. A cette défenſe, les comtes de Lyon qui avoient pris le fait & cauſe de leur fermier, oppoſerent deux choſes : l'une, que les marchands de Lyon n'étoient pas moins aſſujettis que les forains au payement du droit en queſtion, & qu'il n'y avoit que les bourgeois qui en fuſſent exempts pour les grains qu'ils tiroient de leurs fonds pour leur propre uſage : l'autre, que le particulier qui avoit entrepris de s'y ſouſtraire, n'étoit point marchand de Lyon; qu'il étoit domicilié dans la ville de Seure en Bourgogne; que par cette raiſon il devoit être regardé comme marchand étranger; & qu'ainſi la fauſſeté du fait ſur lequel il fondoit ſa défenſe, étoit plus que ſuffiſante pour la faire rejetter. Les officiers de la ſénéchauſſée n'eurent alors égard qu'à ce dernier moyen; & comme il y avoit preuve que ce particulier avoit ſon domicile en bourgogne, & que par conſéquent il étoit véritablement marchand forain, ils le condamnerent par cette ſeule circonſtance à payer le droit dont il s'agiſſoit, ſans décider la même queſtion par rapport aux marchands de Lyon. Mais comme d'un autre côté le même particulier avoit fait intervenir en ſa faveur quelques marchands de Lyon, ſous prétexte que cette qualité (à ce qu'il prétendoit) lui étoit commune avec eux, les juges, en le condamnant comme marchand forain au payement du droit de cartelage par leur ſentence du 13 ſeptembre 1724, interloquèrent la demande que les comtes de Lyon avoient formée contre les marchands de la ville, pour être maintenus dans le même droit à leur égard; & ordonnerent qu'avant faire droit ſur cette demande, les ſyndics des marchands de Lyon ſeroienr mis en cauſe. De cette maniere, à l'occaſion d'un marchand forain, la conteſtation ſe trouva engagée avec les marchands de la ville. Mais, ſans attendre l'évenement de ce ſecond procès, le marchand qui avoit été condamné par la ſentence, en qualité de marchand forain, ſe pourvut par appel en la cour où la ſentence fut confirmée par arrêt du 19 février 1729. A l'égard du chef concernant les marchands de Lyon, qui avoit été interloqué par la ſentence de la ſénéchauſſée de Lyon, les mêmes juges qui avoient reconnu la réalité du

BIU Cujas

droit de cartelage contre les marchands forains, en ont déchargé les marchands de Lyon, par la sentence du 11 mai 1731, l'archevêque & les comtes de Lyon se sont rendus appellans de cette sentence, & cet appel est encore indécis.

Arrêt de la cour de parlement, qui adjuge au seigneur Marquis de Conros, par retrait féodal & seigneurial, le fief & domaine de Montal, du 5 mai 1725.

Extrait des regiſtres de la cour de parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: Au premier des huissiers de notre cour de parlement, ou autre notre huissier ou sergent sur ce requis, sçavoir faisons: que comme de la sentence donnée par le juge ordinaire de la terre & marquisat de Conros ce 28 novembre 1720, entre messire Louis de saint Marsal de Puydeval, chevalier, seigneur, marquis de Conros, la Bastide Montal, Puydeval & autres lieux, demandeur originairement aux fins de l'exploit du 6 avril 1720, & en requête du 29 desdits mois & an, en autre requête du 29 du même mois, & en retrait féodal & seigneurial & de prélation, suivant les conclusions par lui prises en l'audience du 4 mai audit an 1720, contenues dans la sentence rendue par ledit juge de Conros le même jour 4 mai 1720, lors de laquelle audience le procureur dudit sieur de saint Marsal auroit pour icelui sieur de saint Marsal, exhibé & représenté une expédition délivrée par la Garigue, notaire royal, du double de la vente sous seing privé, faite du domaine & arriere-fief de Montal, stipulée & acceptée par défunt Geraud Julhes, de Marguerite Laborie, veuve & héritiere de Raymond Roque, le 8 janvier 1707, de laquelle exhibition il auroit demandé acte: comme aussi de ce que ledit sieur de saint Marsal ayant pris à la vue de ladite vente sa détermination, & exerçant le droit de prélation à l'égard du bien & héritage sujet à sa directe & censive, & le droit de retrait féodal à l'egard de ce qui étoit tenu en arriere-fief; ledit sieur de saint Marsal auroit conclu, à ce que lesdits domaines & arriere-fief lui fussent délaissés & adjugés par retrait seigneurial & féodal, & que la sentence qui interviendroit lui tiendroit lieu de revente: ledit procureur dudit sieur de saint Marsal assisté de la dame épouse dudit sieur de saint Marsal, offrant à cet effet à damoiselle Reyt, veuve & héritiere & bientenante dudit Geraud Julhes, réellement la somme de huit mille trois cent vingt livres, prix de ladite vente: savoir huit mille livres en huit billets de banque, & du cours de mille livres chacun; trois cent livres en trois autres billets de banque de cent livres chacun, & les 20 livres restant en trois écus de six livres dix sols chacun, & dix sols de monnoie, pour les frais & loyaux-coûts, sauf à suppléer ou retirer, ledit procureur ayant reçu le tout réellement sur le bureau du greffier, a requis que ladite Reyt eût à les retirer, en consentant par elle audit retrait & revente, & se soumettant de remettre les bestiaux qui faisoient partie de ladite vente, & compris sous ledit prix, & lesdits biens en l'état qu'ils avoient été reçus, avec les titres & documens concernant lesd. biens reçus par ladite Reyt, ou par ledit défunt Julhes son mari: & à faute de ce le procureur auroit protesté de tous dépens, dommages & intérêts dudit sieur de saint Marsal; comme aussi auroit requis qu'il lui fût permis de consigner & laisser audit greffier lesdits billets & espèces offerts aux périls & risques de ladite Reyt, & où il seroit fait quelque difficulté de pouvoir prononcer sur le champ sur le retrait & revente, il auroit requis pour ledit de S. Marsal, qu'il fût ordonné que lad. Reyt accorderoit ou contesteroit la susdite vente entre-ci la premiere audience, & les susdites offres sur ladite demande en retrait: & cependant par les moyens & raisons de la requête dudit sieur de saint Marsal, du 29 avril 1720, & attendu de plus l'exhibition de l'expédition de ladite vente, & les susdites offres réelles, qu'inhibitions & défenses fussent faites à ladite Reyt de dégrader & couper aucun arbre à pied dans l'étendue, appartenances & dépendances dud. domaine & arriere-fief dont il s'agissoit; comme aussi que lad. Reyt ès-noms & qualités qu'elle procédoit, & encore en son nom pour ce qui la concerne, fût condamnée en tous les autres dépens, dommages & intérêts soufferts par ledit sieur de saint Marsal, pour raison des dégradations & coupes d'arbres ci-devant faites, dénégation & latitation de la susdite vente, suivant l'état qui en seroit baillé par ledit sieur de saint Marsal, & estimation qui en seroit faite par experts & gens à ce connoissans: qu'il fût aussi ordonné que lad. Reyt, fourniroit pareillement entre-ci la premiere audience ses défenses sur cette augmentation de demande; sur lesquelles conclusions prises à l'audience dudit juge de Conros, par ledit procureur dudit sieur de saint Marsal, ledit jour quatre mai mil sept cent vingt, ledit juge auroit, par sadite sentence du même jour, donné acte audit sieur de saint Marsal de l'exhibition de l'expédition de ladite vente & acquisition dudit domaine & arriere-fief de Montal, en date

BIU Cujas

du huit janvier mil sept cent sept, des conclusions par lui prises à ce sujet, & des offres réelles faites sur le bureau, de ladite somme de huit mille trois cent vingt livres en huit billets de banque de mille livres chacun, & autres trois billets de banque chacun de cent livres, & de vingt livres en trois écus de six livres dix sols, & dix sols de monnoie de cours, faisant ladite somme de huit mille trois cent vingt livres, aux conditions & réservations y ajoûtées; lesquelles offres réelles seroient réitérées par ledit sieur de saint Marsal à ladite Reyt à sa personne ou domicile : comme aussi de sadite demande & conclusions en dommages & intérêts pour les dégradations & coupes d'arbres prétendues avoir été ci-devant faites; & ordonné que du tout seroit donné copie à ladite Reyt, pour accorder ou contester par elle ladite demande en retrait féodal & de prélation, en conséquence de la susdite vente : Conclusions & susdites offres dudit sieur de saint Marsal dans la premiere audience pour ce fait, ou à faute de ce faire être fait droit ainsi qu'il appartiendroit; & cependant défenses & inhibitions auroient été faites à ladite Reyt de faire aucunes dégradations & coupes d'arbres à pied dans l'étendue dudit domaine & arriere-fief de Montal dont il s'agissoit sous les peines de l'ordonnance d'une part, ladite Marguerite Reyt prise en qualité de veuve, héritiere & bientenante dudit Gerauld Julhes Bourgeois, défendereſſe, d'autre part; par laquelle sentence dudit jour 28 novembre 1720, après la déclaration faite par ledit sieur de saint Marsal, en l'acte du 18 dudit mois de novembre 1720, qu'il n'insistoit plus au compulsoire & *vidimus* fait en vertu de l'ordonnance dudit juge, sans s'arrêter à l'appel d'icelle, & de la procédure & appointement, attendu que ladite Reyt y avoit acquiescé par ses écritures & avertissement, & sauf à elle à se pourvoir sur ledit appel comme bon lui sembleroit, faisant droit au principal ayant égard aux offres faites de ladite somme de huit mille trois cens vingt livres, consignée réellement ès mains du greffier dudit juge en huit billets de la banque royale de mille livres chacun, trois autres billets de ladite banque chacun de cent livres, trois écus valant alors six livres dix sols l'écu, & dix sols de monnoie, ladite Reyt auroit été condamnée en la qualité qu'elle étoit prise à délaisser par droit de retrait féodal, seigneurial & de prélation audit sieur de saint Marsal en qualité de seigneur de ladite baronie & seigneurie de Conros, la Bastide & Montal, les fonds & héritages, cens, rentes & devoirs, le domaine ou métairie, & le fief ou arriere-fief acquis par ledit défunt Julhes son mari, de la Boirie, veuve & héritiere de Raymond Rocques par ladite vente d'écriture privée du 8 janv. 1707, reconnue & vérifiée par ladite Reyt, & compris dans les hommages, dénombremens, déclaration & reconnoissance produites par ledit sieur de saint Marsal, des 8 mars 1396, 17 octobre 1462, pénultiéme décembre 1490, & 18 janvier 1703, & dans les confins & limites énoncés ès-dits titres, avec restitutions des fruits depuis le 31 mai 1720, jour de la susdite consignation de ladite somme de huit mille trois cent vingt livres pour l'estimation & liquidation desquels fruits il étoit ordonné que les parties conviendroient dans trois jours d'experts & gens à ce connoissans, sinon & à faute de ce il en seroit par ledit juge pris & nommé d'office; sauf à ladite Reyt à retirer iceux billets & especes consignés quand bon lui sembleroit des mains dudit greffier, lequel à cet effet seroit tenu & contraint par toutes voies les lui délivrer, & moyennant ce en demeureroit valablement déchargé, à condition par ladite Reyt de laisser dans ledit domaine des bestiaux à concurrence de ceux vendus audit défunt Julhes par ladite même vente, & jusques à la somme de cinq cent livres à laquelle ils furent apprétiés, si mieux elle n'aimoit les retenir & déduire ladite somme de cinq cens livres sur lesdits huit mille trois cent vingt livres consignés pour l'entier prix de ladite vente & loyaux-couts d'icelle, laquelle option elle seroit tenue de faire dans la huitaine, faute de ce en demeureroit déchue, sans qu'il fût besoin d'autre jugement; sauf aussi à ladite Reyt à se pourvoir pour les réparations nécessaires & utiles, si aucunes avoient été faites, dont elle bailleroit, si bon lui sembloit, un état, pour icelui contredit, ou à défaut de ce, être ordonné ce qu'il appartiendroit : & avant faire droit sur la demande dudit sieur de saint Marsal en dommages & intérêts, pour raison des dégradations & coupes d'arbres prétendues faites dans ledit domaine & fief dont il s'agissoit, il auroit été ordonné que ledit sieur de saint Marsal cotteroit lesdites dégradations & coupes d'arbres faites depuis le jour de la demande & exploit introductif de l'instance, & en bailleroit un état précis & circonstancié dans le même délai de huitaine, pour être icelui contredit; & faute de ce être fait droit ainsi qu'il appartiendroit, dépens quant à ce réservés : ladite Reyt condamnée aux dépens faits à son égard, autres que les réserves, liquidées à la somme de cent quatre-vingt-six liv. cinq sols neuf deniers, y compris les épices & expédition de ladite sentence du 28 novembre 1720, ensemble les frais du contrôle, insinuation & expédition de ladite vente, avancés par ledit sieur de saint Marsal, auroit été appellé pardevant notre grand bailly de la province d'Auvergne ou son lieutenant au bailliage d'Aurillâc, lequel après avoir appointé les parties à confirmer ou infirmer, au-

BIU Cujas

roit rendu ſentence le huit janvier mil ſept cent vingt-trois entre ladite damoiſelle Marguerite Reyt, veuve & héritiere fiduciaire dudit Gerauld Julhes, bourgeois, appellante de ladite ſentence rendue par ledit juge ordinaire de Conros, le vingt-huit novembre mil ſept cent vingt, d'une part, & ledit ſieur Louis de Saint-Marſal de Puydeval, chevalier, ſeigneur, Marquis de Conros intimé, d'autre part; par laquelle ſur productions des parties il auroit été dit, qu'il avoit été mal jugé, bien appellé, faiſant ce que le juge *à quo* devoit avoir fait, les offres de ladite ſomme de huit mille trois cent vingt livres faites en 8 billets de banque de mille liv. chacun, & trois de 100 liv. chacun, & la ſomme de 20 l. en eſpeces, auroient été déclarées nulles & irrégulieres: en conſéquence lad. Reyt déchargée des condamnations portées par ladite ſentence du 28 novembre mil ſept cent vingt, dont étoit appel, ledit ſieur de Saint-Marſal, condamné en tous les dépens de la cauſe d'appel, & en la moitié de ceux de la cauſe principale, l'autre moitié demeurant compenſée, ſauf à déduire ſur les dépens ci-deſſus adjugés, le montant des frais de contrôle & d'inſinuation dudit contrat du huit janvier mil ſept cent ſept, fournis par led. ſieur de St. Marſal, & ſauf à lui de retirer du greffe de ſa juriſdiction leſdits billets de banque & eſpeces: Eût été appellé à notre cour de Parlement, en laquelle le procès par écrit auroit été conclu & reçu pour juger en la maniere accoutumée par arrêt du 30 juillet 1723, entre ledit ſieur Louis de Saint-Marſal de Puydeval, chevalier, ſeigneur, marquis de Conros, appellant de lad. ſentence rendue audit bailliage & ſiége préſidial d'Aurillac le 8 janvier 1723, d'une part, & ladite Marguerite Reyt, veuve & héritiere fiduciaire dudit Geraud Julhes, intimée, d'autre part, ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis par les parties, l'amende pour Nous: Et auroient été les parties appointés à fournir griefs & réponſes, à produire de nouvel & contredire dans le tems de l'ordonnance: Vû icelui procès, griefs dudit de Saint-Marſal du 27 novembre 1723, contenant ſes concluſions, à ce qu'il plaiſe à notredite cour par l'arrêt qui interviendroit, mettre l'appellation & ſentence dont étoit appel au néant, émandant, ordonner que ladite ſentence rendue en ladite juſtice du marquiſat de Conros le 28 novembre 1720, ſeroit exécutée, & condamner ladite Reyt aux dépens, tant ceux faits audit bailliage d'Aurillac qu'en notredite cour: Réponſe de ladite Reyt du 22 mai 1724 par leſquelles elle auroit conclu au bien jugé de ladite ſentence du 8 janvier 1723 avec amende & dépens: ſalvations dudit de Saint-Marſal du 28 juillet 1724: Additions de réponſes à griefs de ladite Reyt du 7 novembre 1724, ſervant de réponſe auſdites ſalvations: Requête dudit de St. Marſal du 22 janvier 1725, employée pour nouvelles ſalvations auxdites réponſes à griefs de ladite Reyt du 22 mai 1724: Production nouvelle de ladite Reyt par requête du 3. Juillet 1724: Contredit dudit de Saint-Marſal des 28 juillet 1724 & 22 janvier 1725: Autre production nouvelle de ladite Reyt, par requête du 28 février 1725: Requête dudit de Saint-Marſal du 20 avril audit an, employée pour contredits: production nouvelle dudit de Saint-Marſal par requête du 28 avril 1725 ſignifiée le 2 mai audit an: Requête de ladite Reyt du 3 dudit mois de mai, & employée pour contredits; inſtance entre ledit de Saint-Marſal, demandeur aux fins des commiſſion & exploit des 29 juillet & 9 août 1724, d'une part, & Antoine Julhes, marchand demeurant à Aurillac, fils aîné dudit défunt Geraud Julhes, & de ladite Marguerite Reyt ſes pere & mere, défendeur, d'autre part; leſdites commiſſion & exploit contenant demande à ce que l'arrêt qui interviendroit entre ledit de ſaint Marſal & ladite Marguerite Reyt ſur l'appel de ladite ſentence du 28 janvier 1723, fût déclaré commun avec ledit Antoine Julhes: ce faiſant qu'en infirmant ladite ſentence, il fût ordonné que celle rendue par le juge de Conros le 28 novembre 1720, ſeroit exécutée, & ledit Antoine Julhes condamné aux dépens: Fins de non-recevoir: exceptions & défenſes dudit Julhes du 18 novembre 1724, arrêt du 11 décembre audit an 1724, par lequel ſur leſdites demandes & défenſes les parties auroient été appointées en droit & joint au procès, diſtribué à Me Nicolas Soullet, conſeiller, joint les fins de non-recevoir dudit Julhes, défenſes au contraire: requête dudit Julhes du 30 décembre 1724, & dudit ſieur de ſaint Marſal des 22 & 24 janvier 1725, employées pour répliques: avertiſſemens, écritures & productions, même celle dudit de ſaint Marſal du 24 janvier 1725, pour contredits: ſommations de contredire par ledit Julhes: requête dudit de ſaint Marſal du 22 janvier 1725, contenant demande à ce qu'il plût à notredite cour en infirmant ladite ſentence du bailliage d'Aurillac, ordonner que celle rendue par ledit juge de Conros le 28 novembre 1720, ſeroit exécutée ſelon ſa forme & teneur, & où notredite cour jugeroit que ladite Reyt ne devoit pas ſupporter la perte arrivée par notre fait & autorité aux eſpèces que ledit de ſaint Marſal avoit offertes & conſignées dans un tems auquel les payemens & les conſignations ne pouvoient pas être faites en autres eſpèces; audit cas, en infirmant ladite ſentence du bailliage d'Aurillac du 8 janvier 1723, adjuger audit de ſaint Marſal la

BIU Cujas

demande en retrait féodal par lui formée pardevant ledit juge de Conros, contre ladite Marguerite Reyt, par requête verbale & judiciaire du 4 mai 1720, ordonner que dans tel délai qu'il plairoit à notredite cour de fixer, ledit de ſaint Marſal ſeroit tenu de payer à ladite de Reyt en eſpèces d'or ou d'argent & autre monnoie courante le prix de l'acquiſition faite par le mari de ladite Reyt le 6 janvier 1707, enſemble les loyaux-coûts; & condamner ladite Reyt aux dépens, tant des cauſes principales que d'appel; que ſur ladite demande les parties fuſſent appointées en droit & joint; donner acte audit de ſaint Marſal de ce que pour avertiſſement, écritures & production ſur ladite demande il employoit le contenu en ladite requête, avec ce qu'il avoit dit, écrit & produit audit procès, & condamner ladite Reyt aux dépens, tant des cauſes principales que d'appel, & demande; ſur laquelle requête, par ordonnance de notredite cour, étant en fin d'icelle les parties auroient été appointées en droit joint audit procès & acte donné de l'emploi: requête de ladite Reyt du 3 février 1725, ſignifiée le 5 deſdits mois & an, à ce qu'elle fût reçue oppoſante à l'ordonnance de notredite cour du 22 janvier 1725, en ce qu'elle portoit appointement en droit & joint ſur la demande en retrait féodal, & en payement du prix en eſpèces d'or ou d'argent dans tel délai qu'il plairoit à notredite cour, quoique le retrait féodal qui faiſoit la matiere du procès eût été conditionné par des offres, & une conſignation en papier, faiſant droit ſur l'oppoſition, attendu que cette demande portée par ladite requête du 22 janvier 1725, étoit un nouveau retrait féodal qui devoit être intenté comme une demande principale, & contre laquelle ladite Reyt avoit des fins de non-recevoir à propoſer; il fut ordonné qu'il ſeroit paſſé outre au jugement dudit procès en l'état qu'il étoit ſur les demandes jugées par ladite ſentence du juge de Conros, du 28 novembre 1720, dont l'appel avoit été porté & jugé audit bailliage d'Aurillac, & ſur l'appel de ladite ſentence d'Aurillac; ſauf audit de ſaint Marſal à ſe pourvoir contre ladite Reyt devant les juges ordinaires, s'il avoit quelque demande en retrait à intenter, & de nouvelles offres à faire, défenſes & fins de non-recevoir réſervées au contraire; leſquelles fins de non-recevoir demeureroient jointes en tout cas auſdites demandes: requête auſſi préſentée à notredite cour par ledit Antoine Julhes le même jour 3 février 1725, ſignifiée le 5 deſdits mois & an, à ce qu'il fût auſſi reçu oppoſant à ladite ordonnance du 22 janvier 1725, en ce qu'elle portoit appointement en droit & joint ſur la demande en retrait féodal, & en payement du prix en eſpèces d'or ou d'argent, dans tel délai qu'il plairoit à notredite cour intenter contre ladite Reyt, mere dudit Julhes; quoique le retrait féodal qui faiſoit la matiere du procès eût été conditionné par des offres & une conſignation en papier, faiſant droit ſur l'oppoſition, attendu que cette demande portée par ladite requête du 22 janvier 1725, étoit un nouveau retrait féodal qui devoit être intenté comme une demande principale, & contre laquelle ledit Julhes avoit des fins de non-recevoir à propoſer, il fût ordonné qu'il ſeroit paſſé outre au jugement dudit procès en l'état qu'il étoit, & ſur les demandes jugées par ladite ſentence du juge de Conros, dont l'appel avoit été porté & jugé audit bailliage d'Aurillac, & ſur l'appel de ladite ſentence dudit bailliage; ſauf audit ſieur de ſaint Marſal à ſe pourvoir contre ledit Julhes devant les juges ordinaires; & s'il avoit quelque demande en retrait à intenter, & de nouvelles offres à faire, défenſes & fins de non-recevoir réſervées au contraire; leſquelles fins de non recevoir demeureroient jointes en tout cas auſdites demande: Arrêt rendu contradictoirement le 8 février 1725, entre ladite Reyt & ledit Julhes ſon fils, demandeurs aux fins deſdites deux requêtes du 3 février 1725, ſignifiées le 5 deſdits mois & an, d'une part, & ledit de ſaint Marſal, défendeur, d'autre part; par lequel, ſans s'arrêter à ladite oppoſition, il auroit été ordonné que ladite ordonnance du 22 janvier 1725, ſeroit exécutée, joint les fins de non-recevoir, défenſes au contraire, le ſurplus des requêtes deſdits Reyt & Julhes joint au procès, pour en jugeant y avoir tel égard que de raiſon, dépens réſervés; écritures & requêtes deſdits Reyt & Julhes des 19 & 20 février 1725, & dudit de ſaint Marſal des 18, 20 & 25 avril audit an, employées pour fins de non-recevoir & de non-procéder; défenſes, production & contredit, tant ſuivant ladite ordonnance de réglement du 22 janvier 1725, qu'en vertu dudit arrêt contradictoire du 8 février audit an: Requête de ladite Reyt du 3 mars 1725, tendante à ce qu'il plût à notredite cour, en procédant au jugement dudit procès, & adjugeant à ladite Reyt les fins & concluſions qu'elle y avoit priſes, avec tous les dépens, condamner en outre ledit ſieur de ſaint Marſal aux dépens réſervés, tant par l'arrêt intervenu ſur inſtance appointée à mettre en la grand-chambre, au rapport de M^e^ le Begue de Magenville, conſeiller, le 6 juillet 1723, & par le ſuſdit arrêt du 8 février 1725, ſur laquelle requête par ordonnance de notredite cour auroit été réſervé à y être fait droit en jugeant: requête dudit de ſaint Marſal du 20 avril 1725, employée pour défenſes: requête dudit Antoine Julhes du 3 mars 1725, tendante à ce qu'il plût à notredite cour en procédant au jugement dudit pro-

BIU Cujas

cès, luiadjuger lui fins & conclusions qu'il y avoit prises, avec dépens : condamner en outre ledit sieur de Saint-Marsal aux dépens réservés par led. arrêt du 8 février mil sept cent vingt-cinq, sur laquelle requête par ordonnance de notredite cour auroit été réservé à y être fait droit en jugeant : Requête dudit de Saint-Marsal du vingt avril mil sept cent vingt-cinq, tendante à ce qu'il plût à notred. cour procédant au jugement dudit procès, condamner ladite Reyt veuve dudit Geraud Julhes, aux dépens réservés par lesdits arrêts des 6 juillet mil sept cent vingt-trois & 8 février mil sept cent vingt-cinq, & au surplus adjuger audit sieur de Saint-Marsal les conclusions par lui prises audit procès avec dépens, sur laquelle requête par ordonnance de notredite cour, étant en fin d'icelle, auroit été réservé à y être fait droit en jugeant : Mémoire imprimé, signifié de la part dudit sieur de Saint-Marsal le 18 avril mil sept cent vingt-cinq, & requête dudit sieur de Saint-Marsal, étant ensuite dudit mémoire, signifiée le même jour dix-huit avril mil sept cent vingt-cinq, tendante à ce qu'il plût à notredite cour lui donner acte de ce qu'il n'entendoit & n'avoit jamais entendu avoir par retrait féodal & seigneurial, que les biens qui étoient tenus & mouvans de la seigneurie de Conros, de ce qu'il consentoit que ladite Reyt retînt, si bon lui sembloit, tant les bestiaux, mentionnés dans ledit acte d'acquisition fait par ledit défunt Geraud Julhes le 8 janvier mil sept cent sept, & autres qui leur avoient été subrogés, que les biens & droits tenus & mouvans d'autres seigneurs que dudit sieur de Saint Marsal, si aucuns y en avoit, à la charge par ladite Reyt de faire faire à ses frais la ventillation, pour fixer l'estimation des biens & droits tenus & mouvans de ladite seigneurie de Conros, eu égard au prix total de lad. acquisition, & au surplus adjuger audit sieur de Saint-Marsal, les conclusions qu'il avoit prises aud. procès, & notamment par sa susdite requête du 22 janvier 1725, avec dépens tant des causes principales que d'appel, sur laquelle requête dudit sieur de Saint-Marsal dudit jour 18 avril 1725, par ordonnance de notredite cour, étant en fin d'icelle auroit été réservé à y être fait droit, en jugeant ledit procès : Ecritures & requêtes desd. Reyt & Antoine Julhes, du 24 avril 1725, employée pour salvations, réponses, additions d'icelles, pour fins de non-recevoir ausdites écritures & requêtes en jugeant, dudit sieur de St. Marsal, du 18 dudit mois d'avril 1725, production nouvelle dudit sieur de Saint-Marsal, par requête du 28 avril 1725, signifiée le 2 mai audit an, à l'égard dudit Antoine Julhes, fils de ladite Reyt, ci-dessus visée & employée à l'égard de ladite Reyt sur ledit procès par écrit : sommation audit Antoine Julhes, de fournir de contredit de sa part contre ladite production nouvelle, factum imprimé, signifié de la part de ladite Marguerite Reyt, le 24 avril 1725 : Autre sommation de satisfaire à tous les arrêts & ordonnances de réglemens de notredite cour, intervenus audit procès sur l'appel de ladite sentence rendue audit bailliage d'Aurillac, ledit jour 8 janvier 1723 & incidente y jointe, ce faisant fournir de défenses, écrire, produire & contredire dans les tems & délais y portés, le tout si fait n'avoit été : Tout joint & diligemment examiné, notredite cour par son jugement & arrêt faisant droit sur le tout, en tant que touche l'appel dudit de Saint-Marsal de lad. sentence rendue audit bailliage d'Aurillac le 8 janvier 1723, a mis l'appellation & sentence au néant, émendant, sans avoir égard aux fins de non-recevoir, & requêtes de ladite Reyt & dudit Antoine Julhes son fils, joint par arrêt du 8 février 1725, ni à leurs requêtes du 3 mars audit an, ayant aucunement égard aux demandes dudit de Saint-Marsal, portées par requête des 22 janvier & 20 avril 1725, lui donne acte de la déclaration par lui faite par requête du 18 dudit mois d'avril, qu'il n'entend & n'a jamais entendu avoir par retrait féodal & seigneurial, que les biens qui sont tenus & mouvans de sa seigneurie de Conros, & de ce qu'il consent que ladite Reyt retienne, si bon lui semble, tant les bestiaux mentionnés dans l'acte d'acquisition faite par ledit défunt Géraud Julhes son mari, le huit janvier 1707 & autres qui leur ont été subrogés, que les biens & droits tenus & mouvans d'autres seigneurs que dudit de Saint-Marsal, si aucuns il y a, à la charge par ladite Reyt de faire faire à ses frais la ventillation, pour fixer l'estimation des biens & droits tenus & mouvans de lad. seigneurie de Conros : eu égard au prix total de ladite acquisition : condamne ladite Reyt de laisser audit de Saint-Marsal par droit de retrait féodal, le fief & métairie de Montal, cens, rentes & autres droits en dépendans, assis au village de Montal en la paroisse d'Arpajon, délaissée par Marguerite Laborie, veuve de Raymond Rocque audit défunt Geraud Julhes, moyennant la somme de sept mille huit cens liv. par acte sous signature privée, fait entr'eux ledit jour 8 janvier mil sept cent sept, dépose en l'étude de Lagarigue, notaire royal à Aurillac, le premier avril mil sept cent vingt, pour ce qui se trouvera desdits fief & métairie, cens, rentes & autres droits, être tenus & mouvans de la seigneurie de Conros appartenante audit de Saint-Marsal, au même état qu'ils étoient audit jour 8 janvier 1707. Pourra ladite Reyt, si bon lui semble, délaisser audit de Saint-Marsal les héritages & droits compris

BIU Cujas

dans ledit acte du 8 janvier 1707 tenus & mouvans d'autres ſeigneuries que celle de Conros, auſſi au même état qu'ils étoient audit jour 8 janvier 1707, même les beſtiaux qui garniſſent leſdits héritages, au lieu de ceux qui y étoient au tems dudit acte, juſqu'à concurrence de la ſomme de cinq cent livres, prix de l'eſtimation faite deſdits anciens beſtiaux par ledit acte de délaiſſement du 8 janvier 1707, ce que ladite Reyt ſera tenue de déclarer préciſément par écrit audit de Saint-Marſal, dans un mois pour tout délai, du jour de la ſignification du préſent arrêt à perſonne ou domicile; & en cas que par lad. déclaration ladite Reyt veuille retenir leſdits héritages & droits non mouvans de ladite ſeigneurie de Conros, ordonne que par experts dont les parties conviendront pardevant le lieutenant général du bailliage d'Aurillac, ou le plus ancien officier du ſiége non ſuſpect aux parties, ſinon par lui nommés d'office, ventilation ſera faite aux frais de ladite Reyt ſans répétion, des héritages & droits mouvans de ladite ſeigneurie de Conros, & de ceux qui n'en ſont mouvans, ſur le pied de ladite ſomme de ſept mille huit cent livres, prix total des héritages & droits compris audit acte de délaiſſement, leſquels experts priſeront & eſtimeront ſéparément les réparations, augmentations, améliorations utiles & néceſſaires, ſi aucune ont été faites auſd. biens & héritages mouvans de ladite ſeigneuries de conros ou à parties d'iceux, & auſſi ſéparément les dégradations, ſi aucunes y ont été faites, le tout depuis led. jour 8 janvier 1707 auquel cas ledit de Saint-Marſal ſera tenu de payer en deniers comptans à ladite Reyt, les ſommes auſquelles ſeront eſtimés, tant les héritages & droits mouvans de ſadite ſeigneurie de Conros, que leſdites réparations, augmentations & améliorations utiles & néceſſaires qui ſe trouveront y avoir été faites depuis ledit jour 8 janvier 1707, enſemble les loyaux-coûts à proportion, à la déduction du montant deſdites dégradations, ſi aucunes y a, & ce dans un mois pour tout délai après leſdites ventilations & eſtimations: pourra ledit juge commis nommer un tiers expert, ſi ceux qui auront été nommés ſe trouvent d'avis contraire; & au cas que par ladite déclaration ladite Reyt conſente de délaiſſer audit de ſaint Marſal la totalité deſdits héritages & droits contenus audit acte du 8 jour de janvier 1707, même des beſtiaux, juſqu'à concurrence de ladite ſomme de cinq cent livres, eſtimation ſera faite deſdits beſtiaux par les mêmes experts, pour en être délaiſſé juſqu'à ladite concurrence de cinq cent livres; comme auſſi ſera faite eſtimation des réparations, augmentations & améliorations utiles & néceſſaires, même des dégradations, ſi aucunes ont été faites auſdits héritages non-mouvans de ladite ſeigneurie de Conros, depuis ledit jour 8 janvier 1707, auquel cas ledit de ſaint Marſal ſera tenu de payer à ladite Reyt, auſſi en deniers comptans ladite ſomme de ſept mille huit cent livres, pour le prix de la totalité deſdits héritages & droits, le montant du total deſdites réparations, augmentations & améliorations, & la ſomme de cinq cenq livres pour la valeur deſdits beſtiaux; enſemble la totalité des loyaux-coût, à la déduction du montant deſdites dégradations, dans deux mois pour tout délai, du jour que ledit conſentement lui aura été ſignifié; & en l'un & l'autre deſdits cas, les fruits deſdits héritages & droits n'appartiendront audit de ſaint Marſal que du jour de l'un ou l'autre deſdits payemens ſeulement: en faiſant l'un ou l'autre deſquels payemens ladite Reyt ſera tenue de remettre audit de ſaint Marſal les titres & documens qu'elle peut avoir pardevers elle juſtificatifs de la propriété deſdits biens & droits qui ſeront délaiſſés audit de ſaint Marſal; ſinon & à faute par ledit de ſaint Marſal de faire l'un ou l'autre deſdits payemens dans les délais ci-deſſus préfinis, il demeurera déchu dudit retrait féodal purement & ſimplement en vertu du préſent arrêt, ſans qu'il en ſoit beſoin d'autre: Sur la demande dudit de ſaint Marſal portée par commiſſion & exploit des 29 juillet & 9 août 1724, ſans avoir égard aux fins de non-recevoir dudit Antoine Julhes, par arrêt du 11 décembre audit an, déclare le préſent arrêt commun avec ledit Antoine Julhes; & ſur le ſurplus des demandes les parties hors de cour & de procès, condamne ladite Reyt aux deux tiers des dépens des cauſes principales & d'appel, & tant elle que ledit Julhes, chacun à leur égard aux deux tiers des dépens des demandes, même de ceux réſervés par les arrêts des 6 juillet 1723, & 8 février 1725, l'autre tiers de tous leſdits dépens compenſé, la taxe des adjugés à l'exécution du préſent arrêt à notredite cour en la cinquiéme chambre des enquêtes réſervée. Mandons mettre le préſent arrêt à dûe & entiere exécution ſelon ſa forme teneur, & de ce faire te donnons pouvoir. Donné en parlement le 5 mai, l'an de grace 1735, & de notre régne le dixiéme.

DU

BIU Cujas

DU DROIT DE BLAIRIE.

QUESTION SOIXANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Définition du droit de blairie.*
2. *La coutume de Nivernois en a un titre exprès.*
3. *Les nobles ſont ſujets à ce droit.*
4. *Arrêt du parlement, du 14 juillet 1657, qui maintient les Céleſtins de Vichy dans ce droit, & qui en régle la forme du payement.*
5. *Ce droit n'eſt pas en uſage dans les pays de droit écrit.*

QUESTION LXV.

Du droit de blairie, & de quelle ſorte il eſt exigible ſur une paroiſſe ou communauté.

CE droit de blairie ayant lieu dans le pays de Bourbonnois, nous nous étonnons que la coutume dudit pays n'en ait point parlé, & qu'il faille recourir à la coutume voiſine, qui eſt celle de Nivernois. Elle en a un titre particulier, & en a traité plus expreſſément qu'aucune autre.

Droit de blairie eſt un droit ou redevance que 1 le ſeigneur haut-juſticier prend ſur tous les habitans d'une paroiſſe, pour raiſon de la vaine pâture des héritages en tems mort ; c'eſt-à-dire, lorſque les héritages ne ſont plus en défenſe.

Ladite coutume de Nivernois, en l'article pre- 2 mier du titre des droits de blairie, permet la vaine pâture en quelque ſaiſon que ce ſoit, ſinon qu'il y ait droit de blairie. Et au ſecond article, elle permet la même choſe, en payant par les habitans la redevance accoutumée payer pour blairie au ſeigneur Blayer, c'eſt-à-dire, qui a juſtice, titre particulier, ou preſcription ſuffiſante, ainſi qu'il eſt dit au troiſiéme article. Et la ſimple jouiſſance que les habitans auroient de cette vaine pâture n'eſt ſuffiſante qu'avec payement de redevance.

Au reſte, ſuivant l'article 5 du même titre, vaine pâture doit être entendue en chemins, terres, hermes & incultes, & prés dépouillés, excepté où & quand ils ſont de défenſe ; ſçavoir, pour les prés depuis la Notre-Dame de mars, juſqu'à la faux, tant de la premiere herbe, que du regain.

A quoi faut ajouter que ce droit de vaine pâture n'eſt pas un droit de ſervitude, & qu'il n'acquiert ni propriété ni poſſeſſion. Ce n'eſt qu'une ſimple faculté introduite par les anciens pour l'utilité publique, ou, ſi l'on veut, par les ſeigneurs hauts-juſticiers pour leur profit particulier, & en augmentation de leurs droits & revenus. Cette faculté & jouiſſance n'acquiert point de preſcription, parce que ceux qui s'en ſervent, n'en font pas les actes, *pro ſuo nec opinione domini*, ainſi qu'il eſt décidé en l'article ſeptiéme des maiſons & ſervitudes réelles de la même coutume de Nivernois, & qu'il a été remarqué par Coquille ſur ledit article.

Quand au ſujet de l'arrêt que nous donnons au public, comme ſingulier pour cette matiere, & qui ſert de réglement pour le payement de ſemblable redevance, il ſuffit de dire que les prieur & religieux du couvent des céleſtins de Vichy ſont ſeigneurs blayers de la paroiſſe de Ceuzat, & il leur eſt dû ſur icelle, par les habitans qui y ont des héritages, & faculté d'y mener paître leurs beſtiaux. C'eſt un droit qui leur a été autrefois donné & concédé par le duc de Bourbonnois, & qui fait partie de leur dotation & fondation.

Ce droit leur ayant été conteſté par quelques habitans de cette paroiſſe ; & ayant iceux voulu reclamer de la ſaiſie de leurs beſtiaux, une diſpute particuliere en a fait une controverſe générale, & a donné ſujet à l'arrêt.

Les céleſtins ayant donc juſtifié de leur titre, & vérifié leur poſſeſſion de ce droit de blairie, & de la redevance dûe pour cette raiſon, non-ſeulement ils y ont été maintenus, mais encore la forme de payer en a été réglée. Et c'eſt en quoi cet arrêt eſt plus remarquable, puiſqu'il peut ſervir de réglement aux autres endroits où le droit de blairie a lieu. Comme encore il ſe peut étendre au payement des tailles baptiſées & réelles qui ſe levent ſur quelque paroiſſe ou mandement, ainſi qu'en ce pays de Forêts.

Sera remarqué, que comme ces redevances ſont réelles, elles doivent être levées auſſi bien ſur les 3 nobles que ſur les roturiers, à proportion des héritages qu'ils poſſedent.

Extrait des Regiſtres du Parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France 4 & de Navarre : au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, ſalut. Savoir faiſons, que comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Bourbonnois ou ſon Lieutenant à Moulins, le huit mai mil ſix cent cinquante-un, entre les prieur & religieux Céleſtins du couvent de Vichy, demandeurs d'une part ; & Vincent Durand, & Pierre Raudoin, défendeurs, d'autre, par laquelle, ſans s'arrêter à l'enquête faite par ledit Durand, & ſans avoir égard à l'oppoſition par eux formée, la ſaiſie & exécution faite à la requête deſdits religieux Céleſtins, le 9 mai 1650, auroit été déclarée bonne & valable, & leſdits beſtiaux ſaiſis vendus, pour les deniers en provenans être diſtribués en déduction des arrérages du droit de blairie à eux dû, à cette fin leſdits Durand & Raudoin repréſenteroient leſdits beſtiaux ; ſavoir, ledit Durand quatre

BIU Cujas

bœufs, quatre thores & deux vaches par lui emmenées lors de ladite saisie ; & ledit Raudoin les sept chefs de bêtes bouvines, aux cautions par lui baillées ; à ce faire, tant ledit Durand que Raudoin, & lesdites cautions contraints comme dépositaires des biens de Justice, & condamnés aux dépens, eût été par lesdits Durand & Raudoin appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre lesdites parties, si bien ou mal auroit été appellé, dépens respectivement requis, & l'amende pour nous ; joint les griefs, moyens de nullité, & production nouvelle desdits appellans ; ausquels griefs les intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits, joint aussi les appellations verbales interjettées par ledit Durand, de la sentence du 27 juillet 1650, & par lesdits Durand & Raudoin, de celle du 7 juin mil six cens cinquante-un, sur lesquelles les parties auroient été appointées au conseil à écrire & produire. Vû ledit procès, griefs, causes d'appel, & réponses : Forclusions de produire de nouvel par les appellans : Production desdits religieux sur lesdites appellations verbales : Forclusion de produire par lesdits Durand & Raudoin : Instance entre lesdits religieux célestins, demandeurs aux fins de la commission par eux obtenue le 15 Janvier 1653, à ce que l'arrêt qui interviendroit fût déclaré commun avec Charlotte Regnauld, veuve & commune d'Antoine Evrard, icelle tenue de payer les droits de blairie, & représenter les bestiaux par eux saisis & tirés des mains du sergent par ledit Durand, fermier, dommages & intérêts soufferts & à souffrir & ès dépens, d'une part ; & ladite Regnauld audit nom, défenderesse, d'autre : Ladite demande, défenses, appointement en droit, production des parties : Autre instance entre lesdits religieux célestins, demandeurs aux fins d'autre commission par eux obtenue le trente mai mil six cent cinquante-quatre, à ce que l'arrêt qui interviendroit, faute d'avoir par les défendeurs rapporté le rolle qui avoit dû être fait du droit de blairie dû par ladite paroisse de Ceuzat pour les années 1648, & 1649, jusqu'en 1654, indiquer le nom des collecteurs qui en ont dû faire la levée, & actuel payement dudit droit, ils fussent condamnés solidairement payer ledit droit de blairie pour lesdites années, continuer tant & si longuement qu'ils auroient des héritages, & seroient habitans de ladite paroisse ; comme aussi tenus de nommer des collecteurs, lesquels demeureroient responsables dudit droit, faute de ce faire contraints par saisie, tant de leurs bestiaux, que des immeubles, & aux dépens, d'une part ; Et François Grand, Michel Pauperou, Antoine du Saulzay, sieur de la Chapelle, Gabriel Mallet, sieur des Granges, & Damoiselle Marie Murat, veuve de Louis Derdiesse, Jacques Challot, & Pierre de Moury, défendeurs, d'autre : Ladite demande, défense, appointemens en droit : Production desdites parties : Requêtes employées par lesdits religieux pour contredit, suivant l'arrêt dû 14 avril 1655. Forclusion de contredire par lesdits défendeurs : Autre instance entre lesdits Mallet & Murat, demandeurs en sommation, suivant autre commission par eux obtenue, le 17 Février 1655, à ce que l'arrêt qui interviendroit fût déclaré commun avec Claude Fombert, comme propriétaire des maisons & héritages situés en ladite paroisse de Ceuzat, & aux dépens, d'une part, & ledit Fombert, défendeur, d'autre : Ladite demande, défenses, appointement en droit, production dudit Fombert : Forclusion de produire par lesdits de Saulzay & consorts : Production nouvelle desdits Grand & Pauparou : Requête employée pour contredits par lesdits religieux : Arrêt du 7 septembre 1655, par lequel avant procéder au jugement dudit procès & instances, auroit été ordonné que les parties articuleroient plus amplement leurs faits dans quinzaine, du jour de la signification d'icelui, informeroient au moins par-devant autre juge que celui dont étoit appel, écriroient, produiroient, bailleroient contredits & salvations : Arrêt des 16 mars, 8 juillet & 11 décembre 1656, par lesquels les enquêtes par lesdits religieux célestins du Saulzay & consors, auroient été reçues pour juger, sauf à débattre le procès-verbal, & les parties appointées à écrire & produire, & ouir droit sur les appellations interjettées par ledit du Saulzay & consors, des ordonnances & jugemens donnés par maître Jean de la Chaize, lieutenant particulier au baillage de Cusset, transcrites en son procès-verbal du 3 janvier audit an, fait à la requête desdits religieux célestins, d'une part, & iceux religieux intimés, d'autre, icelles parties auroient été appointées au conseil, écrire & produire, & la requête présentée par Claude de Calixte, le 21 juin audit an, à ce qu'il fût reçu partie intervenante audit procès ; jointe la cause d'appel dudit Saulzay & consors, réponses, productions & contredits desdites parties : Salvations dudit Saulzay : Quatre productions nouvelles desdits Saulzay & consors : Requête employée par lesdits religieux pour contredits : Tout joint & diligemment examiné :

Notredite cour par son jugement & arrêt, faisant droit sur le tout, sans s'arrêter à la requête d'intervention dudit Calixte, a mis & met les appellations & sentences des 8 mai & 5 juin 1651 au néant, sans amende ; a maintenu & gardé, maintient & garde les prieur & Religieux Célestins du Convent de Vichy, en la possession & jouissance de percevoir par chacun an, au jour & fête de saint Julien, dix-huit quartes de froment, & dix-huit quartes de féves, mesure de Billy, pour le droit de blairie a eux donné en la paroisse de Ceusat, faisant part & portion de la fondation & dotation à eux faite au mois d'avril 1410, par Louis, duc de Bourbonnois : condamne lesdits Raudoin, Durand, Regnault, Poperou, Saulzay, Mallet, Murat, Charlot, de Moury & Fombert, ensemble les propriétaires, de quelque condition qu'ils soient, les locataires, métayers, fermiers & autres non demeurans en ladite paroisse, qui posséderont & cultiveront des domaines & terres situées dans ladite paroisse, & auront bestiaux pacageans dans les communaux d'icelle, payer auxdits religieux par chacun an, leur part & portion dudit droit de blairie, suivant les deux états & mémoires qui seront faits par chacun an, trois mois avant le jour de saint Julien, l'un pour les roturiers, l'autre pour les nobles, par les Fabriciens Marguilliers de ladite paroisse, commission préalablement par eux prise du lieutenant du domaine, lesquels seront tenus de percevoir ledit droit, pour le payer ausdits religieux ledit jour saint Julien, sinon & à faute de faire lesdits états & mémoires, & exiger ledit droit, demeureront lesdits Marguilliers responsables d'icelui ; & faire saisir les bestiaux pacageans dans lesdits communaux, & les fruits croissans sur lesdits héritages & domaines de ladite paroisse, appartenant à ceux qui n'auront contribué pour leur part & portion. Et pour le regard des arrérages échus depuis 1646, seront acquittés en trois payemens égaux. A cette fin lesdits fabriciens & marguilliers de ladite paroisse, à présent en charge, obtiendront commission dudit lieutenant du domaine, & fe-

BIU Cujas

ront deux état & mémoires, pour le recouvrement deſdits arrérages, l'un pour les roturiers, l'autre pour les nobles ; Exigeront des contribuables en la préſente année, le tiers deſdits arrérages, & le payement auſdits religieux : continueront ceux qui ſeront en charge de recouvrer & payer en deux années prochaines les deux autres tiers reſtans deſd. arrérages, ſur leſquels lors du dernier payement déduction ſera faite de ce que leſdits religieux ſe trouveront avoir reçu ; autrement & à faute d'avoir fait leſdits états & mémoires, perçu & payé leſdits arrérages, leſdits fabriciens & marguilliers demeureront reſponſables en leur propre & privé nom, & chacun pour l'année de ſa fonction & adminiſtration ; permet auſdits religieux faire ſaiſir les beſtiaux pacageans dans leſdits communaux, & fruits croiſſans ſur les héritages & domaines de ladite paroiſſe, appartenans à ceux qui n'auront payé leur part & portion deſdits arrérages, & en conſéquence, notredite cour a fait main-levée audit Raudoin des beſtiaux ſur lui ſaiſis, les frais de ſaiſie préalablement payés ; & ſur l'appel interjetté par ledit Durand de la ſentence du 27 juillet, met les parties hors de cour & de procès : condamne leſdits Raudoin & Durand aux dépens de la cauſe principale, ſans dépens des cauſes d'appel. Et en tant que touche l'appel interjetté par leſdits Saulzay & conſors, des ordonnances du bailli de Cuſſet, met les appellations au néant, ſans amende ; ordonne que ce dont a été appellé, ſortira effet ; condamne les appellans ès dépens des cauſes d'appel, & de ceux faits depuis l'arrêt interlocutoire du 7 ſeptembre 1645, la taxe des dépens adjugés à notredite cour réſervée.

Si te mandons qu'à la requête deſdits religieux Celeſtins, le préſent arrêt tu mettes à exécution, de ce te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour, le 14 jour de juillet l'an de grace 1657, & de notre regne le quinziéme. Et au deſſous eſt écrit : par jugement & arrêt de ladite cour. *Signé*, du Tillet.

Par l'article cinq cent vingt-cinquiéme de la coutume de Bourbonnois, les prés non-bouchés ſont défenſables depuis la Notre-Dame de mars, juſques après la faux, & les prés portans revivre ou regain, depuis la même fête juſques à la S. Martin d'hyver.

Celle de Berry, titre 10, article 6, déclare que c'eſt depuis le premier jour de mars, juſques au quinziéme jour d'octobre ; & ſi les prés portent une ſeconde herbe, juſques à ce qu'elle aura été fauchée.

La même coutume en l'article onziéme, parle de la vaine pâture, & l'attribue au ſeigneur par préference : ſur quoi l'on peut voir les commentaires de l'abbé & de Ragueau, & le même Ragueau en ſon vocabulaire ſur le mot, *ceinture*.

OBSERVATIONS.

L'Auteur rapporte ici un arrêt pour le droit de blairie dans la province de Bourbonnois : la coutume de Nivernois a un titre exprès des droits de blairie. Il faut voir le judicieux Coquille dans ſon commentaire ſur ce titre, & dans ſa queſtion 263, c'eſt un excellent auteur : ainſi je n'ai rien à ajoûter, ſinon que ce droit eſt inconnu dans les pays de droit écrit où les héritages ſont libres.

L'auteur remarque que cet arrêt peut ſervir dans les pays de Forêts pour les tailles baptiſées, ou réelles ; & que les nobles, auſſi-bien que les roturiers, ſont obligés de payer ces ſortes de redevances réelles. En effet, l'arrêt qu'il rapporte, ordonne de faire deux états, l'un pour les nobles & l'autre pour les roturiers. 5

DU RETRAIT CENSUEL.

QUESTION SOIXANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans le pays de Forêts, le retrait cenſuel n'a pas lieu.*
2. *Le retrait lignager n'a pas lieu en Forêts.*
3. *Eloge de M. Papon, & ſon ſentiment ſur cette queſtion.*
4. *Eloge de M. Henrys, & ſa longue expérience.*
5. *Le retrait cenſuel n'a pas lieu dans le Lyonnois, Forêts, Beaujolois, Dauphiné & Provence.*
6. *Il a lieu dans les parlemens de Toulouſe & de Bourdeaux.*
7. *Le retrait féodal a lieu dans le Lyonnois, Forêts & Beaujolois.*

QUESTION LXVI.

Du droit de prélation, & s'il a lieu pour les fonds de roture, en faveur du ſeigneur direct.

1 QUOIQUE nous admettions en cette province le retrait féodal en faveur du ſeigneur duquel le fief dépend, nous n'eſtimons pas qu'il faille étendre ce droit de prélation au ſeigneur direct ou cenſier pour les fonds de roture, lorſque le propriétaire les vend. Il n'y a point identité de raiſon : comme en ce pays de Forêts, qui ſe régit par le droit écrit, les fiefs ſont nobles, & ainſi qu'en la coutume de Paris, ne doivent que la bouche & les mains : auſſi tout l'avantage que le Seigneur

BIU Cujas

en peut tirer, c'eſt de retenir le fief pour ſoi, s'il lui eſt commode.

Mais en changement de roture, le ſeigneur direct prenant un lod, il ſe doit contenter de ce profit.

Il eſt vrai que ſi nous tirions l'origine des directes, de ce qui eſt établi en notre droit, au titre *de jure emphiteutico*, ou que nous puſſions argumenter des regles que Juſtinien a preſcrites pour l'emphitéoſe à nos cenſives, on en pourroit inférer le droit de retenue & de prélation en faveur du ſeigneur direct, par ce qu'en effet l'empereur donne cette préférence au ſeigneur, de retenir la choſe vendue, en rembourſant les méliorations, & le choix ou de ne pas conſentir à l'aliénation, ou, en y conſentant, de prendre le droit qu'il lui attribue pour ce conſentement. Mais comme le lod a été ſubrogé à ce conſentement, auſſi l'uſage a emporté, que non-ſeulement il tient d'icelui, mais encore que le ſeigneur ne peut prétendre autre avantage que de s'en faire payer, & d'avoir pour cela une hypothéque préférable.

Néanmoins comme le pays de Forêts eſt contigu à l'Auvergne & au Bourbonnois, auſſi ce voiſinage fait qu'en ces deux provinces y ayant des droits plus avantageux pour les ſeigneurs directs, les ſeigneurs de cette province tâchent de les établir, & d'innover en cela à notre uſage.

En effet, l'une & l'autre coutume de Bourbonnois & d'Auvergne donnent cette prérogative auſſi-bien au ſeigneur direct qu'au ſeigneur féodal, ce
2 que nous n'avons point obſervé. Et comme le retrait lignager n'a point de lieu parmi nous, la retenue ou prélation n'y eſt pas non plus pratiquée pour les rotures.

Il ne faut qu'employer pour cela l'obligation ordinaire des reconnoiſſances dans les anciens terriers, qui n'obligent le tenancier qu'à payer le cens, charrois & manœuvres, & les lods quand ils écherront. *Cum laudibus, venditionibus & recognitionibus, cum pro tempore occurrerint.* N'y ayant donc point de réſerve & de condition en cas d'aliénation de l'héritage baillé à titre de cens, c'eſt un droit qu'on ne peut pas ſuppléer, ſuivant la loi, *quidquid aſtringendæ, ff. de verbor. obligation.* Et ſuivand même la loi derniere, *Cod. de jure emphyteutico*, où l'empereur veut qu'on en demeure aux termes & conventions du contrat.

Pour mieux établir cette uſage, il nous ſuffira de faire valoir l'autorité de M. Papon : car ayant été 3
lieutenant général en cette province longues années, & avec une approbation générale, on ne peut pas douter qu'il n'ait eu une connoiſſance parfaite de tout ce qui s'y pratiquoit, & étoit dans l'uſage. Voici donc comme il en parle au premier de ſes notaires, liv. 2, chap. des emphitéoſes & abrogations. *En la loi finale*, dit-il, *Juſtinien interdit à l'emphitéote d'aliéner le fond par lui pris & tenu à titre de cens, ſans le conſentement du ſeigneur direct*; ce qui eſt obſervé en pluſieurs lieux pour aucuns ſeigneurs directs, qui peuvent prétendre le fond être commis, & le mettre à leur main, & en inveſtir un autre, ſi le tenancier ſans ſon ſçu & conſentement, l'a vendu & autrement aliéné.

Il ajoute, *Le même Juſtinien baille au ſeigneur direct la prérogative de pouvoir retenir le fond que ſon emphyteote veut aliéner, pour le prix qu'il en trouve.* En pays de droit écrit réguliérement ne s'obſerve rien de cela, s'il n'eſt, par paction expreſſe, retenu par le ſeigneur direct. Il en excepte pourtant les fiefs & choſes nobles, & tient que même en pays de droit écrit, le ſeigneur pour les fiefs a cette prérogative & droit de retenue, par le chapitre premier, § *porrò, qualiter olim feudum poterat alienari.*

Et nous pouvons d'autant mieux confirmer cet uſage, & ce qu'en a dit M. Papon, que depuis plus de quarante ans que nous avons ſuivi le barreau en qualité d'avocat des parties, ou comme avocat du roi, nous n'avons point vu qu'aucun ſeigneur ait fait inſtance pour ce droit de prélation pour les héritages de roture. Ce qu'autrement les ſeigneurs n'auroient pas manqué d'agiter, ou pour leur bienſéance, ou pour en tirer quelque profit. Et il faut croire que ſi ce droit eût été en uſage, il y en auroit eu des procès.

Ce n'eſt pas que s'il étoit porté dans les anciens titres, il ne dût avoir lieu, parce qu'il faut tenir pour regle certaine, que comme le ſeigneur, en baillant ſon héritage, y a pû mettre les conditions qu'il a voulu, elles ſont auſſi obligatoires, ſi le droit public & les bonnes mœurs n'y répugnent.

OBSERVATIONS.

Si le retrait cenſuel a lieu dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois.

L'Auteur dans cette queſtion examine ſi le droit de prélation ou retrait a lieu pour les rotures, auſſi-bien que pour les fiefs dans la province. Il décide qu'il n'eſt pas reçu 4
pour les héritages en roture. Il cite l'autorité de M. Papon, dont il fait l'éloge. Il ajoute qu'il n'a jamais vû de procès ſur cette matiere depuis plus de 40 ans qu'il a ſuivi le barreau en qualité d'avocat des parties, ou du roi. J'ai remarqué dans ma préface & en d'autres endroits, que notre auteur a exercé pendant 25 ans la profeſſion d'avocat des parties, & pendant près de 30 ans la charge d'avocat du roi : ce que j'ai fait pour faire connoître d'autant mieux ſa capacité, puiſqu'il joignoit une longue expérience & un heureux génie à un grand fond d'étude.

Pour revenir à la queſtion, il eſt certain que dans toute la province du Lyonnois qui 5
comprend le Forêts & le Beaujolois, le retrait cenſuel n'a pas lieu. Il n'eſt pas reçu non plus en Dauphiné, ſuivant le témoignage de M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chap. 21 ni au parlement de Provence, ainſi que Morgues le certifie dans ſon commentaire ſur les ſtatuts de Provence, pag. 114; mais il eſt reçu au parlement de Toulouſe, ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés par M. de la Rocheflavain, des droits ſeigneu- 6
riaux, chap. 13, & Deſpeiſſes, tom. 3, pag. 81. *Idem* au parlement de Bordeaux. Lapeyrere, let. R, nombre 118 & ſuivans.

BIU Cujas

A l'égard du retrait féodal, il a lieu dans la Provence, comme notre auteur l'a 7
remarqué dans la queſtion 16 du livre 3, tom. 1, où j'ai fait pluſieurs obſervations. L'auteur en parle encore dans ſon plaidoyer 19. Ainſi pour ſçavoir la matiere à fond, il faut joindre enſemble la queſtion 16 du livre 3 du tom. 1, avec la préſente queſtion & le plaidoyer 19.

Il ne ſera pas inutile de remarquer ici ce que l'auteur dit vers le milieu, que le retrait lignager n'a pas lieu dans ſa province : il a aſſuré la même choſe à la fin de la queſtion 19 du livre 2, tom. 1, où j'ai fait pluſieurs obſervations, que je ne répeterai point ici, afin d'éviter les redites.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DANS ma premiere obſervation, j'ai dit que le retrait cenſuel n'a pas lieu dans le Lyonnois, Forêts & Beaujolois; à l'égard du forêts, j'ai crû M. Papon & M. Henrys. A l'égard du Beaujolois, j'ai lû depuis peu un livre intitulé les franchiſes de la ville de Villefranche, dans lequel il y a une ancienne charte qui décharge les habitans du retrait cenſuel. *Si dominus miles vel quilibet alius dederit aliquam terram ſeu poſſeſſionem alicui burgenſi Villæfranchæ ad ſervitium qualecumque, & ſervitium fuerit ſuper hoc conſtitutum contra Burgenſem, vel ejus ſucceſſores, non poteſt reclamare, nec ad ſe rem ſervientem revocare. Si quis poſſeſſionem aliquam, domum, pratum, vel agrum teneat per ſe, vel per alium ab aliquo domino, & eam vendere voluerit, liberè & abſolutè ſine contradictione ipſius rei vendere poteſt, cùm voluerit, nec poteſt idem dominus rem venditam retinere.*

Le retrait cenſuel n'a pas lieu non plus dans la Breſſe, ſuivant le témoignage de Revel, page 218 & de Collet, part. 2, page 63, mais il a lieu en Bourgogne, ſuivant l'art. 4, du titre des cens, & le témoignage de Taiſand ſur cet article.

Il a lieu auſſi en Auvergne, non-ſeulement dans la partie qui ſe régit par la coutume, mais auſſi dans la partie qui eſt régie par le droit écrit, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 5 mai 1725.

DE LA TAILLE AUX QUATRE CAS.

QUESTION SOIXANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les ſeigneurs ne peuvent prétendre la taille aux quatre cas, s'ils n'y ſont fondés par leurs terriers.*
2. *La taille dûe pour le mariage des filles ne doit être que du double du cens.*
3. *Dans le Lyonnois le cens n'eſt pas entierement ſolidaire, il faut donner un tems aux emphitéotes pour s'égaler.*
4. *Les ſeigneurs ne peuvent demander vingt-neuf années d'arrérages de cens, qu'en rapportant livre, & papiers cenſiers en bonne forme.*
5. *Arrêt du 28 mars 1637, qui juge toutes ces queſtions.*
6. *Ancien arrêt en latin, du 4 mars 1474, qui juge que dans le Forêts, les ſeigneurs n'y peuvent prétendre la taille aux quatre cas, ſi ce droit n'eſt expreſſément porté par leurs terriers.*
7. *Eloge des anciens arrêts.*
8. *Réflexions ſur la longueur des arrêts de ce tems.*
9. *Dans les provinces du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, les ſeigneurs ont droit de demander vingt-neuf années d'arrérages de cens, quoiqu'ils ne rapportent point de livres.*
10. *Arrêt du 13 juin 1695, en faveur du ſieur de Villeneuve, baron de Joux en Beaujolois, qui l'a ainſi jugé.*
11. *Autre arrêt du 27 février 1701, en faveur du ſieur Pianello, ſeigneur de la Valet en Forêts, qui a jugé la même choſe.*

BIU Cujas

12. *Les intérêts des arrérages du cens ſont dûs du jour de la demande, dans les parlemens de Paris & de Bourdeaux.*
13. *Dans le Beaujolois, les intérêts des arrérages du cens ne ſont dûs qu'après la liquidation, en vertu d'une ſeconde demande.*
14. *Au parlement de Toulouſe, l'on accorde les intérêts des arrérages du cens au fermier, du jour de la demande, mais non au ſeigneur.*
15. *Pour ce qui eſt des intérêts des lods, ils ſe réglent dans les provinces de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, comme les intérêts des arrérages du cens.*
16. *Au parlement de Toulouſe, l'on ne donne point les intérêts des lods.*
17. *Au parlement de Provence, on les adjuge du jour de la demande.*

QUESTION LXVII.

De la taille aux quatre cas, & réglement notable pour la condamnation des arrérages des cens.

L'Arrest que nous voulons rapporter ici eſt important, & nous l'avons voulu joindre d'autant plus librement, que nous embraſſons volontiers ce qui peut ſervir au public & au ſoulagement des tenanciers envers les ſeigneurs directs.

Ce n'eſt pas que nous voulions faire fondement ſur la décharge & libération portée par ledit arrêt des mi-lods adjugés par la ſentence des premiers Juges, pour le mariage de quatre filles. N'ayant pas pû ſçavoir au vrai le motif de cette décharge, nous voulons croire que le ſeigneur n'avoit peut-être pas ſa prétention bien fondée, que cette obligation pour la taille aux quatre cas, n'étoit pas bien établie, & que les reconnoiſſances ne le portoient pas.

Car autrement c'eſt un droit auquel les ſeigneur peuvent être bien fondés, pourvû qu'il ſoit 1 exprimé par les terriers, & que les tenanciers s'y ſoient obligés. Quoique la libération ſoit favorable, & qu'il faille pancher pour elle, il ne faut pas pourtant ôter aux Seigneur ce qui leur eſt dû. En baillant le fond, ils y ont pû mettre la charge quils ont jugé convenable ; & le fond ayant été accepté à cette condition, il y faut ſatisfaire, ou le quitter. C'eſt donc une regle générale, qu'on ne peut s'exempter de ces charges & conditions, s'il y en a titre en bonne forme, à moins qu'elles ſoient inſolites & contre les bonnes mœurs.

Il eſt vrai que nous ne pouvons pas approuver la condamnation des premiers juges à payer un milod pour le mariage de chaque fille, & des quatre ou cinq mi-lods à la fois.

Car ſuppoſé que ce droit ſoit bien établi, nous 2 eſtimons qu'il ne peut être que d'un doublement de cens, & tel eſt l'uſage de ce pays & de la coutume de Bourbonnois, en l'article 344, ſur lequel le commentateur moderne dit, *que cette taille ſe doit prendre au double des rentes que les ſujets doivent en une année.* Ce qu'en effet les articles ſuivans expliquent de la même ſorte.

Auſſi ce même droit par la coutume d'Anjou, article cent vingt-huit, & par celle du Maine, article cent trente-huit, eſt appellé, *droit de doublage* ; & par la coutume d'Auvergne au titre 25, il eſt limité à trente ſols pour feu ; ce qui eſt encore plus doux que le double ſens. Outre que la même coutume en l'article 15 dudit titre 25 dit, *qu'en quelques endroits on double le cens au ſeigneur*, & c'eſt tout ce qui peut être dû, lorſque cette taille ou droit de quête n'eſt pas abonné ou reglé par la coutume.

On peut voir ſur ce ſujet Ragueau, en ſon indice ſur le mot *aide*, ou ſur le mot *taille*, & M. Lepreſtre, au chapitre 102 de ſa premiere centurie.

Ce que nous avons donc à remarquer de particulier ſur le ſujet de l'arrêt qui ſuit, c'eſt que la cour 3 n'a pas voulu donner au ſeigneur une condamnation ſolidaire contre un particulier pour les arrérages d'un cens impoſé ſur un tenement ou ſur divers fonds que pluſieurs tiennent. Il eſt vrai qu'il eſt indivis, & que l'hypothéque ſubſiſte pour le tout ſur chaque fond. Mais il ſe peut diviſer, & il eſt aſſez ordinaire d'en venir à une égalation. Il étoit donc juſte de bailler au défendeur un tems ſuffiſant pour ce faire ; & cependant ſuſpendre l'exécution ſolidaire : ce qui doit ſervir de regle en ſemblables rencontres.

Il eſt pareillement vrai que ſelon notre uſage les arrérages du cens ſe peuvent demander de vingt-neuf années : ce qui eſt rude & donne ouverture à beaucoup de fraudes & d'oppreſſions. La cour n'a pas voulu changer l'uſage, mais elle y a apporté un temperamment, en ce qu'elle a obligé le ſeigneur 4 de rapporter les livres & papiers cenſiers que lui ou ſes fermiers ont dû tenir de ce qui ſe paye année par année, & à faute de les rapporter, la cour a modéré la condamnation des arrérages aux cinq dernieres années. Ce qui eſt bien remarquable : car comme le ſeigneur ou le fermier eſt obligé de tenir un livre, auſſi ne peut-on préſumer qu'en mauvaiſe part s'il ne le tient point, ou ne le veut point rapporter. Car pour le regard des quittances, elles ſe peuvent perdre ou ſupprimer, lorſque les héritages ſe vendent par décret, & même il y a des ſeigneurs qui n'en baillent point.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut. ſçavoir faiſons, que comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant, le trentiéme jour de mars 1636. entre Claude-Charles de Bron, comte de la Liegue, héritier par benéfice d'inventaire d'Antoine de Bron ſon pere, demandeur, d'une part, & Jean Guyot, bourgeois de Lyon, héritier par benéfice d'inventaire de maître Pierre Chenevet, curé de Laubepin, défendeur, d'autre, par laquelle, ſans avoir égard aux moyens & faits dudit Guyot contre les terriers produits au procès pas ledit de Bron, déclarés impertinens & inadmiſſibles, ledit Guyot

BIU Cujas

auroit été condamné reconnoître de nouveau au profit dudit de Bron les fonds mentionnés aux premiers articles de sa demande, & des réponses de Matthieu & Floris Bruneto, au servis de quatre sols six deniers & un bichet & demi froment, un bichet & demi seigle, deux ras avoine, une coupe pois blancs mesure de riviere, un chappon, un connil, en payer les arrérages échus & à écheoir en derniers ou quittances valables, au prix que les denrées auront valu par communes années, continuer à l'avenir tant & si longuement qu'il sera détenteur desdits fonds, payer à cause d'iceux un milod dû par la succession à lui advenue, à cause du décès dudit maître Pierre Chenevet, & quatre autres mi-lods, à causes des mariages de Louise & Leonore, Gabrielle & Claudine de Bron, filles dudit Antoine de Bron, & sœurs dudit Claudes-Charles, demandeur, comme aussi payer un milod pour la reconnoissance du nouveau seigneur, par le moyen du décès dudit Antoine de Bron, iceux mi-lods, à raison de douze l'un: de la valeur desdits fonds, au dire d'Experts dont les parties conviendront pardevant le rapporteur du procès, autrement en seroit pris & nommés d'office; icelui Guyot condamné en outre reconnoître de nouveau les fonds mentionnés aux deux & troisieme articles de ladite demande, aux servis d'un ras d'avoine, mesure de saint-Symphorien-le-Chatel, d'une part, deux sols trois deniers tournois, trois coupes & demie avoine, à ladite mesure de saint-Symphorien, & deux perdrix, d'autre, en payer les arrérages échus & à écheoir, en deniers ou quittances, suivant la valeur, par communes années, avec le droit de mi-lod, à ladite raison de douze l'un, à cause de la succession à lui advenue desdits fonds, par le décès dudit Chenevet, au dire d'expert. Avant faire droit sur le quatriéme chef de ladite demande concernant les fonds mentionnés en la réponse d'André Joanin & Marguerite Thomasse sa femme, Antoine Joanin & Jeanne sa femme, ordonner que descente soit faite sur les lieux par le rapporteur du procès; à cet effet les terriers représentés, & que les parties conviendront d'experts au mois: faute de ce faire, en seront nommés d'office, moitié des dépens compensée, l'autre moitié réservée: Eût été appellé par ledit Guyot en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger si bien ou mal auroit été appellé, les dépens respectivement requis, & l'amende pour nous, joint les griefs hors le procés, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, ausquels ledit Claude-Charles de Bron, intimé, pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant. Vû icelui procès, griefs, réponses: Forclusion de fournir moyens de nullité: Production nouvelle dudit Guyot: Contredits à icelle: Arrêt du 31. Juillet dernier, par lequel sur l'appel interjetté par ledit de Bron de ladite sentence, en ce que l'on auroit interloqué sur le quatrieme chef de sadite demande, & en ce que moitié des dépens auroit été réservée, & l'autre compensée, les parties auroient conclu comme en procès par écrit, ce fait reglées en la maniere accoutumée & le principal du quatriéme chef interloqué, évoqué, & sur icelui les parties appointées, à écrire & produire griefs dudit de Bron: Réponses dudit Guyot: Forclusions de fournir moyens de nullité, & produire de nouvel par ledit de Bron: Production desdites parties sur ledit principal évoqué: Requête par elles respectivement employées pour contredits & salvations, suivant l'arrêt du Tout joint & diligement examminé:

Notre cour, par son jugement & arrêt à mis & met lesdites appellations & sentence, de laquelle a été appellé, au néant, sans amende, en ce que ledit Guyot auroit été condamné payer quatre mi-lods pour les fonds mentionnés au premier article de ladite demande, à cause des mariages desdites Louise & Leonore, Gabrielle & Claudine de Bron, & un autre mi-lod pour la reconnoissance du nouveau seigneur, à cause du décès dudit Antoine de Bron, & indéfiniment tous les arrérages dûs des cens & servis adjugés, & en ce que l'on auroit interloqué pour raison du quatriéme chef de ladite demande; émendant quant à ce, faisant droit sur le principal évoqué, condamne ledit Guyot reconnoître de nouveau au profit dudit de Bron ce qu'il possede des fonds mentionnés audit quatriéme article de sa demande, & ès réponses d'André Joanin & Marguerite Thomasse sa femme, Antoine Joanin & Jeanne sa femme, payer la part & portion des cens & servis de vingt-deux sols six deniers tournois, quatre bichets & demi froment, quatre bichets & demi seigle, neuf ras avoine, trois coupes de pois blancs, le tout mesure de Riverie, trois chappons, un connil & une perdrix & demie qu'ils doivent. Et pour procéder à la liquidation desdites parts & portions, sera tenu ledit Guyot faire appeller dans six mois pour toutes préfixions & délais les contenanciers, pour entr'eux être fait le repartement & égalation de ce que chacun en peut devoir; autrement ledit tems passé, payer lesdits arrérages solidairement des cens & servis, sauf son recours, contre lesdits contenanciers, & payer vingt-neuf années échues le premier Juillet 1630, jour de la demande, & ceux qui écheoiront ci-après, tant qu'il sera détenteur desdits fonds, tant desdits cens & servis dudit quatriéme chef de demande, que ceux du premier, deuxieme & troisieme adjugés par ladite sentence, déduction faite sur iceux de ce qui se trouvera avoir été payé. A cet effet représentera ledit de Bron dans pareil tems de six mois, les livres & papiers censiers que lui ou ses receveurs ont tenu du payement desdits cens & servis: à faute de ce faire, ledit tems passé, ne pourra ledit Guyot être contraint qu'au payement des cinq années échues auparavant ladite demande; Et en outre payer un mi-lod dû pour raison des fonds qu'il possede, faisant partie dudit quatrieme chef de demande, à compter du décès dudit défunt Thevenet, curé de Laubepin. Et sur les demandes desdits quatre mi-lods, à cause des mariages desdites Louise, Eleonore, Gabrielle & Claudine de Bron, & d'un autre, à cause du décès dudit Antoine de Bron, tant pour raison des arrérages dudit premier, que quatrieme chef, met les parties hors de cour & de procès: ladite sentence au residu sortissant effet, le tout sans dépens. En témoin de quoi nous avons fait mettre notre scel à ces présentes.

Si mandons au premier des huissiers de notredite cour, ou autre sergent sur ce requis, à la requête dudit Guyot, le présent arrêt mettre à exécution. De ce faire te donnons pouvoir. Commendons à tous qu'il appartiendra à toi obéir. Donné à Paris en notre parlement le vingt-huitieme jour de Mars, l'an de grace 1637. & de notre regne le vingt-cinquieme. Par jugement & arrêt de la cour. Signé, RADIGUES.

LUDOVICUS, Dei gratia, Francorum rex, Universis præsentes litteras inspecturis, SALUTEM. 6
Notum facimus, quod cùm lis mota fuisset coram Castellano & Judice Miribelli in patria Forensi pro Do-

BIU Cujas

mino dicti loci, inter dilectum nostrum Bremondum de Voulta militem dominum dicti loci Miribelli, seu ejus procuratorem, actorem ex una parte, & Petrum Briandi, Matthæum Surdeli, Joannem de Valtes, & alios eorum consortes, Mandamenti Miribelli, tam conjunctim quàm divisim, defensores ex altera, super eo quod dicebat & proponebat dictus actor, aut ejus procurator nomine ipsius, quod ipse ad causam sui castri de Miribello in patria Forensi sit, omnimodam jurisdictionem, altam videlicet, mediam & bassam, ac plura jura, prægativas, præeminentias in suos subditos, & maximè in & super suos homines censitivos, adeoque ipsos in quatuor casibus & quolibet ipsorum, scilicet pro militia sua, & quando mare transiret, dùm à barbaris seu hostibus ipsum capi contingebat, seu pro filia sua maritanda taillare poterat & debebat. Dicebat etiam dictus actor, quod ipse nuper Joannam de Voulta ejus filiam naturalem & legitimam matrimonialiter Jacobo Lupi Scutifero, Blein Lupi, Belli-visus, Domini filio dederat, ac sibi in dotem nomine dictæ suæ filiæ undecim millium librarum Turon. Summam constituerat & solvere promiserat. Ob quod insequendo consuetudinem in dicta patria Forensi notoriè observatam, per quam homines censitivi in quolibet dictorum casuum, dum ipsi casus eveniebant, duplicatum censum, seu servitium suo domino super rebus & possessionibus de dominio directo ipsorum nobilium moventibus & per ipsos possessis de anno quo dictus casus evenerat, solvere tenebantur; & ad hoc per Justitiam constringi & compelli poterant, ipse pluries dictos suos homines censitivos quatenus ipsi præfatum servitium, seu censum duplicatum sibi solverent, monuerat, quod minimè facere voluerant, & ob hoc ad ejus requestam coràm Judice dicti loci Miribelli ad certam diem adjornati extiterant. Dicebat insuper præfactus actor, quod ipse dictis juribus, prærogativis, servitiis ac præeminentiis, & præsertim in dictis quatuor casibus, & quolibet ipsorum, dum ipsos aut illorum alterum evenire contingebat, tam per se, quàm suos prædecessores, per tale & tantum temporis spatium quòd in contrarium memoria hominum non extabat, & in vim præfatæ consuetudinis in dicta patria Forensi communiter & indubitanter observatæ, pacifice & quiete, prout alii dictæ patriæ nobiles, usus & gavisus fuerat & erat. Dicebat finaliter dictus actor, quòd præfati defensores nuper, dum ipse miles effectus extiterat, dictam consuetudinem approbando, prædictum duplicatum censum seu servitium aut aliam talliam per ipsum actorem prafatis defensoribus ad causam dictæ militiæ impositam libere, sponte & absque contradictione quacumque solverant. Quare petebat & requirebat dictus actor, præfatos defensores, prout eorum quemlibet tangere poterat, ad pro dicta dote præfatam talliam, de servitio seu censu duplicato existentem, vigore dictæ consuetudinis, pro anno sæpe dicto, in & super possessionibus de directo dominio dicti actoris existentibus condemnari. Dictis defensoribus ex adverso dicentibus & proponentibus, quòd ipsi homines liberi & ab omni servitute seu servitio immunes, & præcipuè à prafata tallia, dictis casibus aut ipsorum altero occurente seu occurrentibus extabant. Nec ad eam præfato actori aliquo jure solvendam compelli seu constringi poterant aut debebant. Dicebant etiam dicti defensores, esto quod aliquas terras & possessiones in dominio directo dicti actoris (prout dictus actor prætendere voluerat & verum erat) obtinerent; attamen eò quod ad certum censum quem semper solverant, & minimè solvere recusaverant, illas possidebant, in ampliores census solutione etiam in dictis quatuor casibus & quolibet ipsorum, vratextu consuetudinis per dictum actorem prætensæ (quæ in dicta patria Forensi minime locum habebat) aut alio quocumque titulo, compelli minimè poterant aut debebant. Dicebant præterea dicti defensores, esto & non concesso quòd aliqui ex hominibus aliquorum nobilium in dicta patria Forensi existentium, & terram in ipsa habentium, in dictis quatuor casibus, aut aliquo ipsorum, aliquam talliam suis dominis solvissent, ut dictus actor prætendebat, attamen eò quod ipsi dictam talliam pacto aut aliquâ certâ obligatione speciali per dictos homines præfatis dominis factâ seu constitutâ, quâ mediante ad hoc faciendum se obligaverant (quod dicti homines defensores minime fecerant) solverant, talis solutio minime sibi obesse potuerat aut debuerat, poteratve aut debebat. Dicebant præterea dicti defensores, supposito & non concesso, quod aliquam pecuniæ summan præfacto actori, dùm miles factus fuerat, solvissent, ut ipse actor prætendere voluerat, eo tamen quod per modum liberalitatis præfatam pecuniæ summam (etiam ultra alia onera latiùs in processu declarata quæ præfato domino quolibet anno & pluribus aliis impendere cogebantur) solverant, id minime ipsis nocere poterat aut debebat. Finaliter dicebant dicti defensores quod ipsi sæpe dictâ libertate & immunitate, præfato actore vidente, à tanto & tali tempore, cujus in contrarium memoria hominum minime extabat, pacifice & quiete usi & gavisi fuerant; & si aliqua quæstio super hoc orta extiterat, sententiam & sententias semper pro ipsis & contra dominos reportaverant, ut dicebant. Quare petebant & requirebant præfati defensores à demandis requisitis & conclusionibus præfati actoris absolvi. Super quibus, dictis partibus auditis, & in factis contrariis & inquesta, ipsaque post modum facta & publicata, litterisque & munimentis partium prædictarum, reprobationibus testium, contradictionibus litterarum & salvationibus earumdem hinc inde traditis & productis, in jure appunctatis. Præfati Castellanus & judex dicti loci Miribelli, aut ejus locum tenens seu eorum locum tenentes, per suam sententiam, prædictam consuetudinem superiùs declaratam locum habere, in quantum opus erat, declarasset, & dictos defensores ad dictam talliam pro maritagio filiæ actoris præfati ascendentem ad summam duplicatam servitiorum unius anni de rebus quas ipsi defensores tenebant, & quas in anno sequenti quo dicta filia matrimonio copulata fuerat in directo dominio dicti actoris tenuisse constaret, solvendum, & in expensis dicti actoris à tempore publicationis testium ipsos condemnasset. A qua sententia fuisset pro parte dictorum defensorum ad Judicem ordinarium patriæ Forensis appellatum. Coram quo dictis partibus comparantibus, libelloque appellatorio pro parte dictorum defensorum appellantium, tam ad finem principalem, quam expensas tradito, tandem dictis partibus in factis contrariis & inquesta, ipsaque postmodum publicata, ac ipso processu cum aliis munimentis dictarum partium, reprobationibusque testium hinc inde traditis & productis in jure appunctatis, præfatus judex ordinarius Forensis per suam sententiam dictos Castellanum & judicem Miribelli male judicasse, & dictos appellantes bene appellasse, dictum actorem in expensis eorumdem defensorum condemnando, atque opiniones Jurisperitorum qui in dicto processu opinati fuerant in dicta sententia redigenda & ordinanda déclarasset. A qua similiter sententia proparte dicti actoris adjudicem appellationum Comitatus Forensis fuisset appellatum. Coram quo dictis partibus comparentibus, ac libello appellatorio per dictum actorem tradito, demùm dictis partibus in factis contrariis & inquesta, ipsaque postmodum pro parte dicti actoris duntaxat facta & publicata, litterisque ac munimentis partium prædictarum hinc inde traditis & productis, in jure appunctatis; præfatus judex appellationum per suam sententiam dictum Judicem ordinarium Forensis male judicasse, & dictum appellantem bene appellasse, sententiam dicti judicis ordinarii Forensis infirmando, declarasset & præfatam sententiam dicti Judicis ordinarii corrigendo & remendando, quod per præfatum Castellanum Miribelli bene judicatum, & per dictos defensores male appellatum fuerat, dictam sententiam confirmando; & præfatos defensores in præmissis,

missis, ac etiam in expensis dictæ causæ appellationis, & etiam appellationis præcedentis, condemnando, dixisset & pronunciasset. Fuit postremò à dicta sententia pro parte dictorum defensorum ad nostram Parlamenti Curiam appellatum. Auditis igitur in dicta Curia nostra partibus antedictis in causâ appellationis prædictâ, processuque, an bene vel male fuerit appellatum, salvoquod dicti appellantes suum libellum appellatorium infra certam diem tunc sequentem tradere possent, atque certa terraria, quæ dictus actor cum dicto processu producere volebat, à dicto processu, nisi reperiretur quæ in dicto processu aliàs producta per ipsum actorem fuissent, rejicerentur, ad judicandum recepto, eoque unà cum libello appellatorio dictorum appellantium & certis compositis per ipsos appellantes ad verificationem dicti libelli appellatorii, seu factorum in eodem contentorum productis, ac responsione per dictum actorem contra libellum appellatorium tradita, & dicto terrario viso & diligenter examinato.

PRÆFATA Curia nostra, per suum judicium, dictum judicem appellationum male judicasse, & præfatos appellantes bene appelasse declaravit & declarat, & per idem judicium præfata Curia nostra prædictam sententiam dicti judicis appellationum Forensis corrigendo & emendando, dictos appellantes & defensores à demanda, Requestis & conclusionibus dicti actoris, ipsum actorem in expensis dictarum causarum coram Judicibus ordinario & appellationum Forensis agitatarum, præfatarum tamen expensarum taxatione præfatæ Curiæ nostræ reservata, condemnando absolvit. In cujus rei testimonium, nostrum præsentibus litteris jussimus apponi sigillum. Datum Parisiis in parlamento nostro, quarta die Martii anno Domini millesimo quadringentesimo septuagesimo quarto: & Regni nostri decimo quarto. Per judicium Curiæ, G. BRUNAT.

Nous n'avons ajouté cet arrêt, que pour montrer que tous les seigneurs qui prétendent le même droit, n'y sont pas bien fondés, & qu'il faut qu'il soit expressément porté, & reconnu par les anciens terriers.

OBSERVATIONS.

L'Auteur parle dans cette question de la taille aux quatre cas, il établit que dans la province du Lyonnois & Forêts, les seigneurs n'ont pas droit de la lever, si ce droit n'est expressément porté par les terriers. Il rapporte un ancien arrêts du parlement en langue latine, rendu le 4 mars 1474 qui a déchargé d'un semblable droit les habitans de la paroisse de Mirebel, située en Forêts.

7 Cet arrêt mérite d'être lû, il est très-bien rédigé en peu de paroles & en des termes clairs & intelligibles. Il contient les moyens des parties & des titres sur lesquels elles se fondoient; par ce moyen on connoît les motifs sur lesquels l'arrêt est intervenu, cela empêche que l'on ne puisse détourner le sens de l'arrêt, & l'appliquer à toute autre chose que celle qu'il a jugée.

8 A présent les arrêt contradictoires intervenus sur les productions des parties, sont beaucoup plus longs & moins intelligibles; parce que les procureurs pendant le cours du procès, font grand nombre de productions, & donnent plusieurs requêtes par lesquelles ils prennent de longues conclusions souvent inutiles & presque toujours étrangeres. Cependant l'usage est d'inférer dans le vû de l'arrêt les conclusions de toutes ces requêtes tout au long, ce qui allonge furieusement les arrêts, & en rend la lecture fort ennuyeuse. Il seroit très à propos d'y apporter quelque remede, en défendant aux procureurs de donner des requêtes inutiles, ou en ordonnant aux greffiers qui rédigent les arrêts, d'en retraneher le verbiage, & de ne pas transcrire les conclusions tout au long, mais d'en prendre seulement l'essentiel & l'abregé.

Le second arrêt rapporté par l'auteur a débouté M. Charles de Bron, comte de la Liegue, seigneur de Laubepin en Lyonnois d'un semblable droit: cet arrêt a jugé plusieurs autres questions.

1° Il juge qu'il est dû un droit de mi-lod, pour raison des successions qui échéent en ligne collatérale sur le pied du douziéme denier de la valeur des héritages, cela est certain.

2° Il juge que le cens n'est pas solidaire dans cette province; il accorde un délai de six mois à l'emphitéote, pour faire appeller ses contenancier, pour faire entr'eux le repartiment & l'égalation de ce que chaque héritage doit supporter: cela se pratique de la sorte, comme nous le dirons sur la question 72 de la suite de ce livre, où l'auteur parle de la solidité du cens plus expressément dans le pays de droit écrit.

De combien d'années on peut demander les arrérages du cens dans le pays de droit écrit.

Le même arrêt condamne l'emphitéote à payer 29 années d'arrérages du cens, en représentant les papiers censiers que l'on appelle lieves dans la province; & à Paris, papiers cueillerets, que lui ou ses fermiers ont dû tenir: & à faute de ce faire, que l'emphitéote ne pourra être contraint au payement que de cinq années échues avant la demande.

L'auteur sur le fondement de ce chef de l'arrêt, décide que les seigneurs sont obligés de tenir & de rapporter des papiers censiers, si non qu'ils ne peuvent demander que

BIU Cujas

cinq années d'arrérages de cens. Il appuie encore ſur cela la queſtion 72. de la ſuite de ce livre, où il dit que c'eſt un réglement très-équitable : ſuivant ſon langage il ſemble que c'eſt une juriſprudence certaine & uniforme.

Cependant depuis le décès de l'auteur, le contraire a été jugé par pluſieurs arrêts, j'en ai fait rendre deux, l'un au profit du ſieur de Ville-Neuve, baron de Joux en Beaujolois, rendu au rapport de défunt M. de Fleury, le 13 juin 1694 ; l'autre au profit de M. Laurent Pianello, préſident des tréſoriers de france en la généralité de Lyon, ſeigneur de la Valette en Forêts, contre le ſieur Cozonde Bayard, rendu au rapport de M. Cadeau, le 26 février 1701.

Comme cette queſtion eſt fréquente & importante, je crois devoir rapporter ici les deux arrêts dont je viens de parler, afin de déſabuſer pluſieurs emphitéotes qui entreprenne de ſoutenir que dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, les ſeigneurs ne peuvent demander que 5 années d'arrérages du cens, quand ils ne rapportent pas de lieves en bonne forme.

Voilà le danger qu'il y a d'établir une juriſprudence ſur les arrêts, qui varie ſouvent, ſuivant l'humeur des juges, le crédit des parties, & l'habileté de leurs défenſeurs.

Mais ce qu'il y a de ſingulier dans cette queſtion : elle eſt intitulée de la taille aux quatre cas, & cependant l'auteur n'en parle preſque point, quoique la matiere ſoit importante, & qu'elle faſſe naître ſouvent des procès dans la province.

Je crois que le lecteur me ſçaura gré de rapporter les principes de cette matiere le plus ſommairement qu'il me ſera poſſible, & autant que de ſimples obſervations le peuvent permettre. Ce que je ferai ſur la queſtion ſuivante, où l'auteur en parle encore, celle-ci étant déja aſſez chargée.

Extrait des regiſtres du parlement.

10 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de france & de Navare : au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou tel autre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, ſçavoir faiſons, que le jour des préſentes comparant en notredite cour M. Pierre Valoſſiere, avocat en notre cour & au ſiége préſidial de Lyon, y demeurant, appellant de la ſentence rendue au bailliage de Beaujolois le 21 janvier mil ſix cent quatre-vingt-treize & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'une part, & M. Alexandre de Ville-Neuve, chevalier, ſeigneur baron de Joux, intimé, d'autre. Vu par notredite cour ladite ſentence dont eſt appel du 21 janvier 1693, rendue au bailliage de Beaujolois, entre led. de Ville-Neuve, demandeur en exécution de la ſentence d'ordre, & ledit Valoſſiere oppoſant & défendeur, par laquelle, tant par la faute de produire qu'autrement, ſans avoir égard à l'oppoſition dudit Valoſſiere dont il eſt débouté, il auroit été dit qu'il ſeroit inceſſamment procédé à la liquidation des arrérages de ſervis adjugés par ladite ſentence d'ordre au profit dudit ſieur de Ville-Neuve, du montant deſquels le receveur des conſignations vuideroit ſes mains en celles dudit de Ville-Neuve, à ce faire contraint, & moyennant lad. ſentence & la quittance dudit ſieur de Ville-Neuve, il en demeureroit bien & valablement déchargé, & ledit Valoſſiere condamné aux dépens ; & paſſé outre, nonobſtant & ſans préjudice, comme s'agiſſant de ſentence d'ordre : Appointé au conſeil, du 11 juillet 1693 : Cauſe d'appel dudit valoſſiere, du 18 août enſuivant : Réponſe dudit de Ville-Neuve du 15 Mars 1694 : Productions des parties : Contredits par elles reſpectivement fournis des 8 mai & 7 juin 1694 : Salvations dudit de Ville-Neuve du 25 dudit mois de juin : Réponſes à cauſe d'appel dudit de Ville-Neuve : Production nouvelle dudit de Ville-Neuve par requêtes des 19 & 20 mars 1694 : Contredits dudit Valoſſiere ſervans auſſi de ſalvations : Production nouvelle dud. Valoſſiere par requête du 14 juin dernier : contredits dudit de Ville-Neuve ſervant auſſi de ſalvations : Production nouvelle dudit de Ville Neuve aux requêtes du 22 dud. mois de juin : Sommation dudit de Valoſſiere du même jour, de contredire : Requête dudit de Ville-neuve du douze du préſent mois de juillet à ce qu'en procédant au jugement de ladite inſtance, il lui fût donné acte des offres & déclarations qu'il a toujours faites aud. de Valoſſiere, & qu'il réitere par ſad. requête, qu'il n'a prétendu & ne prétend ſur ledit prix provenant de la vente & adjudication deſd. biens & domaine, que le payement de vingt-ſix années (*a*) ſeulement des arrérages deſd. cens & ſervis en queſtion, à compter depuis le jour de la Saint-Martin 1664, juſques & compris celle de 1690 que l'adjudication deſdits biens a eté faite au profit dud. Valoſſiere, montant ſuivant lad. liquidation à la ſomme de cinq cens deux livres, dix ſols, ſans préjudice audit de Ville-Neuve deſd. cens &

(*a*) Parce qu'il n'étoit dû que vingt-ſix années d'arrérages.

BIU Cujas

servis dûs & échus depuis le jour de ladite adjudication jusqu'à présent, & ses autres droits seigneuriaux, sur laquelle requête est l'ordonnance de notredite cour, portant en jugeant, & tout considéré : Notredite cour a mis & met l'appellation au néant, ordonne que ce dont a été appellé sortira effet, & néanmoins en conséquence des offres dudit de Ville-Neuve portées par sa requête du 12 du présent mois de juillet, ordonne que sur le prix dudit domaine en question, il sera payé de la somme de cinq cent deux livres, dix sols, pour vingt-six années d'arrérages de cens & servis, au lieu de vingt-neuf années portées par la sentence dont est appel, échus depuis le jour de saint Martin 1661 jusques & compris 1690 que l'adjudication dudit domaine a été faite à l'appellant. (a) Condamne ledit appellant en l'amende ordinaire de douze livres, & aux dépens. Si te mandons à la requête dudit de Ville-Neuve, mettre le présent arrêt à exécution selon sa forme & teneur. De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour de parlement le treiziéme jour de juin, l'an de grace mil six cens quatre vingt-quinze, & de notre regne le cinquante-deuxiéme. Collationné par la chambre, du Tillet.

Extrait des regiſtres du parlement.

11 LOUIS par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huissiers de notre cour de parlement, ou autre notre huissier ou sergent sur ce requis, sçavoir faisons, que le jour des présentes comparant en notredite Cour François Cozon de Bayard, écuyer, appellant des sentences rendues en la sénéchaussée de saint Etienne, le treize mars & quatre décembre mil six cent quatre-vingt-dix-sept, d'une part, & M. Laurent Pianello, seigneur de la Valette, président des tréſoriers de France au bureau des finances de Lyon, intimé, d'autre ; & entre ledit Cozon, appellant de la sentence de liquidation faite par ledit juge de saint Etienne, le 19 décembre 1697 d'une part, & ledit Pianello, intimé, d'autre. Et entre ledit Cozon, demandeur en requête du 22 juillet 1700. d'une part, & ledit Pianello défendeur, d'autre. Vu par notredite cour ladite sentence dont est appel, rendue en ladite sénéchaussée de saint Etienne, le 13 mars 1697. entre ledit sieur de Pianello, demandeur en subrogation contre le sieur Demurat, subrogé aux criées des biens dudit sieur Cozon, poursuivis à la requête des religieuses de sainte Cathérine, & des religieux Minimes de la ville de Lyon, par laquelle ledit sieur de la Valette auroit été subrogé ausdites criées, au lieu & place dud. sieur Demurat ; ladite sentence dont est aussi appel rendue en ladite sénéchaussée de saint Etienne, le 4 décembre 1697 entre le sieur de Pianello, demandeur, contre ledit sieur Cozon, par laquelle ledit Cozon auroit été condamné de se faire inscrire au papier terrier dudit sieur de la Valette, ensemble de lui payer en deniers ou quittances valables les arrérages de cens qu'il devoit à cause des héritages situés en la seigneurie dudit sieur de la Valette, de vingt-neuf années échues au jour de l'opposition formée par ledit sieur de la Valette ausdites criées, & ceux échus depuis ladite opposition, sinon que ladite sentence vaudroit reconnoissance ; & qu'à la liquidation des arrérages de cens & servis ; il seroit procédé, & ce avec intérêt, sçavoir ceux de vingt-neuf années depuis l'opposition formée par ledit sieur de la Vallette, aux criées des biens dudit Cozon & des autres depuis la demande seulement, & ce jusqu'à l'actuel payement, & aux dépens : Arrêt du premier juillet 1699 par lequel sur l'appel les parties auroient été appointées au conseil : Causes d'appel dudit Cozon, du 4 janvier 1700 contenant ses conclusions à ce qu'il lui fût donné acte des offres qu'il avoit faites, en cause principale par ses défenses du 4 décembre 1697, qu'il réiteroit, de reconnoître & s'inscrire ès papiers terriers dudit sieur de la Valette, pour raison des lieux déja reconnus par Jean Cozon, & énoncés dans sa reconnoissance du 28 mai 1631, aux servis y exprimés ; payer les arrérages & servis demandés, en rapportant par ledit Sr. de la Valette la lieve manuelle qu'il avoit dû tenir, & les consentemens de ses fermiers, sauf audit Cozon son recours contre les contenanciers ; & en conséquence que les appellations & ce dont avoit été appellé fussent mises au néant ; qu'en émendant il fût déchargé des condamnations y portées ; que main-levée lui fût faite de l'opposition formée par ledit de la Valette aux criées des biens dudit Cozon, avec dommages & intérêts, suivant la déclaration qui en seroit donnée en la maniere accoûtumée ; & que led. sieur de la Valette fût condamné aux dépens des causes principales & d'appel : Réponse dudit de la Valette du dixiéme dudit mois de mars, employée pour contredits contre la production dudit Cozon : Production nouvelle dudit sieur de la Valette, faite par requête du 18 mai 1700 : Sommation par ledit Cozon de fournir des contredits contre la production nouvelle : Contredits dudit Cozon, du 9 juillet audit an

(a) Attendu que le sieur de Ville-Neuve s'étoit restraint à vingt-six années d'arrérages, ayant été payé du surplus.

BIU Cujas

1700 contre la production dudit ſieur de la Valette, faite ſuivant l'arrêt du 1 juillet 1699 & contre ladite production nouvelle, ſervant auſſi de ſalvations à ſes réponſes à cauſe d'appel; lad. ſentence dont eſt appel rendue en la ſénéchauſſée de S. Etienne, le 19 décembre 1697, par laquelle les 29 années de ſervis échues à la Touſſaints de l'année 1682 ſe ſeroient trouvées monter & revenir à la ſomme de trois cens trente-trois livres, ſix ſols, à laquelle elles auroient été évaluées; & les intérêts depuis le jour de l'oppoſition formée par ledit ſieur de la Valette aux criées des biens du dit Cozon, juſqu'audit novembre 1697, à la ſomme de deux cens ſoixante-ſix liv. douze ſol. & dix deniers; & le ſervis de neuf années, depuis ledit jour de Touſſaints 1681 juſques à la Touſſaints 1690 à quatre-vingt-neuf liv. huit ſols, outre les intérêts, à compter depuis le 5. novembre 1697 jour de la demande adjugée par ladite ſentence du 4 décembre audit an; & au ſurplus que ladite ſentence ſeroit exécutée ſelon ſa forme & teneur, & ce ſans préjudice de l'appel: Requête & demande dudit de Cozon du 22 juillet 1700, à ce qu'il fût reçu appellant, en adhérant à ſon premier appel, du procès-verbal de liquidation faite en vertu de la ſentence du 4 décembre 1697, ledit procès verbal datté du 19 décembre 1697; que faiſant droit ſur ledit appel, enſemble ſur celui deſd. ſentences des 13 mars & 4 décembre 1697, les appellations, & ce dont avoit été appellé, fuſſent miſes au néant; qu'en émandant il fût donné acte audit de Cozon, de ce qu'en réformant & révoquant, en tant que de beſoin, les offres non acceptées par lui faites par ſes défenſes du 4 décembre 1697 & par ſes cauſes d'appel, il offroit de s'inſcrire au papier terrier dudit Sr. de la Valette, pour raiſon des lieux qui pouvoient avoir été reconnus par ſes auteurs, aux ſervis & droits exprimés, en juſtifiant & rapportant audit de Cozon les reconnoiſſances & déclarations, ſi aucunes avoient été données par leſdits auteurs, pour s'y conformer; comme auſſi il lui fût donné acte de ce qu'il offroit de payer aud. de la Valette les arrérages des cens & ſervis contenus èſd. reconnoiſſances & déclarations, pour le rems de dix-neuf années échues depuis l'année 1671 juſques en l'année 1690, ſuivant l'eſtimation & liquidation qui en ſeroit faite ſur l'extrait des gros fruits de la ville de St. Eſtienne, à la déduction de la ſomme de 150 liv. payée par quittance du 14 mai 1691; ce faiſant, qu'il fût déchargé des condamnations portées par leſd. ſentences, que main-levée lui fût faite de l'oppoſition formée par led. de la Valette aux criées deſd. biens, avec dommages, intérêts & dépens; ladite requête employée par ledit Cozon pour cauſe d'appel, écritures & production ſur lad. demande, au bas de laquelle eſt l'ordonnance de la cour, portant ſur l'appel au conſeil, & ſur la demande en droit & joint, & acte de l'emploi: Requête dudit de la Valette, du 27 juillet 1700 employée pour réponſe: Autre requête dudit de la Valette, du 29 juillet audit an, employée pour écritures & production ſur ladite demande dudit Cozon, & contredit contre l'emploi de production: Production nouvelle dudit Cozon, faite par requête du 2 août 1700 ſignifiée le 3 dudit mois: Requête dudit de la Valette, du 5 dudit mois d'août, employée pour contredit contre lad. production nouvelle: tout joint & conſidéré;

Notredite cour, faiſant droit ſur le tout, en tant que touche l'appel de ladite ſentence du treize mars mil ſix cent quatre-vingt-dix-ſept, a mis & met l'appellation au néant: ordonne que ce dont a été appellé ſortira effet; & ſur l'appel de lad. ſentence du quatre décembre audit an 1697, enſemble de celle du dix-neuf décembre 1699, a mis & met leſd. appellations, & ce dont a été appellé, au néant, en ce que par icelles on auroit condamné ledit Cozon payer les arrérages de cens depuis 1657 juſques en 1671 & procédé à la liquidation d'iceux; émendant, quant à ce, ayant aucunement égard à la demande dudit Cozon, portée par ſa requête du 22 juillet 1700, décharge ledit Cozon du payement deſdits arrérages de cens, échus depuis ladite année 1657, juſques en 1671, leſd. ſentences au réſidu ſortiſſant effet, ſauf audit Pianello à ſe pourvoir pour leſdits arrérages de cens, contre les fermiers des biens dudit Cozon; ou héritiers deſdits fermiers, ainſi qu'il aviſera bon être; défenſes au contraire: fait main-levée aud. Cozon de l'oppoſition formée aux criées deſd. biens par ledit Pianello, en lui payant, par ledit Cozon, les arrérages & intérêts des cens qui ſe trouveront lui être dûs: condamné ledit Cozon en l'amende ordinaire de douze liv. & en la moitié des dépens, l'autre moitié compenſée. Te mandons faire, pour l'exécution du préſent arrêt, tous exploits de juſtice requis & néceſſaires. De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour de Parlement le 26 de février, l'an de grace 1701 & de notre regne le cinquante-huitiéme. Par la chambre, collationné, *Signe*, du Tillet.

Obſervations ſur cet arrêt.

Il y a pluſieurs choſes à remarquer dans cet arrêt. 1° L'arrêt infirme la ſentence, en ce qu'elle avoit adjugé les arrérages du cens depuis 1657 juſqu'en 1671 d'où l'on pour-

BIU Cujas

roit conclure, que la sentence a été infirmée, en ce qu'elle avoit adjugé vingt-neuf années d'arrérages depuis la demande, ce qui n'est pas vrai; mais l'Arrêt juge, que le sieur de la Valette avoit dû se pourvoir contre les fermiers pendant le tems de leur jouissance, qui étoit depuis 1656 jusqu'en 1671, & depuis les biens avoient été exploités par les propriétaires qui sont condamnés à payer les arrérages des cens & servis, jusqu'au 19 décembre 1699 jour de la derniere sentence. Or, depuis 1671 jusqu'en 1699, il y a vingt-huit ans.

2° Le sieur Cozon, qui étoit le censitaire, avoit demandé en la cour, à ce que le seigneur fût tenu de représenter les lieves que lui ou ses fermiers avoient dû tenir, & à faute de les représenter, qu'il ne lui fût adjugé que cinq années d'arrérages de cens; cependant la cour n'a point eu d'égard à cette requête.

3° L'arrêt confirme la sentence, en ce qu'elle avoit adjugé les intérêts du cens depuis l'opposition formée par le seigneur au décret des biens de l'emphitéote, ou depuis la demande; la difficulté ne réside pas en ce que l'on donne le même effet à l'opposition qu'à la demande, c'est aujourd'hui une jurisprudence triviale & certaine, mais en ce que l'on adjuge les intérêts du cens; il semble d'abord que c'est adjuger l'intérêt des intérêts, puisque les arrérages des censives sont des fruits.

Cependant, suivant les véritables principes, les fruits produisent intérêt, ainsi qu'il est décidé dans la loi *oleo*, 23, au code, *de usur.* La loi *neque*, 15 au dig. du même titre, semble décider le contraire; mais ce sont deux différentes especes: la conciliation de ces deux loix demanderoit un long discours; une note n'est pas susceptible d'une si longue dissertation; mais si le lecteur désire une plus ample instruction, il la trouvera dans M. Cujas, en ses commentaires sur les réponses du jurisconsulte Paul, qui est l'auteur de la derniere loi. Comme cet ouvrage est plus de pratique, que d'érudition, je me contente-
12 rai d'observer deux arrêts qui ont jugé, que les fruits produisent intérêts du jour de la demande: le premier du 20 juillet 1630 rendu au parlement de Paris en la grand' chambre, au rapport de M. de la Moignon, cité par M. Brodeau sur M. Louet, let. R. chap. 55, nombre 6; le second du 4 février 1657, rendu au parlement de Bordeaux en la grand'chambre, au rapport de M. du Verdier, cité par M. Lapeyrere, lettre I. nomb. 44. *idem* au parlement de Toulouse, suivant le témoignage de M. Catelan, tom. 2 liv. 6 chap. 6 où il dit que *fructus fructuum debentur officio judicis.*

* L'arrêt cité par M. Catelan semble avoir jugé le contraire; mais par cet arrêt, il n'a pas été jugé, que les intérêts des fruits ne sont pas dus depuis la demande; mais qu'ils ne sont pas dûs de plein droit, du jour de la liquidation des fruits sans demande.

Si les intérêts des arrérages sont dûs du jour de la demande.

A l'égard des intérêts des arrérages du cens, on les adjuge à Paris du jour de la deman-
13 de. Nous avons un arrêt du 26 avril 1672, dans le journal du palais, part. 2, pag. 469, qui l'a ainsi jugé dans la coutume de Paris; & je crois que cela est général dans tous les pays de coutumes. Pour ce qui est des pays du droit écrit, on les adjuge de même dans le Lyonnois & le Forêts; mais dans le Beaujolois, on ne les adjuge qu'après la liquidation en vertu d'une seconde demande.

Au parlement de Toulouse, l'on distingue entre le seigneur & son fermier; l'on refuse
14 au premier les intérêts des arrérages des cens & rentes, même depuis l'introduction de l'instance, & on les adjuge au second depuis la demande, suivant les arrêts cités par M. Catelan, tom. 2, liv. 6, chap. 6. La raison de la différence est fondée sur ce qu'à l'égard du seigneur, c'est un profit, & à l'égard du fermier, c'est un principal qui représente le prix de sa ferme. Cette raison ne paroît pas trop juridique; car puisque dans ce parlement l'on donne les intérêts des fruits *officio judicis*; l'on ne doit pas faire difficulté d'adjuger au seigneur les intérêts du cens, qui lui tient lieu des fruits de son héritage. D'ailleurs la fuite & la mauvaise foi de l'emphitéote méritent d'être punies; car si un censitaire chicanne pendant dix ou vingt ans, sera-t-il juste de priver le seigneur des fruits les plus précieux de son bien?

Si les intérêts des lods sont dûs du jour de la demande.

15 A l'égard des intérêts des lods, dans la province du Lyonnois & Forêts, on les adjuge depuis la demande; dans le Beaujolois, seulement depuis la liquidation. Pour ce qui est des parlemens de droit écrit, M. Despeisses, t. 1, p. 192, col 2, dit que les intérêts ne sont pas dûs dans le ressort du parlement de Toulouse: il cite un arrêt du 20 Décem-
16 bre 1600, qui l'a ainsi jugé. M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 31, sur la fin, dit qu'au parlement de Toulouse les intérêts des lods ne sont colloqués qu'au dernier rang, ce

BIU Cujas

qui ſuppoſe qu'ils ſont dûs; mais dans le livre 6, chap. 5, il dit qu'ils ne ſont adjugés que depuis la liquidation ; & dans le chap. ſuivant, il dit que l'on refuſe au ſeigneur les intérêts des arrérages du cens ; à plus forte raiſon on doit lui dénier les intérêts des lods, qui ne ſont pas ſi favorables que le cens.

17 Au parlement de Provence, l'on donne au ſeigneur les intérêts des lods & mi-lods depuis le jour de la demande, ſuivant les arrêts rapportés par M. Boniface, dans ſon recueil d'arrêts, tom. 1, liv. 3, à la fin, & dans la ſuite de ſon recueil, tom. 2, liv. 2, tit. 1, chap. 19.

Peut-on voir une telle variation dans la juriſprudence, ſans indignation, & ſans faire des vœux à ce qu'il plaiſe à Dieu d'inſpirer au roi de remédier à un ſi grand abus?

NOUVELLE OBSERVATION.

Dans ma premiere obſervation, j'ai omis de parler de deux provinces voiſines de Lyon, ſçavoir la Breſſe & le Bugey. Dans ces deux provinces, les intérêts du cens & des lods ſont dûs du jour de la demande, ſuivant le ſentiment de Me Revel dans ſon commentaire ſur les ſtatuts de Breſſe & de Bugey, pag. 225, & de Me Collet ſur les mêmes ſtatuts, part. 2, liv. 3, ſect. 1, rem. 4, pag. 72, col. 1. Vers la fin, il fait mention d'un arrêt du parlement de Dijon, du 8 mars 1621, qui l'a ainſi jugé.

Idem. Au parlement de Bourdeaux, ſuivant le témoignage de l'auteur des nouvelles notes ſur Lapeyrere, lett. I, nomb. 73 : à la fin, il cite deux arrêts qui l'ont ainſi jugé.

Au parlement de Provence, l'on diſtingue entre les gros & les menus cens. L'on appelle gros cens, celui qui eſt au-deſſus de dix ſols en argent, & en grains au deſſus d'un boiſſeau; l'on adjuge les intérêt du gros cens, du jour de la demande, & non du cens même; cela a été ainſi jugé par un arrêt ſolemnel du 16 mars 1665, rapporté par Boniface, tom. 1, liv. 3, tit. 3, chap. 3.

DU DROIT DE QUÊTE.

QUESTION SOIXANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le droit de quête eſt le même que celui de taille.*
2. *Il y a deux ſortes de quêtes ; l'une annuelle & certaine, & l'autre caſuelle & incertaine.*
3. *La premiere eſt ſujette à preſcription, l'autre eſt impreſcriptible.*
4. *Les tailles dans leur origine n'étoient que de ſimple courtoiſie.*
5. *A préſent que le roi léve des tailles exceſſives, celles des ſeigneurs ne ſont pas favorables.*
6. *Des auteurs qui ont traité de l'origine des tailles ſeigneuriales.*
7. *Dans les pays de droit écrit, les ſeigneurs ne peuvent avoir droit de taille, s'ils n'y ſont fondés en titres exprès.*
8. *Il ſuffit que dans les anciens terriers il ſoit dit que les emphitéotes ſont taillables.*
9. *Des cas où les ſeigneurs peuvent lever la taille.*
10. *De tous les ordres de chevalerie, il n'y a que celui du Saint-Eſprit qui donne droit de lever la taille.*
11. *Dans le cas du mariage des filles, ce droit n'eſt dû que pour le mariage de l'aînée.*
12. *Ce droit n'eſt pas dû pour le mariage ſpirituel.*
13. *Ce droit n'eſt pas dû pour le mariage de la fille bâtarde.*
14. *Ce droit eſt dû pour le mariage de la ſœur, quand le frere eſt obligé de la doter.*
15. *De l'origine des coutumes.*
16. *Ce droit n'eſt plus dû pour la rançon du ſeigneur.*
17. *Ce droit n'eſt pas dû pour la mutation du ſeigneur, ni pour l'acquiſition d'une terre ; ſi les anciens terriers ne le portent expreſſément.*
18. *Il y a deux ſortes de taille ; l'une perſonnelle, & l'autre réelle.*

BIU Cujas

19. *Les eccléſiaſtiques & les nobles ſont exempts de la premiere, mais ils ſont ſujets à la ſeconde.*
20. *La taille perſonnelle, quand le cas arrive, ſe régle au double du cens.*
21. *Le droit de la taille perſonnelle & caſuelle ne ſe peut acquérir, ni ſe perdre par la preſcription.*

QUESTION LXVIII.

Du droit de quête, & s'il ſe peut preſcrire par le non-uſage.

APROPOS de la taille aux quatre cas, nous ſommes obligés de parler du droit de quête : car comme il n'eſt pas commun en cette province, & que néanmoins il eſt porté dans les terriers de quelques ſeigneurs, nous avons vû pluſieurs empêchés à rechercher l'origine & la cauſe de ce droit.

1 Il faut donc préſuppoſer que ces mots, *Taille, Quête & Ayde*, ſont des ſynonimes, & ſignifient la même choſe, ainſi qu'on peut l'apprendre de Ragueau en ſon indice des droits royaux.

En effet, la coutume de Bourbonnois en l'article 343, ayant établi le droit & faculté qu'a le ſeigneur de tailler les hommes réſidens & ſujets en ſa haute juſtice, elle ajoute *que la taille aux quatre cas s'appelle Quête.* Et en l'article ſuivant elle dit, *celui qui a taille ou quêtes ès quatre cas.* Et encore en l'article 347, il eſt porté que *ſi pluſieurs des quatre cas arrivent en une même année, on ne pourra ladite année lever la quête que pour l'un deſdits cas.*

Pareillement la coutume de Nivernois, au titre des ſervitudes perſonnelles, tailles, pourſuites, &c. en l'article quatre, uſe du mot de *quêter*, & en l'article 7 confond les taillables & quêtables. Et enfin la coutume de la Marche aux articles 128. 129. & autres, parle d'une *quête courante*, c'eſt-à dire de la taille que le ſeigneur impoſe par chacun an ſur les ſujets taillables.

2 Il y a donc diverſes ſortes de quêtes, la quête courante qui eſt bien annuelle, mais n'eſt pas reglée & certaine, & ſe doit regler *arbitrio boni viri*, la quête ou taille abonnée à certaine ſomme, la taille ou quête ſerve à la volonté du ſeigneur, & enfin la quête ou taille caſuelle, & qui n'eſt due qu'en certains cas, ſoit par doublement du cens, & que les coutumes d'Anjou & du Maine appellent *doublage*, ſoit par la taxe & liquidation qu'en font les officiers ou les experts à ce commis.

Quant a la quête certaine & perpétuelle, c'eſt une contribution qui ſe paye annuellement, ſelon les quotités & portions des héritages par tous les habitans & juſticiables d'une terre; & cette terre s'appelle *Terre de quête*, en la coutume d'Acqs titre 9. articles 11 & 12, & autres ſuivans; & en la coutume de Bearn, au titre 53. article 1. C'eſt donc une rente générale & uniforme, qui ſe paye annuellement & à proportion ds ce que chacun poſſede, & l'a reconnu.

Un ſeigneur de cette province ayant donc ce droit par ces terriers, par article ſéparé & diſtinct du cens, en ces termes, *Item, & pour droit de quête reconnoît devoir, & promet payer*, &c. on a demandé ſi ce droit ſe peut preſcrire; ſur quoi nous avons répondu qu'il y avoit quelque diſtinction à faire.

3 Pour le droit de taille & de quête, qui eſt caſuel, & ne peut être levé qu'en certains cas, & quand ils ſurviennent, il y a apparence qu'il ne'eſt pas preſcriptible. C'eſt parce qu'ainſi que les corvées, il ne conſiſte qu'en une ſimple faculté que le ſeigneur a de s'aider de cette aide & ſubvention, & que les droits qui ſont *meræ facultatis*, ne ſe preſcrivent point, étant au choix du ſeigneur de s'en ſervir ou non.

Outre qu'il ſe peut faire que les cas n'arrivent pas dans un ſiécle ni dans deux; & partant le défaut de perception procédant ou de la grace du ſeigneur, ou de la non-échéance des cas, la non-jouiſſance ne lui doit pas nuire, s'il n'y a eu contradictiou.

Mais quand cette taille ou quête caſuelle a été rendue fixe & certaine, & qu'elle ſe doit payer annuellement, comme nous ne la conſiderons que tout ainſi qu'une rente fonciere, ou qu'un ſurcens, auſſi croyons nous que ce droit eſt ſujet à preſcription, d'autant que ce n'eſt pas une charge réelle, créée lors du bail de l'héritage, & qu'étant diſtincte & ſéparée du cens, elle n'a pas le même privilége, non plus que la même cauſe.

Car comme a fort bien remarqué le judicieux Coquille ſur l'article 5. du titre préallégué, pour établir qu'une redevance dépende de la cenſive, & ſoit un acceſſoire de la directe, il faut que ce ſoit une convention qui procede du bail de l'héritage; au lieu que ſi c'eſt une preſtation perſonnelle qui procede de ſervitude, ou qui ait un autre fondement, elle peut bien être obligatoire par la force de la convention, ou par le laps de tems, ou par la jouiſſance, mais elle n'eſt pas pour cela impreſcriptible.

Et pour montrer que ſemblable taille ou quête a ſa cauſe particuliere, il faut remarquer qu'autrement elle auroit été confondue dans le cens, & qu'on n'en auroit fait qu'un article, ainſi qu'on fait ordinairement, quoique le cens ſoit compoſé d'argent & de diverſes denrées. Etant donc diſtinct & ſéparé, il faut croire que cela procede d'ailleurs, & que c'eſt une ſurcharge que les ſeigneurs ont exigée.

En effet, comme autrefois *liberti præſtabant patronis dona, munera & operas, l. 7. ff. de operibus libertorum, & l. ultimâ, ff. de liberali cauſa*, c'eſt auſſi choſe certaine que les hommes & juſticiables d'un ſeigneur lui faiſoient des préſens aux occurrences, & qu'ils ſe cottiſoient pour cela; qu'à la naiſſance d'un enfant, ou au mariage d'une fille, ils tâchoient de témoigner leur rejouiſſance, ou de contribuer aux frais. Tout ainſi que parmi les Romains, *Decuriones proprio amore, vel ob lætitiam offerebant principi aurum coronarium*, dont il eſt parlé en la loi unique de notre code, au titre *de auro coronario*, & au code Theodoſien au même titre, où il eſt dit, que *munus erat voluntatis, quod non ſolùm Senatoribus, ſed ne aliis quidem debet indici, ne id quod voluntate offertur, neceſſitatis injuria ſequatur.*

C'eſt ce qui eſt arrivé pour les tailles ou quêtes: 4
car comme remarque Boutillier, ce droit n'étoit en ſon commencement qu'un droit d'une honnête courtoiſie, & qu'une gratification qui s'eſt changée en devoir, les ſeigneurs d'une volontaire ré-

BIU Cujas

connoiſſance, en ayant fait une néceſſaire : de ſorte que les juſticiables pour avoir accoutumé de donner, ſe ſont enfin obligés à continuer cela, ſous pretexte d'avoir la protection du ſeigneur, ou d'en être mieux traités.

Voilà donc la vraye origine du droit de quête ; ce qui fait voir qu'étant détaché de la directe, & n'ayant pas la même cauſe, il ne peut avoir les mêmes prérogatives. Auſſi comme la coutume de Bourbonnois & d'autres ne l'attribuent qu'aux ſeigneurs hauts-juſticiers, on peut inferer de-là que c'eſt plutôt une dépendance de la juſtice que de la directe.

Et même on peut dire que, comme en, pluſieurs endroits du royaume, les ſeigneurs avoient des hommes de condition ſervile, ç'a été la ſource des tailles & quêtes, & autres ſurcharges.

Comme de fait la coutume de Nivernois le dit expreſſément, & en parle comme de ſervitudes. De ſorte qu'on en peut tirer la même concluſion que des droits de bannalité, *quæ pereunt non utendo*, parce qu'en effet ce ſont ſervitudes impoſées par les ſeigneurs.

5 Que ſi Coquille a dit de ſon tems, que les tailles que le roi leve étant exceſſives, les redevances que les ſeigneurs exigent, en ſont moins favorables, il y a bien plus de raiſon de le dire à préſent, que la néceſſité de l'état & les frais de la guerre ont obligé nos rois à prendre au quadruple & au-delà, les tailles qu'ils avoient accoutumé de lever.

Autrefois que les tenanciers n'en payoient point ou fort peu, il leur étoit aiſé de conſentir aux ſurcharges, & d'aſſiſter leur ſeigneur aux occurrences ; mais à préſent qu'ils ſont accablés, ils doivent être mieux fondés à preſcrire ces ſurcharges & ſervitudes.

Et ne faut pas qu'on oppoſe que notre ſentiment ſemble impliquer quelque contradiction, & qu'ayant accordé que la taille aux quatre cas ne ſe peut preſcrire, nous devons accorder la même choſe pour la taille ou quête qui eſt perpétuelle, puiſque c'eſt pour même cauſe, & que ce droit procéde de même ſource.

Car ſi la taille aux quatre cas n'eſt pas ſujette à la preſcription, ce n'eſt pas tant par la nature de cette charge, que parce qu'étant caſuelle, & ne ſe pouvant prendre qu'en certains cas, & aux occurrences, c'eſt plutôt une faculté qu'a le ſeigneur, qu'une obligation préciſe en la perſonne des habitans.

Quant à l'étymologie du nom de *quête*, nous croyons que c'eſt parce que ſemblable droit étoit en ſon commencement querable ou quêtable par les gens du ſeigneur, & qu'ils alloient quêter les Juſticiables, & leur demander la contribution.

Comme nous venons de dire que la taille ou quête n'étant pas fixe, mais caſuelle, elle n'eſt pas ſujette à la preſcription ; nous pouvons autoriſer cela par l'article 29 de la coutume de Bourbonnois, qui eſt formel, & porte *que droit de taille aux quatre cas, de charrois & manœuvres, & de tailles perſonnelles, ne ſe preſcrivent, ſinon depuis la contradiction, après laquelle contradiction, la preſcription commence.* Le commentaire cite les docteurs ſur la loi *qui luminibus, in verbo foramen. ff. de ſervitut. urban. prædior.* Et Raguau ſur Berry, tit. 11. art. 2. & titre 12. art. 1.

La même coutume en l'article ſubſéquent établit la preſcription des arrerages des tailles aux quatre cas par dix ans.

OBSERVATIONS.

De la taille aux quatre cas.

Dans cette queſtion l'auteur parle du droit de quête, qu'il dit être la même choſe que la taille, à la réſerve que le plus ſouvent la quête eſt un droit annuel, certain & reglé, & que la taille aux quatre cas eſt un droit incertain, & qui n'arrive que dans certains cas qui ſe préſentent rarement. J'ai promis dans la queſtion précedente d'en expliquer les principes. Pour ſatisfaire à ma parole, je devrois rapporter l'origine de ce droit ; mais cette diſſertation ſeroit plus curieuſe qu'utile ; & de ſimples obſervations ne ſont pas ſuſceptibles de diſſertations hiſtoriques. Je me contenterai donc de renvoyer
6 aux auteurs qui en parlent. Cujas, ſur le liv. 2 des fiefs, tit 7, Chopin, *de dom.* livre 3, tit. 4, nomb. 7 & 8. Coquille, ſur la coutume de Nivernois, chap. 8. dans ſes inſtitutions, pag. 44 & 45, & dans ſes queſtions, queſt. 314. Lepreſtre, cent. 2, chap. 1 d'Olive, liv 2, chap. 6. Salvain, part. 1, chap. 49. Ces deux derniers auteurs traitent la matiere à fond avec beaucoup d'érudition. Il faut y joindre du Cange dans ſon ſçavant gloſſaire ſur le mot, *tallia.*

Pour ſatisfaire au deſſein que je me ſuis propoſé, j'examinerai ſeulement la matiere par rapport aux pays de droit écrit.

La premiere queſtion conſiſte à ſçavoir, ſi les ſeigneurs ſont en droit de lever la taille ſans titre, & quel doit être le titre.

La ſeconde, en quels cas ils peuvent lever la taille.

La troiſieme, de quelle nature eſt cette taille & ſa quotité.

La quatriéme, ſi ce droit eſt impreſcriptible.

7 A l'égard de la premiere queſtion, il eſt certain que dans les pays de droit écrit, les ſeigneurs ne ſont point en droit de lever la taille, s'ils ne ſont fondés en titres, ainſi que notre auteur l'a établi dans la queſtion précédente ; c'eſt auſſi la doctrine de M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chap. 49 au commencement. Mais la difficulté roule ſur la qualité du titre. La plupart des terriers diſent ſimplement, que les hommes du Sgr. ſont taillables, d'autres diſent taillables à volonté, & d'autres aux cas accoutemés. M. Salvain, au même endroit, dit que le ſeigneur doit être fondé en titres qui ſpécifient les cas, & qu'il ne ſuffit pas que les reconnoiſſances portent que tous ſes hommes ſont taillables & exploitables à miſéricorde. J'ai de la peine à me rendre au ſentiment de

BIU Cujas

de cet auteur, quoique je l'eſtime & l'honore fort. Je crois donc que lorſque les anciens titres diſent, que les hommes du ſeigneur ſont taillables à volonté ou aux cas accoutumés, le ſeigneur a droit de lever la taille aux quatre cas. Telle eſt la juriſprudence des arrêts rapportés par M. la Roche-Flavain, des droits ſeigneuriaux, art. 1 & 6, & par M. Catelan, tom. 1, liv. 3, chap. 16. La difficulté ne peut tomber que ſur le premier cas, lorſqu'il eſt ſimplement dit, que les ſujets ſont taillables. Cette queſtion s'eſt préſentée au procès d'entre meſſire Imbert de Luzy, marquis de Couzan, ſeigneur de Chalin Duſoure, & M. Laurent Severat, procureur du roi en l'élection de Monbriſon. J'avois écrit au procès pour le ſieur marquis de Couzan : par l'arrêt qui intervint en la troiſiéme chambre des enquêtes, le 9 janvier 1699, les parties furent interloquées ſur ce chef : il fut ordonné que dans trois mois elles feroient preuve tant par titres que par témoins, pardevant le lieutenant général de Lyon; ſavoir, ſi ſous le nom de juſticiable & taillable, l'on entend ordinairement un homme ſujet à la taille aux quatre cas cet arrêt regardoit auſſi le droit de corvée, & à ce ſujet je l'ai rapporté ſur la queſtion 32, du livre 3, tome 1.

Pour ſatisfaire à cet interlocutoire, le ſieur de Couzan rapporta & produiſit, par production nouvelle, un arrêt contradictoire rendu le 26 mai 1671, au profit de Jacques Henrys, ſeigneur de Grezieu, par lequel les habitans dudit lieu avoient été condamnés à payer la taille aux quatre cas, quoique par les reconnoiſſances les emphitéotes fuſſent ſimplement dits taillables. J'ai auſſi rapporté cet arrêt au même endroit : cependant le procès ayant été vu de petits commiſſaires, les juges y firent beaucoup de difficulté, & conſeillerent aux parties de s'accommoder : par la tranſaction qui fut paſſée, & que je dreſſai, le ſieur marquis de Couzan ſe relâcha ſur les corvées, & le ſieur Severat ſe ſoumit au payement de la taille aux quatre cas.

Il y a lieu d'être ſurpris que meſſieurs de la troiſiéme des enquêtes aient fait une ſemblable difficulté, puiſque dans cette même chambre, dans la même année, il fut jugé entre le ſieur du Rozier, ſeigneur de Magneux, & les habitans dudit lieu, que ces mots, *recognitionibus de patre ad filium, & è contra*, ſans autre explication, emportoient un droit de reconnoiſſance dans les ſucceſſions directes, tant en ligne aſcendante, que deſcendante. Cependant ce droit eſt bien plus rigoureux que celui de la taille aux quatre cas, puiſqu'il produit un mi-lod, qui eſt le douziéme denier de la valeur des héritages : il eſt bien plus fréquent, puiſqu'il arrive à toutes les mutations : il eſt bien plus incivil, puiſqu'il bleſſe les ſentimens de la nature, & qu'il eſt contraire à l'eſprit des loix, qui ne reconnoiſſent point de mutation entre le pere & les enfans. J'eſtime donc que le mot *taillables*, quand il ſe trouve dans les anciens terriers, & dans les reconnoiſſances qui les ont ſuivies, il eſt ſuffiſant pour obliger à payer la taille aux quatre cas. Quelque inclination que j'aye pour le ſoulagement des habitans de la campagne, je crois qu'ils ne doivent point refuſer cette courtoiſie à leur ſeigneur, & qu'il ne faut pas leur conſeiller de s'engager dans des procès qui ont toujours des ſuites fâcheuſes, pour diſputer à leur ſeigneur un droit auſſi modique. 8

Seconde queſtion concernant les cas où les ſeigneurs peuvent lever la taille.

M. Cujas, ſur le tit. 7, du deuxiéme livre des fiefs, en remarque juſqu'à 8. 1°. Quand le ſeigneur ſe marie : 2°. A la naiſſance de ſes enfans : 3°. Quand il acquiert quelque grande terre : 4°. Quand il eſt viſité par le prince, ou qu'il eſt obligé de le ſuivre : 5°. Quand il va combattre contre les infideles : 6°. Quand il eſt fait priſonnier de guerre : 7°. Quand il marie ſa fille aînée : 8°. Quand ſon fils eſt fait chevalier. M. d'Olive, liv. 2, chap. 7, & Ferriere ſur la queſtion 57, de Guy-Pape en cottent ſept. 9

Les coutumes qui parlent de ce droit, comme celles de Bourbonnois, d'Auvergne, de la Marche, de Bourgogne, de Bretagne, de Touraine, de Normandie, d'Anjou, du Maine & autres ne parlent que de quatre cas ; ſavoir, quand le ſeigneur eſt fait chevalier, quand il marie ſes filles en premieres nôces, quand il va en voyage outre-mer pour viſiter la Terre ſainte, & quand il eſt fait priſonnier des ennemis. Dans les pays du droit écrit, il n'y a pareillement que ces quatre cas en uſage, ſuivant la nouvelle juriſprudence du parlement de Toulouſe, certifiée par M. Catelan, tome 1, livre 3, chap. 16, & celle du parlement de Grenoble, rapportée par M. Chorier, dans ſes notes ſur la juriſprudence de Guy Pape 145.

Chevalerie.

La raiſon pourquoi les coutumes ont attribué au ſeigneur un droit de taille, lorſqu'il étoit fait chevalier, c'eſt parce qu'en ce tems-là l'ordre de chevalerie ne s'accordoit qu'au mérite, & ne ſe donnoit qu'avec de grandes cérémonies, qui engageoient le ſeigneur en

BIU Cujas

beaucoup de frais ; cependant quoique ce ne ſoit pas la même choſe aujourd'hui, ce droit n'a pas laiſſé de ſe conſerver.

La queſtion eſt de ſavoir quel ordre de chevalerie eſt requis pour donner lieu à la levée de la taille. Notre auteur, dans la queſtion ſuivante, rapporte un arrêt qui a condamné les habitans de la terre d'Uſſon, qui eſt ſituée ſur les confins de l'Auvergne & du Forêts, à payer au ſieur comte de la Roue un droit de taille, pour avoir été fait chevalier de ſaint Michel ; ce qu'il n'approuve pas, parce que cet ordre n'eſt plus conſidérable, & qu'il ne faut pas de grands frais pour l'obtenir. M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chap. 46, ſur le mot *cas de chevalerie*, ſur la fin, dit que le ſeigneur a droit de taille ſur ſes tenanciers, lorſqu'il eſt honoré de l'ordre du Saint-Eſprit, mais non pour celui de ſaint Michel, que quand il eſt joint à celui du Saint-Eſprit. Il ajoûte que l'ordre de ſaint Lazare ne donne pas lieu à la levée de la taille, non plus que l'ordre de Malte, & tous les ordres des princes étrangers. A l'égard de l'ordre de ſaint Louis, qui a été établi depuis peu en faveur des officiers de guerre, ſi l'on examine l'origine & la raiſon pourquoi l'on accordoit un droit de taille au ſeigneur quand il étoit fait chevalier, l'on trouve que c'eſt principalement pour les ordres militaires, & pour récompenſer ceux qui ſacri-
10 fient leurs biens & leur vie pour la défenſe de la patrie. Ainſi il faudroit conclure que l'ordre de ſaint Louis donne ouverture au droit de taille ; mais il y a un ſi grand nombre de chevaliers de cet ordre, & il s'accorde ſi facilement, qu'il ſeroit dangereux d'établir cette juriſprudence ; d'ailleurs cet ordre n'engage à aucune dépenſe. Il faut donc conclure, qu'il n'y a que l'ordre du Saint-Eſprit qui puiſſe donner droit à ceux qui en ſont honorés, de lever la taille ſur leurs emphitéotes.

Mariage des filles.

Ce cas fait naître pluſieurs queſtions : La premiere, ſi le ſeigneur a droit de lever la taille pour le mariage de toutes ſes filles, ou ſeulement pour le mariage de ſa fille aînée. La coutume d'Auvergne, chapitre vingt-cinquiéme, article ſecond, dit, quand il marie ſes filles en premieres nôces. * La coutume de la Marche, art. 130, dit, quand le ſeigneur marie ſa fille en premieres nôces : D'autres coutumes, comme celle de Normandie, art. 169, celle d'Anjou, art. 128 : celle du Maine, art. 138, & celle de Tours, art. 85, diſent la fille aînée ; celle de Bretagne, art. 87, dit l'une de ſes filles : celle de Bourgogne, tit. 1, art. 4, dit d'une fille tant ſeulement. Ferriere, ſur la queſtion 57 de Guy Pape, dit que le ſeigneur a droit de lever la taille pour le mariage de toutes ſes filles, & cite des arrêts du parlement de Toulouſe, qui l'ont ainſi jugé ; mais M. Salvain, ch. 49, ſur le mot, *cas de mariage*, dit que ces arrêts ont été rendus ſur des eſpèces particu-
11 lieres ; & il ſoutient, que dans la thèſe générale, ce droit n'eſt dû que pour le mariage de la fille ainée.

Mariage ſpirituel.

La ſeconde queſtion conſiſte à ſavoir, ſi ce droit a lieu pour le mariage ſpirituel, c'eſt-à-dire, quand la fille ſe fait religieuſe. Ferriere au même endroit, ſoutient l'affirmative, auſſi-bien que Boyer, déciſ. 126, nomb. 12, lequel cite pluſieurs auteurs, qui ſont de cet avis ; mais M. d'Argentré, ſur l'art. 87, de la coutume de Bretagne, not. 3, n. 6, ſe mocque de cette opinion, qu'il traite de ſcholaſtique. Chaſſanée, ſur la coutume de Bourgogne, ſur le mot, *mariage d'une fille*, traite auſſi de ridicules ceux qui ſoutiennent cette
12 opinion. M. Salvain, au même endroit, réfute fort doctement & ſolidement la même opinion.

Mariages des filles naturelles.

La troiſiéme queſtion regarde le mariage des filles bâtardes. M. Boyer, déciſ. 127, & M. Papon, dans ſes arrêts, livre 13, titre 3, nomb. 2, ſont d'avis que le droit de taille eſt dû pour le mariage des filles bâtardes ; mais M. d'Argentré, au même endroit, nombre 4, & M. Salvain, auſſi au même endroit, au commencement, réfutent fort bien cette opinion.

Mariage des ſœurs.

La quatriéme queſtion regarde le mariage de la ſœur du ſeigneur : M. Boyer & M. Papon ci-deſſus, ſont d'avis que le droit eſt dû en ce cas. M. d'Olive, liv. 2, chap. 7, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouſe, qui ont jugé le contraire ; mais dans ſa note, il dit qu'il faut diſtinguer : ſi la terre eſt échue au frere par la ſucceſſion de ſon pere, en ce cas il entre dans les obligations du pere, & par conſéquent il a le même droit. Deſpeiſſes, tom. 3, pag. 202, col. 1, fait la même diſtinction, il cite Chaſſanée & Boyer, qui

BIU Cujas

ſont pourtant de ſentiment contraire. Il faut dire la même choſe, quand la terre eſt échue au fils par la ſucceſſion de ſa mere, parce qu'au défaut des biens du pere, la dot doit être priſe ſur les biens de la mere ; mais quand la terre eſt échue au frere, d'ailleurs que du côté de ſon pere ou de ſa mere, M. Salvain eſtime, que le frere n'étant pas obligé de droit de doter ſa ſœur, il ne peut pas impoſer une nouvelle charge à ſes ſujets contre la teneur du titre. Papon, dans l'endroit ci-deſſus cité, n. 3. eſt de même avis, & cite un arrêt de Bordeaux qui l'a ainſi jugé. Cependant je crois que ſi la ſœur n'avoit aucuns biens, ſon frere ſeroit obligé de la doter, & par conſéquent, il ſeroit en droit de lever la taille pour ce mariage.

Voyage d'outre-mer.

Le troiſiéme cas, concernant le voyage d'outre-mer, n'a plus lieu ; ainſi il ſeroit inutile d'en parler ; cela ſert ſeulement pour faire voir, que l'origine des coutumes de France n'eſt pas fort ancienne : car puiſqu'elles parlent de ce droit, il faut qu'elles ayent été établies depuis les croiſades publiées en France, pour engager les François à paſſer la mer, pour chaſſer les infidèles de la terre ſainte, comme le judicieux Coquille le prouve fort bien dans ſes queſtions, chapitre 314. 15

Rançon du ſeigneur priſonnier de guerre.

Le quatriéme, qui regarde la rançon, quand le ſeigneur eſt fait priſonnier de guerre, n'eſt plus auſſi en uſage ; parce que l'on ne paye plus de rançon pour les priſonniers de guerre, on les échange, & quand il y a du retour, c'eſt le roi qui le paye. M. Salvain, au même endroit, parle de ces deux cas, auſſi-bien que Deſpeiſſes, tome 3 page 201, nombre 13 & 14. 16

Mais comme les ſeigneurs ne veulent rien perdre, en la place de ces deux cas ils en ont ſubſtitué deux autres ; ſçavoir l'acquiſition d'une terre, & le cas d'un nouveau ſeigneur. Mais comme ces deux cas ſont nouveaux, il faut qu'ils ſoient nommément exprimés dans les Terriers. M. Salvain, après Papon, cite un arrêt du parlement de Toulouſe, du 12 octobre 1548 rendu contre meſſire Gilbert de Levy, comte de Ventadour, qui l'a ainſi jugé. Deſpeiſſes, *eod.* nomb. 12 parle de ce cas. La coutume de Bretagne, art. 91 dit, que quand le ſeigneur achete terres en ſa promeſſe ou retrait, ſes hommes ſont tenus de lui avancer tout ce qu'ils lui doivent pour cette année ; mais hors de cette coutume, le droit de taille n'eſt dû que pour l'acquiſition d'une terre en fief, & non pas pour une ſimple métairie, comme le dit fort bien M. Salvain, au même endroit. 17

Troiſiéme queſtion, concernant la nature & la quotité de ce droit.

Il y a deux ſortes de tailles ſeigneuriales, l'une perſonnelle, & l'autre réelle.

La taille perſonnelle eſt encore de deux eſpeces ; l'une s'impoſe ſur les perſonnes libres dans les cas dont il a été parlé ci-deſſus ; & l'autre ſur les perſonnes de condition ſervile ou mortaillable ; & celle-là peut être impoſée à la volonté du ſeigneur. Cette diſtinction eſt faite par la coutume de Bourbonnois, chap 18, par la coutume de la Marche, art. 130, & par la coutume de Nivernois, chap. 8 ; mais elle eſt inutile dans les pays de droit écrit, où tous les hommes ſont libres. 18

La taille réelle eſt celle qui ſe leve ſur les héritages. Dans les anciens terriers il y a pluſieurs héritages qui doivent une taille de quelques ſols, ou de quelques deniers par an. L'on appelle communément dans la province cette taille, *taille baptiſée.*

C'eſt une queſtion, ſi les gentilshommes & les eccléſiaſtiques doivent payer la taille. Maſuer, dans ſa pratique, tit. 38, nomb. 17, dit que les nobles & les eccléſiaſtiques ſont exempts de taille. Loyſel, dans ſes inſtitutes cout. liv. 6, tit. 6. nomb. 8, dit que le noble n'eſt tenu de payer taille, ni faire viles corvées à ſon ſeigneur. Baſſet, tome 1, liv. 3, tit. 2, chap. 14, cite un arrêt du parlement de Grenoble, qui décharge les nobles du payement de la taille ſeigneuriale. Mais il faut diſtinguer entre la taille perſonnelle & la réelle ; ſi les nobles & les eccléſiaſtiques ſont exempts de la premiere, il n'en eſt pas de même de l'autre qui ſe leve ſur les héritages, en quelques mains qu'ils paſſent. Il y a encore une autre différence entre la taille perſonnelle & la réelle. La premiere n'eſt due que par ceux qui ont leur domicile dans le lieu de la ſeigneurie, la ſeconde eſt dûe par les forains qui poſſedent des héritages dans l'étendue de la ſeigneurie. 19

A l'égard de la quotité, elle eſt ordinairement du double du cens ; c'eſt pourquoi elle eſt appellée dans pluſieurs coutumes *doublage*. En quelques coutumes, comme celle d'Auvergne, elle eſt de trente ſols par feu. L'arrêt rapporté par l'auteur, ſur la queſtion ſuivante, l'a réglé ſur ce pied dans le pays de Forêt, ſi ce n'eſt qu'elle ſoit reglée par 20

BIU Cujas

les titres, pour lors l'on ſuit la quotité exprimée par le titre. Deſpeiſſes, tom. 3, p. 205 nomb. 18.

Quatriéme queſtion, concernant la preſcription.

Cette queſtion ſe diviſe en deux. La premiere, ſi les ſeigneurs peuvent acquérir ce droit par longue poſſeſſion; la ſeconde, ſi les emphitéotes peuvent acquérir la décharge de ce droit par le défaut de preſtation.

Suivant le principe établi ci-deſſus, que ce droit ne peut être prétendu par les ſeigneurs, s'il n'eſt porté expreſſément par les terriers, il faut dire que les ſeigneurs ne peuvent l'acquérir par la ſeule poſſeſſion; cependant pluſieurs auteurs ſoutiennent, qu'il ſe peut acquérir par une poſſeſſion immémoriale. Boyer, queſtion 127, nombre 4, Papon, liv. 13, tit. 3, n. 1, Ferriers, ſur la queſtion 57 de Guy Pape, d'Olive, liv 2, chap. 7. *Julius Clarus*, §*feudum*, *quæſt. 29*, *n.* 2. Deſpeiſſes, tom. 3, pag. 200, nomb. 7, Lapeyrere, *lit. T. num.* 1.

A l'égard des emphitéotes, ils ne peuvent point preſcrire un ſemblable droit par deux raiſons.

La premiere, parce que ce droit eſt de pure faculté, & les choſes de pure faculté ſont impreſcriptibles, ainſi que notre auteur l'a établi, tom. 2, livre 4, queſt. 89. 91.

La ſeconde, parce que dans les provinces où ce droit n'eſt pas dû s'il n'eſt porté expreſſément dans les anciens terriers, c'eſt un droit ſeigneurial & par conſéquent impreſcriptible.

La coutume d'Auvergne, chap. 17, des preſcriptions, art. 9 & 10, dit que *le droit de taille en quatre cas dû au ſeigneur juſticier pour raiſon de la haute juſtice, ne ſe peut preſcrire par aucun tems, à faute de jouiſſance ou preſtation, ſi ce n'eſt qu'il y eût contradiction; mais le profit des cas avenus eſt preſcriptible par le laps de trente ans.* * La coutume de la Marche, art. 133, dit auſſi que ce droit eſt impreſcriptible. La coutume de Bourbonnois, des preſcriptions, art. 29, dit la même choſe. Dans l'article ſuivant elle dit que les arrérages de la taille aux quatre cas ſe preſcrivent par l'eſpace de dix ans.

Chaſſanée, des juſtices, § 4, ſur le mot, *nouvelle Chevalerie*, nomb. 13, Boyer, déciſ. 132, nomb. 1, Deſpeiſſes, tom. 3 pag. 205, nom 22, Salvain, des fiefs, chap. 49. établiſſent que ce droit eſt impreſcriptible. Je crois cette maxime certaine; cependant Guy Pape, déciſ. 316. ſoûtient que les emphitéotes peuvent acquérir la liberté par l'eſpace de quarante ans.

M. Catelan, tom. 1, liv. 3, chap. 16 cite un arrêt récent du 6 février 1665 qui a jugé ce droit impreſcriptible: il dit qu'il a deux titres d'impreſcription, ſçavoir la qualité d'un droit ſeigneurial, & le droit de faculté.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

1°. LE mari qui à cauſe de ſa femme poſſede une terre, à laquelle eſt attaché le droit de taille, peut uſer de ce droit pour lui-même, quand les cas échéoit, comme s'il eſt fait chevalier. La coutume d'Auvergne chap. 25, art. 13 le décide en termes exprès: *Le mari pendant le mariage comme ſeigneur des biens dotaux de ſa femme, doit jouir de ladite taille ès quatre cas, ſur les hommes & ſujets de ſadite femme en haute juſtice, les cas advenans en la perſonne dudit mari & chacun d'iceux.* C'eſt le ſentiment de Chaſſanée ſur la coutume de Bourgogne, rub. 1 § 4, n. 26, à la fin. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 30 avril 1605, rendu en la cinquiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. Boucher, en faveur du ſieur de Mioland de Chevrieres, qui avoit épouſé l'héritiere de la maiſon de ſaint Chaumont dans le Lyonnois. Cet arrêt eſt rapporté par M. Leprêtre, cent. 2 chap. 1, à la fin.

Mais il y a une diſtinction à faire dans le cas du mariage de la fille, ſi la femme a des filles de deux différens lits, le ſecond mari ne peut pas lever la taille pour marier ſa fille au préjudice de la fille du premier lit, à qui ce droit appartient: c'eſt le ſentiment de Chaſſanée dans l'endroit ci-deſſus cité, nomb. 22. *verſu ultimo*, où il traite fort bien la queſtion, c'eſt auſſi le ſentiment de M. Taiſant ſur la coutume de Bourgogne tit. 1, des juſtices, art. 4, not. 22.

2° La douairiaire & l'uſufruitier ont droit de lever ce droit, quand il écheoit durant le cours de leur uſufruit, ſuivant la diſpoſition de la coutume d'Auvergne, chap. 25, art. 9. Cette coutume dans l'article ſuivant, ajoute une circonſtance digne de remarque, ſçavoir, que dans les cas qui ne peuvent tomber en la perſonne de la douairiaire, le propriétaire n'a pas droit d'en uſer, les emphitéotes en demeurent déchargés.

M. Leprêtre, cent. 2 chap. 1, depuis le nombre 26, juſqu'à la fin, établit que ce droit appartient à l'uſufruitier.

BIU Cujas

M. Taisand sur la coutume de Bourgogne, tit. 1, art. 4, not. 13, rapporte trois arrêts du parlement de Dijon qui l'ont ainsi jugé.

3°. La coutume d'Auvergne au même endroit, art. 11, dit, que s'il y a plusieurs seigneurs d'une même terre, celui qui se trouve dans le cas de lever la taille, en peut user pour la part & portion qui lui appartient dans la terre.

4°. Dans l'article 12 elle dit que si plusieurs des cas arrivent dans une même année, le seigneur ne peut lever qu'un seul droit dans une même année, mais qu'il pourra lever les autres dans les années suivantes. Les coutumes de Touraine, art. 92, & de Lodunois chap. 8, art. 2, contiennent la même disposition.

Dans l'article 13, elle dit que l'acheteur d'une terre sous faculté de rachat, peut user de ce droit pour les cas qui arrivent pendant le tems du rachat; cela est sans difficulté, parce que *interim est verus dominus, pura est venditio, sed resolvitur sub conditione.*

La mere après le décès de son mari, peut lever la taille pour marier sa fille; cela a été ainsi jugé par une arrêt du mois de juin 1532, cité par M. Gueret sur M. Leprêtre, cent. 2 chap. 1 à la fin. C'est aussi le sentiment de M. Pithou sur la coutume de Troyes, art. 3.

Mais ces auteurs ne disent point, si la veuve peut lever la taille sur les terres de son mari, aussi-bien que sur les siennes : je crois que cela est sans difficulté, parce que si la veuve jouit des biens de son mari à titre de douaire, elle peut en cette qualité, lever la taille, comme il a été établi ci-dessus, nomb. 2, si elle en jouit en qualité de tutrice de sa fille, elle peut aussi en cette qualité lever la taille, parce que la fille peut user de ce droit pour se marier elle-même.

5° Il y a quelques coutumes, comme Tours, tit. 9 article 93, Lodunois, chap. 8 art. 10 qui disent *à noble, & non à roturier, est du loyale aide;* mais dans toutes les autres coutumes, qui n'ont pas de semblables dispositions, le droit de lever la taille appartient au Sgr. haut-justier d'une terre, quoiqu'il soit roturier, parce que ce droit est attaché à la terre, & non à la personne, c'est le sentiment de M. Taisand, sur la coutume de Bourgogne, tit. 1, art. 4, not. 19

Dans ma premiere observation, je n'ai pas assez approfondi la question; depuis j'ai eu occasion de la traiter plus à fond dans un procès jugé en la deuxiéme chambre des enquêtes, au profit de messire Camille d'Albon, pour lequel j'avois fait un petit factum, que je crois devoir placer ici.

Dans le même procès, il s'agissoit du droit de mi-lod dans le Lyonnois, dont j'ai remarqué l'origine & le progrès.

Mémoire, pour messire Camille d'Albon, prince souverain d'Yvetot, marquis de saint Forgeux, comte de Lyon, baron d'Auvauge, seigneur de saint Romain de Popée, & autres lieux, intimé. Contre Pierre de Saint-Jean, & Etienne Renevier, habitans de la paroisse de Saint-Romain de Popée, appellans d'une sentence rendue en la sénéchaussée de Lyon le ....

PAR la sentence dont est appel, les appellans sont condamnés de payer les lods & milods qui se payent ordinairement dans les mutations suivant les terriers Chatenelli, Laborum & portallier pour ce qui concerne la rente d'Avauge; & pour ce qui concerne la rente de saint Forgeux, suivant la transaction du 6 janvier 1366, & les terriers Morel, Bererd & Portallier.

Les écritures des appellans sont immenses, on peut réduire tous les griefs par eux proposés à deux choses.

Le premier concerne la taille aux quatre cas, & le second les droits de mi-lods.

Anciennement il n'y avoit que le roi qui eût droit d'imposer la taille sur ses sujets, mais dans la suite les seigneurs à l'exemple du roi s'arrogerent ce droit, ainsi que le dit M. René Chopin dans son traité *de domanio*, liv. 3, tit. 4, nomb. 8 : *porro regis ad exemplum totus componitur ordo, non galliæ procerum modo, sed & superioris Patroni, aut juridici cujusvis, compluribus enim jus est munera hujusmodi ac collationes clientibus imponere seu nuptialitium hereris filiæ elocandæ gratiâ.* Il rapporte un arrêt rendu dans l'octave des saints, de l'an 1265, qui adjuge ce droit au seigneur de Meudon, contre les bourgeois de Paris qui possedoient des héritages dans le territoire de Meudon.

Ducange dans son glossaire sur le mot *taille*, fait mention de plusieurs chartes qui attribuent aux seigneurs le droit de taille à volonté.

Mais dans la suite, la taille à volonté fut réduite à certains cas : les plus ordinaires sont, 1°. Lorsque le seigneur est fait chevalier, 2° lorsqu'il marie sa fille aînée. 3°

BIU Cujas

Lorſqu'il eſt fait priſonnier de guerre, 4° lorſqu'il fait le voyage d'outre-mer, c'eſt-à-dire, qu'il va combattre contre les infideles.

Nous avons pluſieurs coutumes qui parlent de ces quatre cas. Auvergne, chap. 25 Bourbonnois, art. 344 & 345. La Marche, art 130. Nivernois, chap. 8 & quelques autres citées par Ragueau dans ſon indice ſur le mot *taille*. Coquille ſur la coutume de Nivernois, au chapitre intitulé, *des ſervitudes perſonnelles, tailles, pourſuites, main-mortes, & autres droits.*

M.' Leprêtre, cent. 2, chap. 1, traite doctement la matiere.

Mais comme le procès dont eſt queſtion a été jugé en la ſénéchauſſée de Lyon, il faut s'en tenir aux auteurs des pays de droit écrit.

M. Claude Henrys, l'oracle de la province du Lyonnois, traite la queſtion, tome 2, ſuite du livre 3, queſtion 68.

M. Jean Papon, lieutenant-général au bailliage de Forêts, dans ſon recueil d'arrêts, livre 13, titre 4.

Guy-Pape, queſt. 57. Ferrerius dans ſon commentaire ſur cette queſtion traite la matiere à fond.

M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chap. 49

M. d'Olive, livre 2, chapitre 6.

M. de la Rocheflavain, des droits ſeigneuriaux, article 5 & 6.

M. Catelan, tom. 1, livre 3, chap. 16.

Ces auteurs déſirent un titre, ou une longue poſſeſſion, le ſieur intimé à l'un & l'autre. Son titre eſt la tranſaction de 1363. Par cette tranſaction, Guillaume d'Albon a converti la taille à volonté, qu'il avoit droit de lever ſur ſes emphitéotes; même par le terrier Billeu que les appellans reclament, aux quatre cas ſeulement.

Mais quand le ſieur intimé n'auroit pour tout titre que la tranſaction de 1363, ce ſeul titre ſeroit ſuffiſant, ainſi qu'il a été jugé pour le ſeigneur de ſaint Chaumont en Lyonnois, par un arrêt rendu en la cinquiéme chambre des enquêtes le 30 avril 1605 rapporté par M. Leprêtre, cent. 1, chap. 1. Le ſeigneur de ſaint Chaumont n'étoit fondé que dans une ſeule tranſaction du 14 février 1496, dont M. Leprêtre, rapporte la clauſe : *Si novus miles factus fuerit, vel filiam maritaverit, aut terras comparaverit, debent eum homines ſecundum arbitrium conſulum, ſine aliqua Domini violentia, adjuvare.*

M. Favre, qui étoit juge-mage de Bourg en Breſſe, qui eſt proche de la ville de Lyon, dit dans ſon code, *de eo quod metûs cauſâ, defin. 1*, que les conventions paſſées entre les Sgrs. & leurs emphitéotes doivent produire leur effet, ſur tout quand elles ſont anciennes, & qu'elles ont été ſuivies de preſtation. *Maximè vero ſi temporis antiquitas concurrat, & ex præcedentibus & ſequentibus præſtationibus confeſſionis veritas confirmetur.* Dans ſa note ſur cette définition il ajoûte ces mots, *Antiquitas enim temporis facit præſumi omnia ſolemniter acta cùm habeat vim tituli. Antiquitas enim contractûs obſervatio miram vim & efficaciam habet ad contractum alioqui nullum confirmandum. Præſumitur enim actus ſequens fieri ad executionem præcedentium.*

Le ſieur intimé eſt dans un cas bien plus favorable. La tranſaction dont il s'agit eſt légitime & favorable aux emphitéotes; d'ailleurs, elle a été ſuivie de trois différens terriers & de pluſieurs preſtations produites au procès.

Il reſte à dire un mot du cas de nouveau ſeigneur & nouveau tenancier. La tranſaction de 1363 en fait mention, auſſi-bien que les terriers qui l'ont ſuivi.

L'arrêt du ſieur de Chevrieres, ſeigneur de ſaint Chaumont, a jugé la queſtion, en ordonnant l'exécution de la tranſaction paſſée entre ledit ſeigneur & ſes emphitéotes, qui portoit, *ſi terras comparaverit.* Le Veſt, chap. 42, rapporte un arrêt du 6 ſeptembre 1550 qui a jugé la queſtion *in terminis*, en faveur du ſeigneur de la terre de Maleval, ſituée dans le pays de Forêts. Cet arrêt exprime le cas de mutation de nouveau ſeigneur ou nouveau tenancier.

Cependant Papon, du droit de taille aux quatre cas, liv. 13, tit. 3, nomb. 4, fait mention d'un arrêt du parlement de Toulouſe, rendu aux grands jours du Puy le 12 octobre 1584, qui a débouté le comte de Ventadour, ſeigneur de la Voulte, d'un pareil droit; mais il faut obſerver qu'il n'avoit aucun titre pour l'exiger, au lieu que le comte d'Albon eſt fondé dans une ancienne tranſaction de l'an 1363, ſuivie de trois terriers & de pluſieurs preſtations.

A l'égard de l'arrêt rapporté par M. Claude Henrys, tom. 1, liv. 3, queſt. 42, il n'a aucun rapport à l'eſpéce. Le ſeigneur de Vaudragon avoit fait obliger ſes emphitéotes par une tranſaction à lui payer annuellement un bœuf gras : c'étoit une ſurcharge extraordinaire & nouvelle, dont il ne paroiſſoit aucun veſtige dans les *anciens terriers.*

BIU Cujas

MI-LODS,

Le contrat emphitéotique a été établi par l'empereur Zenon, ainsi que Justinien le déclare dans ses *Institutes de locato* § 3. Ce contrat se contracte quand un seigneur donne des héritages à la charge d'une pension annuelle, *de prædiis quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, ut pensio sive reditus pro his Domino præstetur.*

Dans la suite, il fut question de savoir si le preneur pouvoit vendre, aliéner & disposer de l'héritage emphitéotique sans le consentement du bailleur. Justinien, dans la loi derniere, au code *de jure emphiteutico*, lui a accordé cette permission en payant le cinquantiéme du prix de la vente, ou l'estimation de l'héritage, *quinquagesimam partem pretii, vel estimationis loci qui ad alium transfertur.*

M. Cujas dans son commentaire sur cette loi, dit que le droit est dû au propriétaire pour toutes les mutations qui arrivent, *Laudumia deberi non tantum si jus emphiteuticum transferatur, sed etiam si donaverit, vel permutaverit, vel legaverit, vel institutionis jure in alium transtulerit, quod hac lege significatur, dum ait domino quinquagesimam pretii deberi, vel æstimationis loci, pretium refertur ad venditionem; æstimationis ad aliud genus alienationis.*

Sur le fondement de cette loi, & l'interprétation de Cujas, les seigneurs dans le Lionnois prétendoient avoir droit d'exiger un lod entier à toutes mutations sans aucune distinction. La cour commit un président & un conseiller pour se transporter à Lyon pour faire une enquête par turbes, en conséquence de laquelle elle ordonna que les lods entiers ne seroient dûs que dans le cas de la vente, ou actes équipollens; & que dans les autres mutations, il ne seroit dû que la moitié du lod, qu'on appelle *mi-lod.* M. Claude Henrys fait mention de cet arrêt, tome 1, liv. 3, question 21, dans le tome 2, suite du livre 3, quest. 60, il rapporte un arrêt du 23 juillet 1646, dans le vû duquel il est fait mention d'un arrêt de 1559, après une enquête par turbes, qui a jugé qu'en toutes mutations en ligne collatérale, il est dû un mi-lod

M. René Chopin, à la tête de son commentaire sur la coutume d'Anjou, a mis un traité des usages de Lyon, intitulé *de communibus Patriæ Juris Consuetudinibus*, dans lequel il dit que les héritiers en ligne collatérale doivent un mi lod, *ex transverso item aditâ hæreditate debetur laudimiorum pars media, vernaculo mi-lod.* Il ajoûte qu'il en est de même des donations & des échanges; à la marge il cite un arrêt de 1574, rendu entre Claude Bralier & Françoise Grolier sa femme, d'une part, & M. Antoine d'albon, abbé de Savigny, par lequel il fut jugé que les mi-lods ne sont pas dûs en ligne directe; & à l'égard de la ligne collatérale, qu'il seroit fait une enquête par turbes. Mais ensuite il rapporte un autre arrêt du 30 mai 1578, qui juge que le successeur en ligne directe doit un mi-lod, quand le seigneur est fondé en titre; ou dans une ancienne possession. *Nonnunquam etiam*, les mi-lods, *solvenda sunt ab agnato hærede, siquidem privatis titulis & antiqua possessione de eo Dominus directus subnixus sit, Arresto curiæ die ultima maii* 1578.

A l'égard du pays de Forêts, M. Claude Henrys, tome 1, livre 3, question 11 rapporte un jugement rendu par Pierre de Bourbon, comte de Forêts par lequel il décharge les habitans de Montbrison des droits de Vestisons, c'est-à-dire de mi-lod, pour les successions en ligne directe, & les condamne de payer pour les successions collatérales. Cet auteur dit qu'il en est de même dans le Lyonnois & qu'il n'en faut plus douter.

Ce même auteur dans le tom 2, suite du livre 3, question 59, dit qu'en succession directe, le mi-lod n'est pas dû, s'il n'est exprimé par les terriers. La difficulté consiste à savoir de quelle maniere l'expression doit être faite. La cour, par plusieurs arrêts rapportés sur cette même question a jugé que la clause *cùm laudimiis, venditionibus & recognitionibus novi Domini & novi tenementarii*, est suffisante pour produire un mi-lod en ligne directe. Le droit de reconnoissance emporte le mi lod, parce que l'emphitéote obligé de reconnoître son seigneur à toutes mutations, il ne doit pas y aller les mains vuides.

Tous les terriers du sieur intimé contiennent cette clause, même le terrier Billeu, que les appellans invoquent.

Les appellans disent que dans le Beaujolois & dans le Roannois, il n'est point dû de mi-lod; cela est vrai, mais c'est un privilége accordé par Edouard II, comte de Beaujeu, baron de Beaujolois, & seigneur du Roannois. C'est une exception qui confirme la regle, *exceptio in casibus non exceptis firmat regulam.*

Le surplus des griefs des appellans ne mérite pas de réponse.

BIU Cujas

DU DROIT DE MAIN-MORTE.

QUESTION SOIXANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le droit de main-morte eſt dû, quand le ſujet main-mortable laiſſe des héritiers collatéraux.*
2. *Raiſons du ſeigneur.*
3. *Raiſons des emphithéotes.*
4. *M. Antoine Colombet, avocat au bailliage de Bourg, a fait un traité ſingulier du droit de main-morte.*
5. *Arrêt du 22 mai 1632, qui confirme la ſentence du bailli du Chaufour, pour ce qui concerne la taille pour l'ordre de S. Michel, & interloque ſur le droit de main-morte.*
6. *L'ordre de S. Michel n'eſt pas ſuffiſant pour donner droit de lever la taille.*
7. *Ce que c'eſt que le droit de mariage.*
8. *Il y a deux ſortes de droit de main-morte, l'un royal & l'autre ſeigneurial.*
9. *Auteurs qui ont traité du droit royal de main-morte.*
10. *Auteurs qui ont traité du droit ſeigneurial de main-morte.*
11. *Le droit de main-morte n'a pas lieu dans les pays du droit écrit, ſans un titre exprès.*
12. *Quand le titre porte* ſine legitimis hæredibus, *les héritiers collatéraux excluent le ſeigneur.*
13. *Réflexions ſur l'arrêt qui a interloqué pour ſavoir ſi ce droit avoit lieu dans la partie de la terre d'Uſſon, étant en Forêts.*
14. *Détention de la reine Marguerite dans le château d'Uſſon.*

QUESTION LXIX.

Du droit de main-morte, & comment ſe doit entendre cette condition, ſi ſine legitimis hæredibus.

LA terre & ſeigneurie d'Uſſon appartenante au ſeigneur comte de la Roue, étant en partie dans l'Auvergne, & en partie dans le Forêts, il ne faut pas trouver étrange, ſi comme le droit de main-morte eſt aſſez commun audit pays d'Auvergne, approuvé & établi par la coutume, il a été étendue aux héritages qui ſont du côté de Forêts, ainſi qu'aux héritages de la province d'Auvergne.

1 Y ayant donc eu procès entre ledit ſeigneur de la Roue, & quelques habitans de ſa terre d'Uſſon du côté de Forêts, même un nommé Chapuis, & les héritiers collatéraux d'une nommée Benoiſte Terraſſe, on ne lui diſputoit pas tant le droit de main-morte, qu'on le vouloit limiter & reſtraindre par les termes des reconnoiſſances; & c'étoit pourtant le conteſter, puiſqu'on vouloit le réduire aux termes du droit de deshérence.

Au lieu que le droit de deshérence introduit en faveur des ſeigneurs, & quand le vaſſal ou juſticiable ne laiſſe point d'héritiers apparens qui lui puiſſent ſuccéder; le droit de main-morte eſt plus avantageux, & a lieu au défaut d'enfans & deſcendans légitimes, au préjudice des freres, ſœurs & autres proches parens, s'ils ne ſont communs en biens, ou cenſés tels, ainſi que l'explique aſſez amplement la coutume d'Auvergne, au titre de la condition de main-morte.

Par les titres du ſeigneur, ce droit ne ſe trouve convenu qu'au défaut d'héritiers légitimes, & il n'eſt pas dit, *ſi ſine liberis, ſed ſine legitimis hæredibus.* Et c'eſt ce qui fit naître le différend : ſi cette Benoiſte Terraſſe n'ayant point laiſſé d'enfans, il y avoit ouverture du droit de main-morte, à l'excluſion des collatéraux plus proches.

Pour le ſeigneur, on diſoit que ces mots, *ſine legitimis hæredibus*, ſe devoient plutôt entendre des enfans & deſcendans, que des parens en ligne collatérale. 2

Que comme ils ſont les vrais ſucceſſeurs, & que la nature, par une ſuite & deſcendance entend les appeller, afin de perpétuer l'eſpece, c'eſt auſſi à eux que, par préférence, ces mots *d'héritiers légitimes* ſe doivent appliquer.

Que même en termes de droit, la condition *ſi ſine hærede deceſſerit*, ſe doit entendre *ſi ſine liberis*, ſuivant la loi *ex facto*, au §. dernier *ff. ad Trebellian.* & l'explication plus commune, parce qu'autrement la condition ſeroit inutile, y ayant preſque toujours quelqu'un qui ſuccede.

Que le droit de main-morte & le droit de deshérence étant des droits diſtincts, on ne peut pas les confondre; & comme le droit de deshérence eſt commun à tous les Seigneurs, & que c'eſt *ipſo jure*, qu'au défaut d'héritiers apparens, ils ſuccédent, auſſi la convention de main-morte doit opérer plus grand effet.

Qu'il faut croire qu'en la ſtipulant, les parties ont entendu parler du défaut, & ſe conformer à l'uſage commun, puiſqu'autrement la convention ſeroit fruſtratoire.

Enfin, que les termes ſe doivent toujours expliquer ſelon le commun uſage, & chacun eſt cenſé ſuivre

BIU Cujas

suivre la façon de parler qui est ordinaire, & comme disent nos interprêtes, *talia sunt subjecta, qualia prædicata demonstrant*, par argument de la loi *si defensor* §. 1. *ff. de interrogationib.*

3 Au contraire, & pour les tenanciers, on soutenoit que ce droit de main-morte étant odieux & extraordinaire, même en pays de droit écrit, il en falloit plutôt restraindre l'obligation que l'étendre.

Que c'est véritablement pour semblables droits qu'il faut s'attacher aux termes de la convention & qu'on en peut dire, que *tantùm valent quantùm sonant.*

Qu'encore que les enfans soient compris entre les héritiers légitimes, néanmoins on entend plutôt parler des collatéraux que des enfans; ceux-ci succédent plutôt par la nature que par la loi, & sont censés continuer plutôt une possession que de la prendre, se maintenir plutôt en un droit acquis, que de l'acquérir. Que c'est pour cela qu'en droit *filius dicitur suus hæres*, & qu'étant saisi il n'a pas besoin de la loi & d'une addition.

Enfin, qu'encore que la deshérence soit un droit assez commun, on l'a bien pu stipuler pour une précaution plus grande, & pour faire cesser tout doute, & en un mot, parce que *superflua non nocent.*

Le juge d'Usson ayant condamné les défendeurs, il y eut appel au Siége Royal du Chauffour, ressort de ce bailliage, où la Sentence fut confirmée; & y ayant eu encore appel à la Cour, par l'arrêt il fut dit qu'il seroit informé de l'usage, & les parties s'en sont accommodée, ainsi que nous l'avons appris. Il semble qu'on ne peut confondre la deshérence avec la main-morte, & que la main-morte ne se peut entendre qu'au défaut d'enfans.

Voy. le Cardinal Mantica *de conjecturis ultimar. volunt. lib.* 8. *tit.* 14. où il traite du legat ou fideicommis, *alicui relicto & ejus hæredibus, & de quibus intelligatur.* Il dit donc que communément cela s'entend de tous ceux qui peuvent succéder de droit, mais il en excepte quatre cas : ce que *Menochius* confirme en son traité des présomptions.

4 J'ai vu un traité singulier du droit de main-morte, intitulé *Colonia Celtica*, composé par maître Antoine-Colombet, avocat à Bourg en Bresse, & imprimé à Lyon en l'an 1578, *apud Antonium Griphium.* Il mérite d'être lu, & qu'on y recoure sur ce sujet, parce qu'il traite & résout presque toutes les questions qui tombent sur le droit de main-morte & des tailles.

Le titre du code *de bonis vacantibus*, se rapporte au droit de main-morte.

Extrait des registres du parlement.

COMME de la sentence donnée par notre bailly de forêts, ou son lieutenant au Chauffour, le treizieme Mars mil six cens trente, entre messire Balthazard de la Rouë, chevalier de notre ordre de saint Michel, vicomte de Monpeloux, baron d'Usson & autres lieux, demandeur en payement du double cens, & redevances, d'une part; & les consuls & habitans dudit Usson, & des villages circonvoisins, de Fermet, Bolaine, le Monnet, Fontenailles, Fraisse-Bel-Vezy, & Danizet défendeurs, d'autre, par laquelle lesdits défendeurs auroient été condamnés pour ledit ordre de chevalerie au droit de taille reconnu aux terriers dudit demandeur; ce faisant, payer, & chacun d'eux respectivement, le double cens & servis de l'année 1627, que ledit demandeur auroit été reçu audit ordre, aux dépens des procédures frustratoires, & visitation du procès, tous autres compensés : Eut été appellé en notre cour de parlement, par les habitans du mandement dudit Usson, en ce qui est du pays de Forêts, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger si bien ou mal auroit été appellé, les dépens respectivement requis, & l'amende pour nous; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle des habitans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance, auxquels ledit sieur de la Rouë intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens desdits appellans : Vu icelui procès, griefs, réponses, forclusions de fournir moyens de nullité; & produire de nouvel : Incident de lettres de nous obtenues le 20. mai dernier, par Mathieu Granjon & Consors, à fin d'être reçûs à articuler de nouvel, & faire preuve des faits y contenus, & révoquer les offres mentionnés : Productions desdites parties : Arrêt du 14 Mars dernier, entre les susdits habitans, appellans de l'octroi d'une commission décernée par les officiers dudit Usson, le vingt-trois Juin dernier, & de ce qui s'est ensuivi, & opposans à la saisie faite en vertu d'icelle, le vingt-huit juin dernier, des biens délaissés par le décès d'Antoinette Chappuson, & demandeurs en lettres par nous obtenues le dernier janvier dernier passé, pour articuler de nouvel, & faire preuve des faits y contenus, & être conservés & maintenus en l'exemption du droit de main-morte & de for-mariage, d'une part; & ledit de la Rouë, intimé & défendeur, d'autre; & sur ledit appel, les parties auroient été appointées au conseil, & sur lesdites lettres & opposition en droit, & à écrire & produire : Cause d'appel & réponses : Productions desdites parties : Contredits respectivement fournis suivant ledit arrêt, des 13 Décembre & dernier mars dernier : Production nouvelle dudit la Rouë : Contredits & salvations : Requête d'icelui, du 12 mai dernier, pour avoir réparation des patoles y mentionnées : Tout joint & diligemment examiné.

Notredite cour, par son jugement & arrêt, en tant que touche le procès par écrit, sans s'arrêter ausdites requêtes du 20 Mai dernier, a mis & met l'appellation au néant, sans amende : ordonne que la sentence de laquelle a été appellé, sortira effet, si mieux n'aiment lesdits appellans payer audit intimé trente sols pour chaque feu : ce qu'ils seront tenus opter dans un mois après la signification du présent arrêt, à la personne ou domicile de leur Procureur, autrement est l'option référée audit intimé, sans dépens, tant de la cause d'appel que incident de lettres : & avant faire droit sur l'appellation verbale, opposition & lettres du dernier janvier 1632 concernant le droit de main-morte : ordonne que douze anciens habitans des prochains lieux dudit Usson, non vassaux dudit de la Rouë, seront ouis pardevant l'éxécuteur du présent arrêt, sur aucuns faits résultans qui seront extraits dudit procès, pour, ce fait & rapporté, être ordonné ce que de raison, dépens pour ce regard, réservés : Et cependant sans préjudice des droits des parties, fait main-levée des biens saisis de ladite Antoinette Chappuson, au regard du droit de for-mariage & après la déclaration dudit intimé, qu'il ne prétend icelui droit lui appartenir, en a absous & déchargé les appellans : Et demeureront les écritures concernant les paroles mentionnées en ladite requête du 12 Mars dernier, supprimées. Prononcé le 22 Mai 1632. Collationné. Signé, GALLAND.

BIU Cujas

6 Cet arrêt eſt remarquable, en ce que l'ordre de ſaint Michel a été jugé ſuffiſant pour faire ouverture d'un des quatre cas de la taille, car comme cet ordre n'eſt plus conſidérable, & qu'il ne faut pas entrer en de grands frais pour l'obtenir, ni ſe conſtituer en dépenſe; auſſi ſemble-t-il que le motif de la taille & contribution ceſſe, les emphitéotes & juſticiables ne s'y étant ſoumis qu'à cauſe de la grande dépenſe qu'il falloit faire pour parvenir à l'ordre de la chevalerie: *Ceſſante cauſâ, ceſſat effectus.* Le choix que l'arrêt a donné eſt tiré de la coutume d'Auvergne, & fondé ſur le voiſinage de la terre d'Uſſon.

Quant au droit de main morte, l'arrêt eſt demeuré ſans exécution.

7 Le droit de *for-mariage* eſt quand quelqu'un venoit gendre ou filiâtre en une maiſon, & que la femme étant fonciere, il y apportoit ſa conſtitution. L'origine de ce droit procede de ce qu'un étranger venant s'établir dans la terre d'un ſeigneur, & lui rendant le devoir d'un nouvel homme & juſticiable, ne le faiſoit pas les mains vuides.

Il eſt parlé de ce droit en la coutume de Meaux, article 78, en celle de Vitry article 144, en celle de Chaumont, article 3. & autres. Cujas en a traité au livre 14 chapitre 27 de ſes obſervations; & s'il faut en rechercher la ſource plus loin, fait à ce ſujet le paſſage de Tertullien, *lib. 2 ad uxorem: Nonne quique domini & diſciplinæ tenaciſſimi ſervis ſuis foràs nubere interdicunt, ſcilicet ne in laſciviam excedant, officia deſerant, dominica extraneis promant.* Le droit de *for-mariage* eſt donc un effet de cette ſervitude perſonnelle qui a été établie en France du tems de ſaint Louis, par la reine Blanche ſa mere, au rapport de M. Fauchet, en ſa chronique Françoiſe.

OBSERVATIONS.

Du droit de main-morte.

DANS cette queſtion l'auteur parle du droit de main-morte ſeigneurial: je me ſers de ce terme pour le diſtinguer du droit de main-morte ſur les communautés, qui appartient au roi ſeul.

Il y a donc deux ſortes de droits de main-morte. Le premier & le plus noble eſt un
8 droit que le roi leve ſur toutes les communautés, ſoit eccléſiaſtiques ou laïques pour la permiſſion d'acquérir & de poſſéder des héritages dans ſon royaume. L'on appelle les communautés main-mortes, parce que les héritages ſont morts en leur main, en ce qu'ils n'en ſortent plus. Je n'entreprendrai pas de parler de ce droit, cela me meneroit trop loin, je me contenterai de renvoyer aux auteurs qui en ont fait des traités. M. le Maître,
9 des amortiſſemens. Papon, dans ſes arrêts, liv. 1, tit. 14 intitulé de l'amortiſſement. Bacquet, du droit d'amortiſſement. Depuis peu M. de Lauriere a donné au public un petit traité de l'amortiſſement, où il y a des choſes très-curieuſes.

La ſeconde eſpece de main-morte, ſont des gens aſſujettis à une eſpece de ſervitude, qui a encore lieu dans pluſieurs coutumes, comme Troyes, Châlons, Vitry, Chaumont, Sole, ſaint Sever, Auvergne, la Marche, Bourbonnois, Nivernois, & les deux Bourgo-
10 gnes. Il faut voir les commentateurs de ces coutumes, ſur tout Coquille, ſur celle de Nivernois, Chaſſanée, ſur celle de la duché de Bourgogne, Baſmaiſon, ſur celle d'Auvergne.

* Faber, *Cod de dedit. lib. toll.* Revel ſur les ſtatuts de Breſſe & Burgey, depuis la remarque 35, juſqu'à la 45.

Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne au titre des main-mortes.

Le roi peut affranchir les main-mortes malgré leur ſeigneur, à la charge d'indemniſer les ſeigneurs, ainſi que cela fut jugé par un arrêt prononcé ſolemnellement en 1571, par lequel l'indemnité fut reglée au tiers de la valeur des biens de l'affranchi; cet arrêt eſt remarqué par M Lebret, dans ſon traité de la ſouveraineté, liv. 4, chap. 11, ſur la fin.

Si le droit de main-morte a lieu dans les pays de droit écrit.

Je ne veux parler ici que des pays de droit écrit, où cette ſervitude n'a pas lieu, c'eſt
11 un pays de liberté. M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chap. 32, établit doctement que ce droit n'a pas lieu en Dauphiné, il rapporte un édit du roi Henri II, de l'an 1552, qui affranchit les habitans de Savoye, de Breſſe, Bugey, Valromey & Dauphiné, de la ſervitude de la taillabilité & main-morte. M. Chorier, dans ſes notes ſur la juriſprudence de Guy Pape, page 145, dit la la même choſe.

Cependant l'auteur rapporte ici un arrêt du Parlement du 12 mars 1632, qui ordonne la preuve par témoins d'un ſemblable droit dans le pays de Forêts. La raiſon qu'on peut en donner, c'eſt que ce droit étoit compris dans les terriers du ſeigneur.

Dans l'eſpece de cet arrêt, il s'agiſſoit de ſavoir, ſi, dans le titre étant dit que le droit de main-morte auroit lieu en cas de décès des emphitéotes *ſine legitimis hæredibus*, ſi ces mots, *ſans hoirs légitimes*, devoient s'entendre ſans enfans, ou en général ſans héritier.
12 Notre auteur traite fort bien cette queſtion de part & d'autre, il panche à dire que ce n'eſt qu'un droit de deshérence.

BIU Cujas

Pour moi j'estime que ce n'est pas un simple droit de deshérence, mais aussi je crois que ces termes, *sine legitimis hæredibus*, comprennent généralement tous les héritiers légitimes, tant en ligne directe qu'en collatérale, & qu'il n'y a que les héritiers testamentaires qui soient exclus.

* Je crois même que les héritiers testamentaires ne sont exclus, que quand ils sont absolument étrangers; mais s'ils sont parens du testateur, ils excluent le seigneur.

Coquille, sur la coutume de Nivernois, chap. 8, art. 7, est d'avis que le mot *hoirs*, comprend tous les héritiers légitimes.

13 C'est pourquoi je ne saurois comprendre la raison pourquoi l'arrêt a interloqué pour savoir l'explication de ces termes: je n'en trouve point d'autre que la considération de la partie, qui étoit un gros seigneur, qui joignoit à une grande naissance de grandes richesses & beaucoup de mérite. En effet la fin de l'arrêt marque une grande faveur. *Il ordonne que douze anciens habitans des prochains lieux dudit Usson, non vassaux du Sr. de la Roue, seront ouis pardevant l'exécuteur de l'arrêt sur aucuns faits résultans du procès.* Par ce moyen il laisse au sieur de la Roue la liberté de choisir un juge à sa dévotion pour exécuter l'arrêt, & par conséquent le choix des témoins.

Cet arrêt est plus remarquable pour la question de la taille aux quatre cas, que pour celle du droit de main-morte, il confirme la sentence du bailli du Chaufour, au chef qui avoit condamné les emphitéotes à payer un droit de taille pour l'ordre de Chevalerie de saint Michel, dont le sieur de la Roue avoit été honoré, qu'il fixe au double du cens. L'arrêt ne change rien à cet égard, sinon qu'il donne aux censitaires la liberté de payer le double du cens, ou trente sols pour chaque feu. Pour savoir si l'ordre de saint Michel est suffisant pour donner lieu à la levée de la taille, il faut voir la question précédente sur le mot, *Chevalerie*.

14 Au surplus le château d'Usson dont il est ici parlé, est devenu célebre par la détention de la reine Marguerite: tout le monde sait par quelle porte elle en sortit; je n'en dirai pas davantage, il ne convient pas à un jurisconsulte de faire le romancier.

DES LODS, POUR RAISON DES DOTS.

QUESTION SOIXANTE-DIXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si les lods sont dûs d'un héritage donné en dot, avec faculté au mari de le retenir pour un certain prix.*
2. *Raisons pour établir, que les lods sont dûs en semblable cas.*
3. *Raisons & autorités pour montrer qu'il n'est point dû de lods en semblable occasion.*
4. *Avis de l'auteur, qu'il n'est rien dû en semblable cas.*
5. *Savoir si, quand la constitution a été faite en deniers, & payée après en héritages, il est dû des lods.*
6. *Distinction de l'auteur, entre le payement fait par le pere ou par le frere; dans le premier cas il n'est rien dû: dans le second le lod est dû.*
7. *Dans les pays où les mi-lods sont en usage, il n'est dû qu'un mi-lod pour un héritage estimé constitué en dot par des collatéraux.*
8. *Quand la femme se constitue elle-même sa dot, il n'est rien dû, quoique les héritages soient estimés, & que le mari ait la faculté de les retenir pour le prix de l'estimation.*
9. *Il n'est rien dû pour les héritages donnés en payement de la dot constituée par les peres ou meres, en quelque tems & par qui que ce soit que le payement se fasse.*
10. *Quand les pere ou mere donnent une terre en dot à leur fille, à la charge de payer une somme à leurs créanciers, il n'est rien dû.*
11. *Quand les ascendans donnent tous leurs biens, ou une partie en dot à un de leurs enfans, à la charge de payer la légitime aux autres, il n'est rien du.*
12. Idem, *pour la dot spirituelle.*
13. *Il n'est rien dû, quand le frere, en payement de la dot de sa sœur, lui donne des héritages de la succession de leur mere commune.*

BIU Cujas

14. *Quand le ſurvivant des pere & mere, inſtitué à la charge de rendre à un de leurs enfans, leur donne en dot des héritages du défunt, il n'eſt rien dû.*

15. *Dans aucun cas il n'eſt rien dû pour les héritages donnés en payement de la dot, de quelque maniere qu'elle ait été conſtituée.*

16. *Quand le frere puîné vient à la ſubſtitution, & qu'il donne des héritages en payement de la dot des filles de ſon frere aîné, il n'eſt rien dû.*

17. *Il faut dire la même choſe, quand un parent collatéral eſt appellé à la ſubſtitution.*

18. *Au parlement de Toulouſe, quand on donne au mari un héritage pour le payement de la dot de ſa femme, tant en principal qu'intérêts, les lods ſont dûs juſqu'à concurrence des intérêts.*

19. *Au parlement de Paris, les intérêts de la dot ont le même privilége que le principal; ainſi dans ce cas, les lods ne ſont point dûs.*

QUESTION LXX.

Si un héritage ayant été conſtitué en dot par un pere, avec faculté au mari, en cas de reſtitution, de le retenir, en rendant le prix de l'eſtimation, le lod en peut être demandé; & explication de l'article 16 du titre 16 de la coutume d'Auvergne.

CETTE queſtion nous a été propoſée en la coutume d'Auvergne; après l'avoir agitée, nous ne laiſſerons pas d'en parler ſelon notre droit écrit, dans le deſir que nous avons de ſatisfaire à tous.

1 Suppoſons donc que le pere avoit, entr'autres choſes, conſtitué en dot à ſa fille un domaine, avec convention, qu'en cas de reſtitution, il lui ſeroit loiſible de le retenir, en payant la ſomme de trois mille livres. Suppoſons pareillement que ce pere après la mort de ſa femme s'étant remarié, & venant après à colloquer en mariage ſa fille du premier lit, au lieu du domaine qu'il ſe ſeroit retenu, lui auroit conſtitué & payé trois mille livres. S'étant donc acquis cet héritage, on lui a voulu demander le lod.

2 Pour le ſeigneur, on peut dire que ſi par la coutume le lod n'eſt proprement dû que des ventes, il ne laiſſe pas d'être dû des mutations & contrats qui équipollent, *& ſapiunt venditionem.*

Qu'en effet, quoique l'article 3. du titre préallegué, porte *qu'il n'eſt rien dû des donations*, c'eſt pourtant avec cette limitation, qu'étant faite à la charge de payer les dettes, le lod eſt dû de ce qu'elles ſe montent. C'eſt parce que c'eſt une eſpece de vente, & que c'eſt la même choſe que ſi le donateur avoit vendu de ſes fonds, à la charge d'employer le prix à l'acquit de quelques dettes.

Que le domaine de queſtion ayant été baillé pour une ſomme, ayant été conſtitué avec faculté au mari de le retenir pour cette ſomme; il eſt vrai de dire que la conſtitution de la femme n'a été qu'en deniers, & qu'en payement d'iceux on a remis le domaine au mari. D'où s'enſuit que c'eſt *datio in ſolutum*, qui tient lieu de vente, & qu'on eſt aux termes de l'article 16. qui veut que le lod ſoit dû lorſqu'on baille des héritages en payement des deniers dotaux.

Qu'en effet, *& ab eventu*, il ſe trouve que le mari a acquis le domaine pour trois mille livres, auquel cas, comme il eſt certain que de droit *æſtimatio facit venditionem*, ſuivant la loi 16. *ff. de jure dotium.* Auſſi faut il qu'on avoue que par un effet rétroactif, il y a eu dès-lors du contrat une véritable vente.

Au contraire, l'on pouvoit dire qu'on vouloit 3
bien demeurer d'accord, que dès-lors du contrat de mariage le mari peut être cenſé avoir été fait propriétaire du domaine, ſous la condition du choix qui lui a été déferé. Mais encore que cela ſoit fait, ou que le droit ſoit demeuré en ſuſpens, que c'eſt toujours une conſtitution de dot, de laquelle il n'eſt point dû de lods, ſoit que l'héritage conſtitué demeure au mari ou à la femme, parce que c'eſt une pure conſtitution ou donation, & que l'eſtimation n'eſt faite que pour regler la choſe, & pour établir le choix. De ſorte que n'onobſtant cette eſtimation, la choſe demeure toujours dans ſa véritable nature de dot.

Que par la coutume d'Auvergne en l'article 1. du titre des achats, il eſt nettement décidé que le lod n'eſt dû qu'en contrat de vendition, & cela eſt pareillement décidé par l'article 68 de la coutume de Paris, ſur lequel M. Charles du Moulin en ſa gloſe premiere, ſur le mot, *acheté à prix d'argent*, réſout que *laudimia non debentur, niſi in caſu veræ, propriæ, & ſtrictæ venditionis.* Et au nombre 100. de la même gloſe, ayant propoſé la queſtion d'un héritage baillé en dot, il conclud que quoiqu'il ait été eſtimé, il n'en eſt point dû de lods, *quamvis verba donationis non concipiantur in filiam ſed in futurum generum*, & enfin que *res non cenſetur in dubio æſtimata cauſa venditionis vel dandi in ſolutum pro pecunia, ſed cauſa deſignandi conſtitutionem dotis & matrimonii*

N'importe que ce ne ſoit que long-tems après que le domaine a été retenu par le mari, parce que ce n'eſt qu'en conſéquence de la convention inſérée au contrat de mariage. Ce n'en eſt que l'exécution, & le mari n'a fait que conſommer le choix qui lui avoit été laiſſé. Auſſi cela marche en arriere, & c'eſt la même choſe que ſi la conſtitution avoit été pure & ſimple, *nam puri & purificati idem eſt judicium.*

Nous avons jugé ce parti plus ſoutenable, & nous y perſiſtons encore d'autant plus librement, que nous avons depuis vu deux ou trois avis de Paris conformes.

Ce n'eſt pas qu'il n'y ait ſujet d'en douter: car à bien prendre le ſentiment de M. Charles du Moulin, il ſuppoſe que l'héritage ſoit propre & dotal à la femme, & qu'il ne ſoit eſtimé que pour la conſtitution; que ce ſoit toujours un bien profectif, & qu'il en retienne la qualité. Il ajoûte que s'il n'a pas été conſtitué au gendre *pro ſe & ſuis, in dubio cenſetur ei datum in dotem & pro dote ſponſæ, quamvis*

BIU Cujas

hoc non dicatur. D'où il s'ensuit, que le contraire ayant été stipulé, & le mari pouvant retenir cet héritage pour lui & les siens, ce n'est plus un fond dotal, & l'on ne peut pas dire qu'il ait été propre à la femme.

Ainsi ce qui est traité par cet excellent homme, ne semble pas s'ajuster à l'espece proposée : non plus que celle qu'il propose sur le nombre 102, sçavoir qu'il eût été convenu que cet héritage sortiroit nature de conquest, parce qu'en ce cas ce n'est pas non plus une vente, & l'héritage est censé donné en faveur du mariage, *non in meram dotem conditionalem seu conditionatam, cadentem & confundendam in communionem futurorum conjugum*, tout ainsi que si pendant le mariage il avoit été acheté des effets communs.

Outre que le même auteur ayant encore traité la question sur le §. 53. de l'ancienne coutume de Paris, *num 36 & sequentib.* semble tenir le contraire, sçavoir que le lod est dû, mais que le mari ne le doit qu'après avoir consommé le choix, suivant la loi *plerumque, ff. de jure dotium*, à cause qu'auparavant la chose étoit en suspens, & que dépendant d'un évenement incertain, la femme étoit cependant maîtresse du fond dotal, *in rebus Cod. de jure dotium.*

4 Nous ne laisserons pas pourtant de persister à notre premier sentiment quant aux pays coutumiers. A quoi ne peut faire préjudice ce qui est dit en l'article 16 du titre 16 que *d'un fonds baillé en payement des deniers dotaux, le lod est dû.* Car cela se doit entendre, quand c'est après le contrat de mariage, & 5 que la constitution ayant été faite en deniers, on paye en un fonds : Et le même du Moulin le résout aussi de la sorte. *Secus*, dit-il, *si intervallo post obligationem formatam & quæsitam daretur fundus in solutum, quia venditio est.*

Ce qui n'est pas non plus sans difficulté; car Papon, au titre des droits seigneuriaux, arrêt 25. Charondas, livre 7 de ses réponses, chap. 72 & après eux *Ferrerius* sur la question 48. de Guy Pape, tiennent le contraire, & en cottent des arrêts : Et même *Ferrerius* ajoûte, *qu'il a été ainsi jugé au parlement de Toulouse*, lui plaidant : par cette considération, que ce qui est bailléen payement procédant des biens du pere, tient lieu de la portion héréditaire.

Sur quoi pourtant nous voudrions faire distinction, 6 si c'est le pere qui ayant constitué la dot en deniers, la paye après en fonds pour sa commodité, ou pour ne pouvoir mieux faire : Car en ce cas il est vrai de dire, que c'est pour légitime, que le pere fait cela : Que les héritages que le pere baille tiennent lieu de la portion héréditaire, & que c'est en effet des mains du pere que la fille les prend. Mais si c'est un frere, il y a quelque différence : car s'il y a eu un légat en deniers, & qu'ensuite d'icelui la constitution ait été faite, c'en est une acceptation, après laquelle il ne semble pas qu'il faille parler de la légitime en corps héréditaire .Et d'ailleurs, les héritages ont changé de main & de condition, *paterna esse desierunt*, & ils ont été faits propres au frere. C'est donc *datio in solutum, quæ sapit venditionem*, & pour laquelle le lod est dû. Aussi le docte Argentré en son traité *de laudimiis*, & sur l'article 66. de la coutume de Bretagne, parlant *de constitutionibus dotium & de datione in solutum*, semble tenir indistinctement, *que le lod en est dû.* Ce que nous jugeons trop rude, quand c'est le pere qui remet les fonds, quoique ce soit quelque tems après le mariage : Attendu même que nonobstant la renonciation de la fille, & sa constitution, le pere la peut rappeller, & lui léguer une portion de ses biens, ou l'admettre au partage en rapportant : Que s'il le peut faire en mourant, pourquoi ne le fera-t-il pas de son vivant ? Il le peut donc, pour mieux assurer la chose, lui remettre quelque héritage, & déclarer que c'est pour sa portion contingente, à la charge que moyenant ce il demeure quitte de sa dot & constitution.

OBSERVATIONS.

L'Auteur traite ici deux questions.

La premiere, s'il est dû un droit de lod, pour un héritage donné en dot par un pere à sa fille avec faculté au mari de retenir l'héritage pour une certaines somme.

La seconde, si la dot ayant été constituée en argent, ensuite payée en héritages, le lod est dû.

S'il est dû un lod, quand le mari retient l'héritage à lui donné en dot, & qu'il en donne le prix à sa fille en la mariant.

A l'égard de la premiere question, l'auteur tient indistinctement, qu'il n'est rien dû, quoique le mari retienne l'héritage, & donne à sa fille qu'il a eu de son mariage, la somme à laquelle l'héritage a été estimé par le contrat de mariage ; il dit la même chose sur la question 164 ; de la suite du livre 4.

Ferrerius, sur la question 48 de Guy Pape, est de même avis : il dit qu'il n'y a point de distinction à faire entre la dot estimée, ou non estimée ; & que la seule distinction qui est à faire, est entre les personnes qui ont constitué la dot. Quand elle est constituée par les ascendans ou par les freres, des biens paternels, il n'est rien dû ; mais si elle est constituée par les collatéraux ou par les étrangers, en ce cas il admet la distinction entre la dot simple, & la dot estimée. Mais cette distinction n'est bonne que dans les pays ou la donation entre collatéraux & étrangers, ne produit point de droits : mais où elle produit un mi-lod, comme dans le Lyonnois & le Forêts, cette distinction n'est bonne que pour savoir, s'il est dû un lod entier ou un simple mi-lod. Il semble que quand le mari retient l'héritage pour le prix convenu, c'est une véritable vente qui doit 7 produire un lod entier ; cependant j'estime que même en ce cas il n'est dû qu'un mi-lod, parce que c'est toujours un titre de constitution de dot, qui ne produit qu'un mi-lod, *quamvis æstimata, censetur data in dotem.*

BIU Cujas

Le même auteur traite la queſtion, quand c'eſt la femme qui ſe conſtitue en dot un héritage. Si la conſtitution eſt pure & ſimple, il dit qu'il n'eſt rien dû; mais quand l'héritage eſt eſtimé, il diſtingue ſi la clauſe porte qu'il ſera au choix du mari de retenir les fond pour une certaine ſomme, ou s'il n'a pas cette faculté. Dans le premier cas, il dit que le lod n'eſt dû qu'après le mariage diſſolu, ſi le mari ou ſes héritiers gardent l'héritage, & donnent à la femme ou à ſes héritiers la ſomme convenue. Dans le ſecond cas, il prétend que le lod eſt dû dès le moment du contrat : il cite pour cela du Moulin.

8 Quelque eſtime que j'aye pour cet auteur, je ne ſaurois être de ſon avis dans l'un ni dans l'autre cas : car l'intention de la femme n'eſt pas de vendre ſon héritage, mais de ſe le conſtituer en dot, & l'eſtimation qui en eſt faite, n'eſt que pour en marquer le prix, ou pour accommoder ſon mari; & cet accommodement, ſans lequel le mariage n'auroit pas été fait, eſt auſſi favorable que les accommodations de famille; pour raiſon deſquelles il n'eſt point dû de droits : auſſi du Moulin n'eſt-il pas de l'avis de cet auteur. Je trouve qu'il eſt d'un avis tout contraire dans le § 55, nomb. 109 de l'ancienne coutume, & ſur le § 78, nomb. 100 & 101, de la nouvelle coutume, & ſur-tout au nomb. 110 où il parle en ces termes : *nec cenſetur in dubio æſtimata cauſa venditionis, vel dandi in ſolutum pro pecunia : ſed cauſa deſignandi conſtitutionem dotis & matrimonii.*

Deſpeiſſes parle de toutes ces queſtions, t. 3. p. 78 & 79, il eſt en tout de l'avis de Ferriere, qu'il n'a fait que copier.

Lapeyrere, let. V, nomb. 26 eſt auſſi de l'avis de Ferriere.

Si les lods ſont dûs, quand les parens donnent des heritages à leur fille, en payement de la dot.

A l'égard de la ſeconde queſtion, notre auteur diſtingue ſi c'eſt le pere qui a conſtitué la dot en denier, & qu'enſuite pour le payement il donne de ſes héritages, ou ſi c'eſt le frere qui fait ce payement. Dans le premier cas, il ſoutient qu'il n'eſt rien dû : dans le ſecond, il eſtime qu'il eſt dû un droit de lod.

9 Pour moi je crois qu'il n'y a aucune diſtinction à faire, quand la dot a été conſtituée par le pere : en quelque tems, & par qui que ce ſoit que le payement ſe faſſe, il n'eſt rien dû. Ferrerius, Deſpeiſſes, & Lapeyrere, *eodem*, Papon, en ſes arrêts, liv. 13, titre des droits ſeigneuriaux, nomb. 25 & 34, Charondas, en ſes réponſes, ch. 72, Chopin, *de morib. Pariſ. l. 1, tit. 3, n. 8*, Brodeau, ſur l'art. 26 de la coutume de Paris, nombre quatorze, Tronçon ſur l'article trente-trois de la même coutume aux mots, *droits de vente*, Automne ſur celle de Bordeaux, art. 99, Taiſand ſur celle de Bourgogne, tit. 11, art. 11, note 3, ſur la fin, Baſnage, ſur la coutume de Normandie, art. 171, vers
10 le milieu, ſont tous de ce ſentiment.

Cette maxime eſt à préſent certaine, enſorte que quand même le pere ou la mere auroient donné une terre à leur fille en mariage, à la charge de payer une ſomme à leurs créanciers, la fille ne devroit aucuns droits, non pas même juſqu'à concurrence de la ſomme par elle payée aux créanciers, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt rendu en l'audience de la grand'chambre, le 12 mai 1631, rapporté par du Freſne, liv. 2, chap. 96, & par Bardet, tom. 1, liv. 4, chap. 25.

11 A plus forte raiſon, il faut décider, que quand les aſcendans donnent une terre, ou tous leurs biens, ou une partie, à un de leurs enfans, à la charge de payer la légitime, ou une certaine ſomme à leurs autres enfans, il n'eſt rien dû, d'autant que la légitime devant être payée en corps héréditaire, les enfans légitimaires ſont cenſés donataires d'une partie de ces mêmes biens.

12 Brodeau & Lapeyrere, aux endroits ci-deſſus cités, établiſſent la même maxime pour la dot ſpirituelle, que pour la temporelle, en ſorte qu'il n'eſt dû aucun droit pour les héritages donnés à un monaſtere, en payement de la dot d'une fille profeſſe.

13 Je viens de dire qu'il n'eſt point dû de droits quand la dot a été conſtituée par le pere, & que pour le payement le frere donne des héritages à ſa ſœur; je crois qu'il faut dire la même choſe, ſi après la mort du pere, le frere marie ſes ſœurs, & leur donne en dot des héritages de la ſucceſſion de leur pere commun : * ainſi jugé par un arrêt du 2 juillet 1565 cité par Papon, livre 13, titre 2, nombre 34 & par Charondas, reſp. chap. 72. Il faut porter le même jugement, quand il leur donne des héritages de la ſucceſſion de leur mere commune.

14 J'ai remarqué ſur la queſt. 22, du livre 3 tome 1, que c'eſt une louable coutume dans les pays de droit écrit entre les conjoints, que celui qui précede, inſtitue le ſurvivant à la charge de rendre ſa ſucceſſion à celui des enfans qu'il lui plaira de choiſir. Si le ſurvivant en mariant les enfans communs, leur donne des héritages du défunt, ſera-t-il

BIU Cujas

dû quelques droits ? je ne le crois pas, parce qu'une semblable donation tient lieu de légitime. *Sed quid juris*, si un des enfans a été marié du vivant des deux, & que la dot n'ait pas été payée, si le survivant la paye des biens du défunt, sera-t-il dû quelque chose ? je ne le crois pas non plus.

Notre auteur dans la quest. 51, du livre 4, tome 2, a établi, que la loi *si pater*, qui oblige le pere de doter ses enfans *de suo*, est suivie dans la province. Sur cela il peut naître une question fort singuliere. Si le pere a marié une ou plusieurs filles du vivant de sa femme, ou après son décès, & qu'il leur ait constitué une dot *effuso sermone*, sans la payer réellement, & que pour le payement, il donne des héritages procédans du chef de sa femme ; savoir s'il est dû un mi-lod pour raison de ce.

Il y a plusieurs distinctions à faire. 1°. Si les héritages sont donnés en payement pendant la vie de la femme. Dans ce cas je ne crois pas qu'il y ait aucune difficulté : car quoique, suivant le droit civil, la dot soit à la charge du pere, néanmoins, suivant le droit naturel, cette obligation regarde la mere, aussi-bien que le pere ; & par conséquent c'est une donation en directe, pour raison de laquelle il n'est dû aucun droit. 2°. Si c'est après le décès de la mere que le pere donne à sa fille en payement de sa dot des héritages maternels, il faut encore distinguer : si le mari est héritier de sa femme, pour lors il importe peu qu'il donne de ses héritages ou de ceux de sa femme, puisqu'il est également maître des uns & des autres ; mais s'il n'est pas héritier de sa femme, il y a beaucoup plus de difficulté : il semble qu'il faudroit encore distinguer, si la dot à été constituée par le pere seul, ou conjointement avec sa femme, mais *effuso sermone* ; ou si la femme a déclaré précisément ce qu'elle donne du sien. Dans les deux premiers cas, le pere étant seul tenu du payement de la dot, il ne peut pas acquitter sa dette en donnant les héritages de sa femme. Dans le troisiéme cas il, il peut donner des héritages de sa femme, jusqu'à concurrence de la dot par elle promise.

Mais j'estime que toutes ces distinctions sont plus subtiles que solides, & que toutes ces subtilités ne doivent point être écoutées en justice, suivant ce qui est dit dans la loi 8 § 16, *quid. mod. pign. vel hypot. solvit : hæ enim subtilitates à judicibus non admittuntur.* Godefroi, dans sa note sur cette loi, dit que les pures subtilités sont odieuses aux juges, *meræ subtilitates judicibus invisæ.*

J'estime donc que dans tous ces cas, & sans aucune distinction, il n'est rien dû quand 15
on donne des héritages à une fille en payement de sa dot, de quelque maniere qu'elle ait été constituée, soit par le pere seul, ou conjointement avec sa femme, *effuso sermone vel déclarativè*, pendant la vie des deux, ou après le décès de l'un, & par qui que ce soit que le payement en soit fait, soit par le pere, soit par la mere, soit par le frere, ou même par un étranger. Ce dernier cas peut arriver quand il y a une substitution dans une 16
maison, *v. g.* si un pere a institué son fils aîné, & en cas qu'il décede sans enfans mâles, il lui a substitué son fils puîné. Si le cas arrive que le fils aîné n'ait que des filles, & qu'il les ait mariées pendant sa vie, sans avoir payées la dot, l'enfant puîné venant à la substitution, pourra donner des héritages à ses niéces, en payement de leur dot, sans qu'elles soient tenues de payer aucuns droits. Ce cas ne peut souffrir aucune difficulté, parce que c'est toujours une donation en direct, l'aïeul qui a fait la substitution, auroit été obligé de doter ses petites filles, supposé que son fils n'eût pas été en état de le faire.

Il peut se présenter un cas plus difficile : si un pere qui n'a que des filles qu'il a marié, 17
sans avoir payé leur dot, est assez entêté de son nom, pour instituer un de ses parens portant son nom & ses armes, pour son héritier universel : ce qui arrive souvent, parce que les personnes d'une ancienne noblesse ont une grande passion pour la conservation de leur nom : *nobilibus cordi esse solet nominis propagatio.* Si cet héritier donne à ces filles des héritages de la succession de leur pere en payement de leur dot, devront-elles des droits seigneuriaux ? il semble qu'il faille tenir pour l'affirmative, parce que c'est une donation faite par un parent collatéral. Cependant je crois la négative plus juridique ; parce que la dot procédant du chef du pere, tient lieu de légitime, & la légitime se paye en corps héréditaire de la succession, & les filles sont héritieres de leur pere, jusqu'à concurrence de leur dot.

Voilà pour ce qui concerne le principal de la dot ; mais s'il est dû plusieurs années d'in- 18
térêts, & que le pere ou son héritier donne des héritages en payement, tant pour le principal, que pour les intérêts ; savoir s'il sera dû des lods. M. Catelan, tom. 1, liv. 3 ch. 20 rapporte un arrêt du 23 décembre 1698, qui a jugé que les lods sont dûs jusqu'à concurrence des intérêts, parce que ces intérêts sont dûs au mari, qui est une personne étrangere.

J'ai de la peine à souscrire à cette jurisprudence ; elle me semble contraire à tous les 19
principes. 1°. C'est une maxime triviale, que l'accessoire se regle suivant la nature du principal, & qu'on ne sépare point leur qualité. 2°. Quoique les intérêts appartiennent

BIU Cujas

au mari, l'héritage ne lui appartient pas juſqu'à concurrence des intérêts; il demeure pour le tout à la femme, qui eſt obligée de faire raiſon à ſon mari des intérêts échus de ſon tems. Ainſi la propriété de l'héritage ne paſſant point au mari, il y auroit de l'injuſtice à l'obliger de payer les lods. 3°. Le ſeigneur ne ſouffre rien; car ſi le pere avoit donné à ſa fille cet héritage auſſitôt après ſon mariage, le ſeigneur n'auroit pas été en droit de demander les lods pour l'excédant de la dot, quand même le pere auroit chargé ſa fille de payer cet excédant à ſes créanciers, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt du parlement de Paris, ci-deſſus cité. Enfin ces ſortes de contrats ſont des accommodemens de famille, dans leſquels il ne doit pas être permis aux ſeigneurs d'entrer, & encore moins de les empêcher ou troubler.

Pour confirmer ce que j'ai dit ci-deſſus, que les lods ne ſont point dûs, quand le pere inſtitué héritier par ſa femme, donne des héritages procédans de lui ou de ſa femme, à leurs enfans communs, pour le payement de leur dot, ou de leur légitime; j'obſerverai que ſur la queſtion 48, ci-deſſus, notre auteur fait mention d'un arrêt, par lequel il a été jugé, que les ſeigneurs ne ſont pas en droit de prétendre des lods pour le ſupplément de légitime accordé par le pere inſtitué héritier par ſa femme, à leur fille commune, laquelle, au moyen de ce ſupplément, avoit cédé tous ſes droits à ſon pere, qui avoit paſſé en ſecondes nôces.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA coutume d'Auvergne, qui en beaucoup de choſes eſt exhorbitante & a des diſpoſitions extraordinaires, dit dans l'article 16 du titre 16 : *lods & ventes ſont dûs pour l'héritage baillé en payement de deniers dotaux ou autres.*

J'ai dit dans mes premieres obſervations, que quand le frere donne à ſa ſœur un héritage en payement de ſa dot, il n'eſt point dû de lods, cela eſt certain; il faut pourtant que l'héritage donné en payement provienne de la ſucceſſion du pere, ou de la mere: car s'il vient d'ailleurs, comme ſi le frere l'a acquis, ou qu'il lui ſoit échu par ſucceſſion ou donation provenant d'un parent collatéral, ou d'un étranger, en ce cas les lods ſont dûs. Cette diſtinction eſt faite par Ferrerius ſur la queſtion 48 de Guy Pape, *quin imò ſi pater, vel frater pro pecunia in dotem conſtituta, bona paterna in ſolutum dederit, quamvis datio in ſolutum emptioni, venditioni comparetur, tamen ex ejuſmodi contractu laudimia non debentur.* Cet auteur dit toujours, *bona paterna.* La même diſtinction eſt faite par M. d'Olive, dans ſa nouvelle addition, ſur le chapitre 19 du liv. 2. Il cite un arrêt du 26 mai 1641, qui a jugé que les lods ſont dûs, quand l'héritage donné en payement provient d'ailleurs que des biens du pere.

J'ai dit auſſi après Brodeau & Lapeyrere, qu'il n'eſt rien dû pour l'héritage donné en dot à une fille religieuſe : Depuis j'ai trouvé que Baſnage ſur la coutume de Normandie, article 171, vers le milieu, ſoutient fortement le contraire. Il cite un arrêt du parlement de Rouen, du 2 juillet 1654, qui a jugé ſuivant ſon ſentiment.

Lapeyrere, let. V, n. 26, rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux, du 7 ſeptembre 1667, qui a jugé le contraire bien formellement. Il ne m'appartient pas de prendre parti entre ces deux parlemens; mais je crois qu'à préſent qu'il eſt permis aux religieuſes de recevoir des dots, la dot ſpirituelle doit avoir la même faveur que la dot temporelle.

J'ai cité M. Catelan, qui rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe, qui a jugé, que pour l'héritage donné en payement au mari pour la dot de ſa femme, tant pour le principal que pour les intérêts, il eſt dû des lods juſqu'à concurrence des intérêts.

L'auteur des nouvelles notes ſur Lapeyrere, lett. L, nomb. 124, rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux, du 24 mars 1694, qui a jugé la même choſe.

Quelque reſpect que j'aie pour le arrêts des cours ſouveraines, j'ai bien de la peine à me rendre à la déciſion de ces arrêts, *autoritas rerum judicatarum me movet, ſed non perſuadet.*

BIU Cujas

DES RÉPARATIONS DES CHATEAUX.

QUESTION SOIXANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Sentiment de Guy Pape, touchant les réparations du château; il tient que les forains y doivent contribuer pour moitié.*
2. *M. Henrys distingue entre les forains qui ont des fermes sur le lieu, & ceux qui possédent seulement des héritages sans aucun manoir.*
3. *M. Expilly soutient, que les forains sont tenus de contribuer aux réparations de l'église.*
4. *Thesaurus est d'avis contraire, il porte le même jugement des réparations des églises, que de celles des châteaux.*
5. *Arrêt du 1 juin 1619, qui a jugé que les habitans des villages voisins d'une ville, ne sont pas tenus à la garde, ni aux réparations des murs de la ville.*
6. *Arrêt du 1 février 1658, qui a déchargé les forains de la contribution aux réparations du château.*
7. *Sentence du bailliage de Montbrison, sur lequel l'arrêt est intervenu.*
8. *Explication du fait & des titres du seigneur.*
9. *Toutes sortes de personnes sans distinction, sont tenues aux réparations du chateau.*
10. *A présent le droit de guet & garde doit cesser.*
11. *Arrêt du parlement de Toulouse, qui l'a ainsi jugé.*
12. *Auteurs qui ont traité des réparations des châteaux, & du guet & garde.*

QUESTION LXXI.

De la contribution aux réparations du château du seigneur, & si les forains en sont tenus.

1 GUY Pape, en sa décision 7 traitant des réparations qu'il faut faire au château du seigneur, agite la question, *an forenses teneantur saltem pro vinteno.* Après avoir déterminé que les uns & les autres n'y sont obligés que pour la clôture ou le vintain, & que si le seigneur veut fortifier ou embellir son château, ce doit être à ses dépens. Il fait distinction pour le surplus entre ceux qui habitent sur le lieu, ou qui sont forains.

Il conclut donc que *les forains n'y doivent contribuer que pour une moitié*, c'est-à-dire, que quand les vrais habitans, & qui ont leur domicile dans la justice du seigneur, payent un écu, les forains ne doivent payer qu'un demi. Cet auteur assure que *c'est suivant un reglement qui fut fait par le gouverneur de Dauphiné, & confirmé par l'ordonnance de Charle VII*, laquelle il dit être enregistrée & suivie de l'usage.

Pour établir que les forains y sont obligés, on dit que ce sont charges réelles, qui regardent plûtôt les héritages, que les personnes; & l'on cite pour cela quelques titres de notre droit, la loi *munerum, ff. de munerib. & honorib.* La loi seconde, *Cod. de munerib. patrimonior.*, où il est dit, que *munera quæ patrimoniis publicæ utilitatis causâ indicuntur, ab omnibus subeunda sunt.* Et encore la loi derniere du même titre, qui n'en excepte personne.

On peut encore citer diverses loix du titre du code *de operibus publicis*, où il est dit, que *quod respicit publicam auctoritatem*, doit être supporté par tous. On peut donc soutenir que le château ne servant pas seulement au seigneur; mais encore aux habitans pour leur conservation, leur étant un lieu de retraite & de refuge, & à leurs bestiaux en tems de guerre, comme ils ont intérêt à maintenir la clôture & le vintain, ils en doivent souffrir la dépense; & ce vintain se peut dire en bon latin, *muralis ambitus*, ainsi qu'en parlent les empereurs en la loi *per provincias, Cod. de ædific. privatis.*

Le même Guy-Pape traite encore le même point en sa décision 372. où recherchant l'origine du mot de *vintain*, il tient que *vintenium dicitur à vinco, quia hostes per illud vincuntur*; ce qui suppose que ce soit plûtôt par nécessité que par ornement ou agencement.

Mais quoique cet auteur détermine que les 2
forains y doivent contribuer, nous croyons pourtant qu'il ne suffit pas de distinguer du plus au moins; mais qu'il faut encore faire une autre distinction entre ceux qui sont forains, mais qui ne laissent pas d'avoir un domaine dans la terre du seigneur, & d'y tenir feu vif, & ceux qui n'y ont que quelques héritages, sans qu'ils y ayent aucun domicile.

Nous fondons cette distinction sur le motif & la cause qui oblige à semblables contributions, sçavoir, que tous ceux qui demeurent dans la terre, sont comme à l'abri du château, & peuvent, en tems d'hostilité ou de passage de gens de guerre, s'y réfugier, leurs meubles & leurs bestiaux. Or, comme cette utilité & commodité commune regarde encore les forains qui ont un métayer & du bétail, comme ils s'en peuvent servir,

BIU Cujas

& en tirer de l'avantage, il eſt raiſonnable qu'ils y contribuent, ſinon également, du moins pour une moitié.

Mais comme cette conſidération ceſſe à l'égard de ceux qui n'ont que quelques héritages, qui n'ont point d'habitation, qui ne tiennent point de métayer, ni de beſtiaux; on peut dire que *ceſſante cauſâ, ceſſat effectus*, & que qui n'en reçoit pas la commodité, n'en doit pas ſouffrir l'incommodité.

Non pas même s'il ſe trouvoit que par la reconnoiſſance d'un héritage particulier, on ſe fût obligé à cette réparation; car cela ſe devoit entendre *ſecundùm ſubjectam materiam*, en tant que le poſſeſſeur demeureroit dans la terre, ou ſon métayer; c'eſt-à-dire, que cet héritage fût poſſédé par un habitant du lieu, ou dépendît d'un domaine qui fût dans la terre.

A plus forte raiſon; ſi cet héritage ne ſort que de la directe du ſeigneur, & ne reſſort pas de ſa terre & ſa juſtice, parce que cette obligation ſemble plûtôt être dépendante de la juſtice que de la directe.

M. Expilly dans ſon plaidoyer 9, traite amplement la queſtion, *ſi l'étranger ou forain qui tient & poſſede des biens en la paroiſſe, doit entrer en la dépenſe pour la réparation de l'égliſe.* Il conclut pour l'affirmative; & par l'arrêt qu'il cotte, il fut jugé de la ſorte au parlement de Grenoble. Mais il y a de la différence; au lieu que le Forain qui n'a point d'habitation, ne peut tirer avantage de la clôture & retraite du château, il en peut tirer de l'égliſe & des prieres qui s'y font pour les fruits de la paroiſſe. L'efficace en eſt générale, & le forain y participe ainſi que les autres, & c'eſt auſſi-bien pour conſerver ſes fruits, que les leurs, qu'on fait tant de prieres, de proceſſions & de bénédictions. 3

Nonobſtant ces raiſons, le ſénat de Turin, au rapport d'*Antonius Theſaurus, deciſ.* 149, a jugé le contraire, & que le forain qui n'a point d'habitation, n'eſt pas tenu aux réparations de l'égliſe. Cet auteur, & ſon fils après lui, confond cette contribution avec celle qui ſe fait pour les réparations d'un fort château. *Illud indicitur*, dit-il, *pro ſecuritate civium habitantium; unde cùm forenſis non habitet, non tenetur.* Mais il ne laiſſe pas de tirer autre profit de l'égliſe & des prieres qu'on y fait; & partant l'utilité étant publique, & le forain pouvant en reſſentir du bénéfice par la conſervation de ſes fruits, la charge doit être commune. C'eſt néanmoins une contribution volontaire, plûtôt que forcée, à cauſe que parmi nous la taille ſuit le domicile. *Vide Andræam Gail. lib. practicar. obſervation. cap.* 52 *& Molinæum ad conſilium Alexandri* 101, *lib.* 3. 4

Extrait des regiſtres du parlement

Comme de la ſentence donnée par notre châtelain de S. Galmier, ou ſon lieutenant, le 17 décembre 1612, entre les conſuls, manans & habitans de la ville, & mandement de St. Galmier, demandeurs, d'une part: & les conſuls, manans & habitans des paroiſſes de Saint-Miard & Aveyſieu, défendeurs, d'autre: par laquelle leſdits défendeurs auroient été condamnés aller au guet & garde en ladite ville de Saint-Galmier, toutefois & quantes que beſoin ſeroit, & leur ſeroit commandé à leur tour, même contribuer aux frais néceſſaires de ladite garde & réparations des murailles de ladite ville, pour leur part & cotte, au pied de la grande taille, & condamnés ès dépens: eût été de la part deſdits habitans dudit S. Miard & Aveyſieu, appellé à notre cour de parlement; en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous: joint les griefs, prétendus moyens de nullité, les intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits; joint l'appellation verbale par leſdits habitans de Saint-Miard & Aveyſieu, interjettée d'une ſentence donnée par notre bailly de Forêts ou ſon lieutenant, le 10 juin 1589 par laquelle leſdits habitans de S. Miard auroient été condamnés à faire la garde, & contribuer aux frais; ſur lequel appel les parties auroient été appointées au conſeil, à écrire par mêmes griefs & réponſes: Forcluſions de produire de nouveau: Production ſur ladite appellation verbale: Contredits deſdits habitans de S. Galmier: Requête employée pour contredits, & ſalvations: Arrêt du 5 février dernier, entre Melchior Mitte, chevalier, marquis de Saint-Chaumond, demandeur & intervenant, d'une part, & leſdits habitans de Saint-Galmier, défendeurs, d'autre part; par lequel ledit de Saint-Chaumond auroit été reçu partie intervenante audit procès, bailler par les parties moyens d'intervention, réponſes & produire: Requête employée pour moyens d'intervention: Production dudit de S. Chaumond: Autre requête deſdits habitans de S. Galmier, employée pour réponſe & production: Concluſions de notre procureur-général, & le tout diligemment examiné: 5

Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter à ladite intervention, a mis & met leſd. appellations, ſentences & ce dont a été appellé, au néant, ſans amende; & en émendant, a abſous & abſout leſdits appellans des demandes, fins & concluſions deſdits intimés, & leur a fait mainlevée des ſaiſies & exécutions faites ſur eux, condamne les intimés rendre & reſtituer auſdits appellans ce qu'ils auroient touché en vertu d'icelles, & ès dépens de la cauſe principale, ſans autres dépens, dommages & intérêts entre toutes leſdites parties, la taxe des dépens adjugés, à notred. cour réſervée. Prononcé en parlement le premier juin mil ſix cent dix-neuf. Collationné. *Signé*, Du Tillet

Extrait des regiſtre du parlement.

Entre Claude Pupil pere, & légitime adminiſtrateur de Barthelemy Pupil ſon fils, héritier univerſel de Barthelemy Craponne ſon aïeul maternel; & Jean de Perduſſin, Marchand de la ville de S. Etienne de Furand, appellans d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée de S. Etienne, transferée à Montbriſon, le vingt-ſixiéme jour d'août 1654, comme de juge incompétent, & autrement, & défendeurs d'une part; & meſſire Gaſpard de Cappony, ſieur & baron de Feugerolles, intervenant, & prenant en main pour les conſuls, manans & habitans de Roche-la-Moliere & Saint-Genys en Feugerolles, intimé & demandeur au principal évoqué par arrêt du 21 jour d'août 1655, aux fins d'une commiſſion du juge de Feugerolles, obtenue par les conſuls modernes de la paroiſſe de S. Genys de Mallifau, au mandement dudit Feugerolles, le 11 novembre 1651: Et encore entre leſdits Pupil & de Perduſſin èſdits noms, appellans de l'ordonnance de nomination & adjudication au rabais des réparations néceſſaires à faire au château de l'in- 6

BIU Cujas

timé, du deux juin 1614 & procédures faites sur même sujet en 1628, visitation des mêmes réparations, réception d'enchere, du 21 juin 1632, & adjudication au rabais du 5 juillet de la même année: Rôle de la contribution du 17 Novembre 1644 & de tout ce qui s'en est ensuivi, le tout fait par les officiers de Feugerolles, & ledit de Cappony, intimé, d'autre. Vu par la cour ladite commission du juge de Feugerolles du 13 novembre 1651 & demande au principal évoqué dudit de Cappony audit nom, à ce que lesdits Pupil & de Perdussin aussi èsdits noms, fussent tenus d'assister en l'instance intentée par ledit de Cappony, pour contribuer aux réparations du château dudit Feugerolles, contre tous les habitans qui avoient été assignés en la personne des consuls, & dire ce que bon leur sembleroit contre ladite demande; contribuer, s'il y échoit, ausdites réparations avec les autres habitans; & à défaut de ce, ordonner qu'ils y seroient contraints à la forme de droit, & autrement, ainsi que de raison, avec adjudication de dépens, dommages & intérêts. Ladite sentence du 26 août 1654, rendue en ladite sénéchaussée de Saint-Etienne transferée à Montbrisson, entre lesdits de Perdussin & Pupil appellans, d'une part, & ledit de Cappony intervenant & prénant en main pour lesdits consuls, manans & habitans de Roche la-Moliere & St. Genys en Feugerolles, intimés, dautre: par laquelle à l'égard dudit Pupil, auroit été dit, que ce dont étoit appellé sortiroit son plein & entier effet, avec dépens de la cause d'appel; & à l'égard dudit de Perdussin, ordonné avant rendre droit, que ledit de Cappony articuleroit les fonds sur lesquels il prétendoit la redevance des droits seigneuriaux dont étoit question, dans la quinzaine, autrement déchu, dépens réservés. Ledit arrêt d'évocation du 21 jour d'août 1655 par lequel sur ledit appel de ladite sentence du 26 août 1654, les parties auroient été appointées au conseil, & sur ledit principal évoqué en droit à écrire & produire, dépens réservés: Causes d'appel desdits Pupil & Perdussin, contenant leurs conclusions, à ce qu'en émandant, & faisant droit audit principal, ils fussent renvoyés absous des fins & conclusions contre eux prises par lesdits consuls desdits lieux de la Roche-la-Moliere & Feugerolles, & ledit de Cappony condamné en tous les dépens des causes principales & d'appel: Réponses d'icelui de Cappony. Productions des parties: Contredits dudit de Cappony: Requête desdits Pupil & Perdussin, employée pour contredits: Leurs salvations: Et requête d'icelui de Cappony, employée pour salvations, suivant l'arrêt à contredire du 3 de mai 1657: Lesdites ordonnances de nomination & adjudication au rabais des reparations nécessaires au château dudit de Cappony, du 2 juin 1614 & procédures sur même sujet en 1628: Visitation des même reparations: Receptions d'encheres du 21. Juin 1632: Adjudication au rabais du 5 juillet de la même année: rôle de contribution du dix-sept novembre 1654, le tout fait par les officiers de la justice de Feugerolles, & dont est aussi appel: Arrêt d'appointé au conseil, & joint, du six août 1657, joint aussi les prétendues fins de non-recevoir dudit de Cappony, qui étoient que lesdites ordonnances, adjudication & proccédures avoient été exécutées par les justiciables dudit de Cappony, comme ayant été données de leur consentement: Et défenses au contraire desdits Pupil & Perdussin: Requêtes respectivement employées pour défenses ausdites fins de non-recevoir, des causes d'appel & de réponses: Autre requête desdits Pupil & Perdussin, employée pour production: Production dudit de Cappony. Production nouvelle dudit Cappony: par requête du 19 jour de janvier dernier: Requête desdits Pupil & Perdussin, employée pour contredits; Et tout considéré:

Dit a été, que ladite cour a mis & met les appellations & ce dont a été appellé, au néant; émendant, faisant droit au principal évoqué sur la demande dudit de Cappony, les parties hors de cour & de procès, le tout sans dépens. Prononcé le premier jour de février mil six cent cinquante-huit. Collationné. *Signé* du Tillet.

Pour la satisfaction du Lecteur, & pour lui faire mieux entendre le fait, nous avons jugé à propos d'inférer ici la sentence de ce siége, sur l'appel de laquelle l'arrêt a été rendu. Et quoique nos conclusions n'y soient pas étendues, nous pouvons pourtant assurer qu'on ne demeuroit pas d'accord d'avoir bâtiment ni feu dans la justice du seigneur, mais seulement quelques fonds écartés.

Extrait des regiſtres de la ſénéchauſſée de S. Etienne, transferée à Montbriſon.

Entre Jean de Perdussin & Claude Pupil, appellans par Martin leur procureur, d'une part, 7
& messire Gaspard de Cappony, seigneur, baron de Feugerolles, intervenant & prenant en main le fait & cause pour les consuls, manans & habitans de Roche-la-Moliere & Saint-Genys en Feugerolles, intimés, par Punctis leur procureur, d'autre.

De S. Hilaire, avocat pour ledit Pupil, soutient qu'il a été mal, incompétemment & attentatoirement jugé & procédé par le juge dont est appel; en émendant, en conséquence du renvoi requis par l'appellant par acte de signification, & sera renvoyé pardevant le juge ordinaire de S. Etienne, comme son vrai Juge naturel, si mieux les intimés & ledit seigneur intervenant n'aiment procéder pardevant nous, ce qu'ils opteront dans un bref délai, autrement l'option déferée ausdits appellans; néanmoins dès-à-présent condamnés aux dépens de la cause d'appel, attendu même que le domaine dudit appellant est éloigné du château de Feugerolles de plus d'une lieue & demie, tous les fonds d'icelui assis dans la jurisdiction de la Faye, à la réserve d'un seul fonds, qui est dans les limites de la jurisdiction de Feugerolles, & dont il n'appert pas qu'il soit mouvant de la directe dudit seigneur. Et pour le regard dudit de Perdussin, conclut aussi à mal jugé; en émendant, attendu que tout son domaine est situé dans la châtellenie de Saint-Victor, & non dans la justice de Roche-la-Moliere, qu'il doit être délaissé de l'instance principale, les intimés condamnés aux dépens de la cause d'appel.

Gonin, avocat pour lesdits consuls, manans & habitans dudit lieu, intimés, soutient que ce dont est appel doit sortir son effet, avec dépens de la cause d'appel, le tout aux périls & fortunes dudit seigneur de Feugerolles.

Puy, avocat pour ledit seigneur de Feugerolles intervenant, & prenant en mains pour lesdits consuls, & habitans, soutient qu'il a été bien jugé & ordonné, & que ce dont a été appellé sortira son effet, avec dépens de la cause d'appel.

Henrys, avocat du roi, pour le procureur de sa majesté présent, adhere avec les intimés à la confirmation de l'ordonnance dont est appel, à l'égard dudit Pupil; & pour ledit Perdussin, les parties être réglées à contester plus amplement.

Il est dit: à l'égard dudit Pupil, que ce dont

BIU Cujas

eſt appel ſortira ſon plein & entier effet, avec dépens de la cauſe d'appel. Et à l'égad dudit Perduſſin, ordonné, avant rendre droit, que la partie de Puy articulera les fonds ſur leſquels il prétend la redevance des droits ſeigneuriaux dont eſt queſtion, dans la quinzaine; autrement déchû, dépens réſervés.

8 Enſuite d'une inſtruction plus particuliere que nous avons depuis recherchée, le lecteur ſçaura,

Que Pupil a un domaine à ſaint Genys de Malifau, dans la terre & juriſdiction de la Faye.

Que de ce domaine dépend un grand tenement de pré, terre & paſquis, qui eſt dans la juriſdicton de Feugerolles.

Que ce tenement en mil cinq cent ſoixante-ſix, a été reconnu au terrier du ſeigneur de Feugerolles dans toute juſtice, avec lods, ventes & reconnoiſſances, quand écherront, droits & devoirs ſeigneuriaux accoutumés en la baronie dudit Feugerolles, & autres droits & uſages en la tranſaction, &c.

Que les reconnoiſſances faites aux terriers par les vrais habitans & manans de Feugerolles, & qui y étoient domiciliés, portent qu'ils ſe reconnoiſſent ſujets, juſticiables, gueſtables au château, y venir à corps & à cris, tenus ès réparations d'icelui, charriables & manoperables, taillables & ſujets aux cinq cas portés par la tranſaction ci-devant faite entre les prédéceſſeurs deſdits ſeigneurs & habitans de l'an 1446, &c.

Qu'il réſulté de-là que ces reconnoiſſances ont plus d'étendue & d'expreſſion que l'autre, & néanmoins que de ces termes & autres droits & devoirs ſeigneuriaux & uſages accoutumés en la baronie dudit Feugerolles, le ſeigneur vouloit inférer, que quoique ledit Pupil n'eût aucun bâtiment dans ſa terre, il ne laiſſoit pas d'être tenu aux mêmes droits que les autres vrais habitans, à proportion de ce qu'il tenoit dans ladite terre.

Mais pourtant la cour a jugé le contraire, ſoit par le défaut d'une expreſſion plus préciſe de ce droit, ou plûtôt pour avoir jugé que c'eſt plûtôt un droit perſonnel que réel, & une obligation qui regarde plûtôt les perſonnes que les héritages.

Quant à Perduſſin, il poſſede quelques fonds dans la terre & juriſdiction de Roche-la-Moliere, appartenant au ſeigneur de Feugerolles, mais il n'y a point de domicile, & ſes fonds dépendent d'un domaine que ledit Perduſſin poſſede dans la terre de S. Victor, & leſdits fonds avoient été reconnus en l'an 1561, dans la reconnoiſſance d'un autre domaine, que le poſſeſſeur d'iceux avoit lors dans ladite Roche, avec obligation aux réparations du château.

Outre quoi, le ſeigneur ſoutenoit qu'il avoit joui dudit droit, & en rapportoit des actes des années 1614, 1628, 1632, & 1644. Il en faut donc demeurer aux termes de notre diſtinction, que ce droit eſt plus perſonnel que réel, & qu'au défaut de domicile, il ne peut affecter les héritages particuliers, & qui dépendent des domaines qui ſont hors la juriſdiction.

A quoi l'on peut ajoûter, que par l'arrêt précédent, les corvées dûes audit ſeigneur ayant été déclarées perſonnelles, cela a pû porter conſéquence pour les réparations du château.

OBSERVATIONS.

Des réparations du château, & du guet & garde.

L'Auteur rapporte ici une ſentence de ſon ſiége, & deux arrêts du parlement de Paris, qui ont déchargé les forains des réparations du château.

La déciſion de ces arrêts eſt contraire à la doctrine de Guy Pape, queſt. 7, 78 & 372 où il établit que les Forains ſont tenus aux réparations du château pour moitié de ce que les habitans du lieu en payent.

Mais notre auteur diſtingue avec raiſon entre les forains qui ont des maiſons ou des fermes ſur le lieu, & ceux qui ne poſſedent que de ſimples héritages. Les premiers ſont tenus aux réparations, parce que le château ſert pour la conſervation de leurs métayers & de leurs beſtiaux: les autres n'en ſont pas tenus, parce que le château ne leur ſert de rien.

9 Il faut obſerver avec Guy Pape dans les queſtions ci-deſſus, & dans la 82 que toutes ſortes de perſonnes, ſans diſtinction de qualité, ſoit nobles ou eccléſiaſtiques, ſont tenues à ces réparations, auſſi-bien qu'à celles des murs des ville, & des ponts & chauſſées, parce que tous y ſont intéreſſés, *ſalutem communem tangit.*

10 Pour l'intelligence de cette queſtion, il faut ſavoir, que preſque tous les anciens Terriers obligent les emphitéotes aux réparations, guet & garde du château, parce que autrefois il y avoit ſouvent des guerres civiles dans le royaume, & même entre les ſeigneurs voiſins, qui ſe faiſoient la guerre les uns aux autres: pour lors les habitans de chaque lieu étoient intéreſſés pour leur propre conſervation à entretenir & garder le château. Mais à préſent que la France eſt délivrée de toutes ces guerres inteſtines, tous ces droits doivent ceſſer, *ceſſante cauſa, ceſſat effectus.* En effet, il eſt rare que les ſeigneur à préſent exigent ce droit; il y en a pourtant quelques-uns qui prennent ce droit en argent, ce qui ne doit point être ſouffert, s'il n'eſt expréſſément porté par les terriers.

11 Dans le recueil d'arrêts de M. Catelan, j'ai trouvé un arrêt récent du mois de mai 1693 par lequel il a été fait défenſes à M. de Rochebonne de prendre cinq ſols par an ſur chaque habitanr de ſa terre, pour le droit de guet & garde du château, ſauf à lui d'exiger le guet & garde en tems de guerre, quoiqu'il juſtifiât qu'il étoit en poſſeſſion de lever cinq ſols pour ce droit; mais dans la tradition des fonds, le droit de guet & garde n'avoit pas été réglé à cinq ſols, & par conſéquent il n'avoit pû le convertir en argent.

BIU Cujas

En effet, ce droit n'est point une redevance pecuniaire, c'est un service personnel & nécessaire en tems de guerre, qui ne peut être converti en argent, *operæ officiales pretio numario æstimari non debent.*

Je n'ai point vû d'auteurs qui parlent des réparations & fortifications du château, que Guy-Pape aux endroits ci-dessus, & ses commentateurs. Salvain, ch. 46, 47 & 48. Mazuer, tit. 38, nomb. 18 & 28 & la Rocheflavain, ch. 27; mais j'en ai vu plusieurs qui parlent du guet & garde. Papon, dans ses arrêts, liv. 13 en a fait un titre exprès, c'est le cinquieme. La Rocheflavain, dans le chapitre ci-dessus, en parle aussi sur l'article 9. où Graverol a fait de bonnes observations. Guy-Pape, quest. 9, & Ferrierrers dans ses sçavantes notes, où il cite plusieurs autres auteurs, auxquels il faut joindre Despeisses, tom. 3, pag. 214 & 215.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MOnsieur Boyer, dans ses décisions, quest. 212, traite de cette matiere, dans le nomb. 6, il dit que le seigneur ne peut pas contraindre ses emphitéotes à faire le guet & garde, s'ils n'y sont obligés par titre ou par coutume: dans le nomb. 7, il dit, que les forains n'y sont pas obligés: dans le nomb. 8, il dit que ce droit est attaché au château, & qu'ainsi il ne peut être transferé à une autre personne sans le château: dans le nomb. 13 & 18 il dit, que les amphitéotes ne sont pas obligés de faire le guet & garde dans un autre lieu, qu'au château: dans le nomb. 14 il dit, si le château est démoli, l'obligation cesse; mais elle renaît, si le château est rebâti.

DES LODS,

Si le payement d'iceux est solidaire.

QUESTION SOIXANTE-DOUXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Le seigneur a hypotheque sur le fond, pour tous les lods des mutations précédentes.*
2. *L'action du seigneur contre le nouvel acquéreur dure trente ans.*
3. *L'action du seigneur pour le payement des lods, n'est pas solidaire.*
4. *Arrêt du 14 août 1634, qui a jugé que l'action du seigneur dure trente ans, mais qu'elle n'est pas solidaire.*
5. *Avis de l'auteur des observations, que l'action du seigneur, contre le nouvel acquéreur, ne dure que dix ans.*
6. *Arrrêt du 26m ai 1601 qui l'a ainsi jugé.*
7. *Autre arrêt du 15 février 1647, qui a jugé de même.*
8. *Autre arrêt du . . . juin 1692, semblable.*
9. *Eloge de messieurs Duguet.*
10. Factum *de M. Duguet, sur lequel est intervenu le troisiéme arrêt.*
11. *L'hypothèque pour le payement des lods, n'est pas solidaire.*
12. *L'hypothèque pour le payement des arrérages du cens, est solidaire; mais le seigneur est obligé de donner au censitaire un délai suffisant pour s'égaler avec ses créanciers.*
13. *Arrêt du 31 mars 1700, qui a jugé que quand le seigneur a reçu le cens divisément, il ne peut plus user de solidité.*
14. *Dans le Dauphiné, le cens n'est pas solidaire.*
15. *Les seigneurs ne sont point obligés de tenir des livres ou papiers cueillerets.*

QUESTION LXXII.

Si l'obligation des lods suit indifféremment le tenancier; si elle se peut prescrire par dix ans. Si, lorsqu'il y écheoit discussion, le cens étant indivis sur tout un tenement, l'hypothèque des lods peut être indivise.

1 AYant déja parlé des lods, & supposé que c'est une hypotéque qui vient de la même origine que celle du cens, il y avoit sujet de douter, si celui en la personne duquel il y a eu mutation, y étant tenu personnellement, il ne falloit pas s'adresser à lui, plûtôt qu'à un nouveau tenancier, qui n'est pas son héritier.

Sur le concours de ces deux actions personnelles & hépotéquaires, on peut dire que suivant la regle commune, ne se rencontrant pas en une même personne, le seigneur doit d'abord discuter celui qui

BIU Cujas

doit perſonnellement le lod, avant que d'inquiéter un tiers acquereur.

Mais pourtant, on a jugé que c'eſt une charge réelle & inhérente, & qu'elle ſuit l'héritage en quelques mains qu'il paſſe.

Que le ſeigneur ne l'ayant baillé qu'à condition que lors & quand il y auroit mutation, le lod lui en ſeroit payé, c'eſt une charge qu'il a affectée ſur le fond, & pour laquelle il a droit de s'y attacher; bref, qu'elle eſt de la même nature que le ſens, & que l'hyptéque doit être égale.

Que ſi la coutume de Paris en l'article 81, porte que *les ventes & amendes ne ſe pourſuivent que par action ſeulement, ce n'eſt que pour en exclure la voie de ſaiſie, qui eſt rigoureuſe*; c'eſt-à-dire, que le ſeigneur ne peut que faire aſſigner le détempteur pour voir déclarer l'héritage affecté & hypotéqué aux droits de lods & ventes, & à faute de payement, voir ordonner qu'il ſera ſaiſi, vendu & adjugé par decret.

Et ſi encore Tronçon ſur l'article coté, reconnoît que la plûpart des coutumes ſont contraires, & qu'elles permettent pour les droits de lods, de ſe pourvoir directement par ſaiſie de l'héritage; ce qu'il reconnoît être plus raiſonnable, & cite pour cela la coutume de Nivernois, article trois, titre des cenſives, Bourbonnois, article deux cent treize & autres.

D'où s'enſuit qu'il n'y peut écheoir diſcuſſion, & que le ſeigneur n'eſt pas obligé d'aller chercher l'acquéreur, ni le diſcuter.

Que comme pour les arrérages du cens, il ſuit ſon héritage, il en peut faire autant pour les lods: ſur quoi nous croyons devoir remarquer qu'il y devroit écheoir quelque modification pour les eccléſiaſtiques, du moins quant aux lods; d'autant qu'il eſt trop rude qu'un ſeigneur ayant négligé de ſe faire payer & du cens & des lods de deux ou trois mutations, puiſſe par ce moyen emporter les fonds, & en dépouiller l'égliſe.

2 Mais quant à la preſcription, nous n'avons pas encore vu cette queſtion traitée, & il ſemble d'abord que puiſque contre le dernier détempteur, le ſeigneur n'a point d'action perſonnelle pour les lods qui ont précédé ſon acquiſition, qu'il n'a qu'une hyporhéque, que le même tiers détempteur la devroit avoir preſcrite par une jouiſſance de plus de dix ans entre préſens & majeurs.

On a pourtant jugé le contraire, & qu'il ne falloit point faire diſtinction du droit de lods d'avec le cens; que comme le tiers détempteur ne peut preſcrire les arrérages du cens qui ont précédé ſa détention, que par trente ans, il ne peut non plus preſcrire l'hypothéque des lods; que le fondement étant égal, la regle en doit être ſemblable:

3 Mais on avoit voulu paſſer plus avant, & ſoutenir que le cens ayant été impoſé ſur tout un tenement, il eſt par conſéquent indivis, & l'hypothéque *tota in toto, & tota in qualibet parte*. C'eſt ce que le vulgaire appelle *abofine*, & la coutume d'Auvergne *apageſie*, par ce qu'en effet le cens eſt le plus ſouvent ſur tout un village.

D'où s'enſuit que le ſeigneur pour les arrérages de ſon cens, ſe peut adreſſer à qui des contenanciers qu'il veut, & ſur quelle portion que bon lui ſemble; ſauf à celui qui eſt convenu, à chercher ſon recours contre les autres, & à faire égaler le cens.

C'eſt ce qui ſe pratique ſouvent dans nos paroiſſes & ſeigneuries d'Auvergne, où, comme dit eſt, l'*apageſie* eſt plus commune.

On a donc agité, ſi comme l'action eſt ſolidaire pour les arrérages du cens ſur chaque portion de l'*apageſie* ou de l'*abofine*, & contre chaque tenancier, le ſeigneur peut de même pour les lods de tout ce qui a été acquis en divers tems, du tenement, & par acquiſitions ſéparées, & par divers acquereurs, agir contre l'un des tenanciers, quoiqu'il ne tienne pas ces membres qui ont été ci-devant acquis.

Il eſt bien certain que ſi la portion qu'il tient, a été vendue ou revendue, elle eſt hypothéquée pour ce double lod, & que le dernier tenancier ne s'en peut pas exempter. Mais y ayant eu d'autres membres alienés, & qui ont changé de diverſes mains, il ſeroit rude que non-ſeulement on put agir pour les lods contre iceux, mais encore ſur quelque portion qu'il voudroit choiſir, quoiqu'elle n'eût point été aliénée, ni changé de main.

C'eſt ce qu'on avoit ſoutenu au procès, & les premiers juges l'avoient jugé de la ſorte, par les conſéquences qu'on tire du cens. Mais la cour l'a réformé, c'étoit en effet introduire ce qui n'a jamais été pratiqué.

Nous avons déja remarqué que la cour ayant obligé les ſeigneurs ou leurs fermiers à tenir livre ou papier cueilloir, & à faute de ce, réduit la condamnation des arrérages aux cinq années dernieres, c'étoit un reglement équitable & qu'il falloit obſerver.

Nous ajouterons qu'il ne ſuffit pas de les obliger à tenir des livres année par année, mais qu'on les doit encore obliger à les faire vérifier & clorre par les officiers du lieu au bout de chaque année.

Extrait des regiſtres du parlement.

Comme de la ſentence rendue par nos amés & 4
féaux conſeillers tenant les requêtes de notre palais à Paris, le 5. ſeptembre 1633. entre meſſire Jacques Charreton, ſieur de la Terriere, notre conſeiller, lieutenant général au bailliage de Beaujolois, & maître des requêtes ordinaire de notre très-cher & bien-aimé frere unique le Duc d'Orléans, demandeur aux fins de l'exploit du dernier février 1633, d'une part, & aimé d'Eſpiney, défendeur, d'autre part: par laquelle ils auroient condamné icelui Eſpiney payer audit Charreton vingt ſols ſept deniers viennois de cens & rente, deux coupes terres de froment un bichet, deux coupes quatre de ſeigle, trois ras d'avoine, une quarte de vin bon & pur, meſure de Beaujeu, une geline & demie, quatre poulets, une journée & demie, deux tiers, partie d'autre d'homme, le tout portant lods & ventes, ſuivant la reconnoiſſance du quatre mai mil ſix cent dix-ſept, lui en payer vingt-neuf années d'arrérages échûes à la S. Martin d'hyver mil ſix cent trente-deux au prix que les denrées ont valu d'année en année, enſemble ceux qui écherront à l'avenir; comme auſſi lui payer les lods & ventes de toutes les acquiſitions qui ſe trouveront avoir été faites depuis vingt-neuf années, ſuivant l'uſage & coutume du pays, ſauf audit d'Eſpiney ſon recours contre qui il verra bon être, & défenſes au contraire, en outre condamnés ès dépens. Ayant icelui d'Eſpiney appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçû pour juger entre leſdites parties, ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous: joint les griefs hors le procès; prétendus moyens de nullité, & production nouvelle de l'appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels griefs, prétendus moyens de nullité ledit intimé pourroit répondre, contre ladite production nouvelle bailler contredits, aux dépens du produiſant: Vu icelui procès, griefs, réponſes, forcluſions

BIU Cujas

de fournir moyens de nullité, & produire de nouvel : Instance entre ledit d'Espiney : Demande en sommation, suivant la commission du 4 janvier dernier, tendante à ce que Jean Berhu, Humbert Bayard, Jean Maguin sieur de Pourson; Benoît Protel, Etienne de la Planche, François Gille, Philippe Pradel, & Claude Crozier, vivans tenanciers des héritages sujets aux cens & rentes prétendus par ledit Charreton, fussent condamnés à acquitter & indemniser ledit d'Espiney pour leurs parts & portions de ladite demande & poursuite contre lui faite par icelui Charreton, icelle faire cesser & venir à égalation dudit cens & rente, & autres droits à lui demandés, & à faute de ce faire, en tous les dommages, interêts & dépens, tant en demandant, défendant, que de la sommation; & outre que les fonds & héritages par lesdits Gilles, Pradel, Crozier acquis des vendeurs dudit Espiney depuis l'acquisition par lui faite des héritages sujets aux cens & rentes, demeureroient affectés & hypothequés pour sa maintenue, dépens, dommages & intérêts des acquittemens d'iceux, cens & rentes d'une part, & lesdits Bechet, Maguin, Protel, de la Planche, Gilles, Pradel & Crozier, défendeurs, d'autre : Ladite commission : Défenses & offres : Productions des parties, suivant l'appointement en droit du 16 juin dernier, le tout joint & diligemment examiné :

Notredite cour, par son jugement & arrêt, en tant que touche le procès par écrit, a mis & met l'appellation de la sentence, de laquelle a été appellé, au néant, sans amende, en ce que ledit d'Espiney auroit été condamné payer les lods des ventes de toutes les acquisitions faites depuis vingt-neuf années, & aux dépens; émendant quant à ce, condamné ledit d'Espiney de payer les lods des ventes des héritages par lui & ses auteurs acquis depuis vingt-neuf années auparavant la demande dont est question, sauf son recours contre ses vendeurs, & audit Charreton à se pourvoir pour les lods & ventes des autres acquisitions, contre les condétempteurs dudit d'Espiney, & défenses au contraire; condamne ledit d'Espiney en la moitié des dépens de la cause principale, la sentence au résidu sortissant effet, sans dépens de la cause d'appel : En faisant droit sur la sommation, condamne lesdits Bechet, Bayard, Maguin, Protel, la Planche, suivant leurs offres, acquitter ledit Espiney de la condamnation de la redevance de vingt sols sept deniers Viennois, grain, vin, poules, poulets & journées, contre lui intervenue au profit dudit Charreton, au prorata de ce qu'il possede du tenement sujet à ladite redevance, & aux dépens, jusques au jour desdites offres, la taxe des dépens adjugés, à ladite cour réservée. Prononcé le 14. août 1634. Collationné. Signé, GALLAND.

OBSERVATIONS.

L'Auteur touche ici quatre questions.

La premiere, si le seigneur peut s'adresser au nouveau possesseur pour les droits des mutations précédentes : Il a traité cette question plus amplement sur la question 62 de la suite de ce même livre, où j'ai faits plusieurs observations; c'est pourquoi je ne les répeterai pas ici.

La deuxiéme, que l'hypotéque du seigneur pour les mutations précédentes contre le nouvel acquéreur, dure trente ans; parce qu'elle est de la même nature que celle qu'il a pour le payement des arrérages du cens, qui dure certainement trente ans, il rapporte un arrêt qui semble l'avoir ainsi jugé.

5 J'ai de la peine à me rendre à l'avis de l'auteur dans cette occasion, & à me soumettre aussi facilement que lui, à ce qu'il dit avoir été jugé par cet arrêt; car ce seroit contre les principes les plus certains.

Il est constant que le seigneur n'a contre le nouvel acquéreur, qu'une action hypothéquaire pour les droits dû par les possesseurs antérieurs, quand il n'est pas leur héritier. Or c'est un principe certain dans toute sorte de jurisprudence, que l'action hypothéquaire se prescrit par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens; les seigneurs en cela ne jouissent d'aucun privilége, il y a une grande différence entre les arrérages du cens, & les lods & ventes, & autres profits casuels, le premier est privilégié, & les autres ne le sont point. D'ailleurs il ne faut pas être surpris si le seigneur peut demander vingt-neuf années d'arrérages de cens; un particulier a le même droit pour les arrérages d'une rente fonciere; il n'y a donc point d'argument à tirer des arrérages du cens, au payement des lods & mi-lods.

6 M. Ayrault, dans les additions qui sont à la fin de ses plaidoyers, fait mention d'un arrêt du 26 mai 1601 sur l'appel d'une sentence du sénéchal de Lyon, par lequel il dit avoir été jugé, que le seigneur ou son fermier devoit agir contre le précédent possesseur, & que le nouvel acquéreur qui avoit joui pendant dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, ne pouvoit être inquiété pour les lods dûs par son vendeur.

M. Ricard, sur l'article 73 de la coutume de Paris, sur la fin, dit que la cour a jugé
7 que l'action se prescrit par dix & vingt ans, en faveur de M. François Monthélon, célebre avocat, par arrêt du 15 février 1647.

M. Catelan, tom. 2, liv. 7, chap. 14, fait mention d'un arrêt du parlement de Toulouse, qui a jugé que le tiers possesseur prescrit par le laps de dix ans les lods d'une autre acquisition antérieure à la sienne.

La même question s'étant présentée depuis peu au parlement de Paris, elle a été jugée
8 de même par arrêt rendu en la grand'chambre, au rapport de M. l'abbé Brunet, le juin 1693, au profit de dame Jeanne Terrasson, veuve de M. Claude Basset,

BIU Cujas

avocat au Préſidial de Lyon, contre le fermier du chapitre de ſaint Jean. Cet arrêt a été rendu à la pourſuite de M. Duguet, avocat du roi au ſiége de Montbriſon, gendre de la dame Terraſſon, fils du ſieur Duguet, qui étoit le collégue de notre auteur; dont il parle fort avantageuſement en pluſieurs endroits, & avec juſtice; car c'étoit un excellent juriſconſulte; ſon fils a ſuccédé à ſon mérite auſſi-bien qu'à ſa charge; le lecteur en jugera par ce petit factum qu'il fit dans le procès pour ſa belle-mere, où il établit ſolidement, que l'hypothéque du ſeigneur ſe preſcrit par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; & cela fut ainſi jugé.

Factum, pour dame Jeanne Terraſſon, intimée, contre maître Pierre Gazanchon, appellant.

10 EN 1675, le ſieur Claude Baſſet, avocat de la ville de Lyon, acheta de François Morand une ferme au prix de 12000 liv. exempte de toutes hypothéques, même de celle des arrérages de cens.

Le prix du contrat a été payé, ainſi que les lods & ventes de cette acquiſition.

Led. Baſſet, ou lad. Terraſſon ſa veuve & ſon héritiere, ont joui paiſiblement de cet héritage juſqu'en 1690, que l'appellant la fit aſſigner en la ſénéchauſſée de Lyon, pour ſouffrir l'hypothéque de dix-huit années de cens arrérages avant lad. vente, & des lods de trois mutations arrivées avant ledit tems; il prétend avoir les droits des cohéritiers de ſon pere & de ſon oncle, qui ont été fermiers des rentes ſeigneuriales de l'égliſe ſaint Jean de Lyon, dont une partie deſdits héritages ſont mouvans.

Il demande le premier lod pour la remiſe faite par forme d'anticrèſe à lad. Morand, & à neuf de ſes freres & ſœurs, d'une partie de ladite ferme, qui étoit de la ſucceſſion de leur pere, pour la reſtitution des droits dotaux de leur mere.

Il demande un mi-lod pour la prétendue vente faite par les freres & ſœurs Morand de leurs portions à leur ſœur, qui a revendu la totalité audit Baſſet.

Enfin, il demande un lod pour l'acquiſition de quelques petits héritages qu'il dit avoir été faite par Morand le pere, & qui font partie de ladite ferme.

L'intimée a ſoutenu que quand leſdits droits ſeroient dûs, ce qui n'étoit pas, elle avoit preſcrit l'hypothéque par une jouiſſance de plus dix ans entre préſens & majeurs, auſſi a-t-elle été renvoyée de cette téméraire demande, par ſentence de ladite ſénéchauſſée, rendue à l'audience ſur les concluſions des gens du roi.

L'appellant veut prouver que l'hypothéque des droits féodaux & cenſiers dure trente ans, par un arrêt de 1634 rapporté par M. Henrys, tom. 1 liv. 3, queſt. 28.

Il ajoute, qu'étant aux droits de l'égliſe, cette action dureroit du moins vingt ans.

mais c'eſt combattre les principes; car la loi & la coutume de Paris diſtinguent les actions perſonnelles & les hypothéquaires.

Les premieres durent 30 années: l'appellant en avoit une de cette qualité contre ledit Baſſet pour les lods de ſon acquiſition, ils ont été payés.

L'action hypothéquaire, qui eſt la ſeule qu'aye l'appellant, de ſon aveu, ne dure que dix ans entre preſens majeurs, & vingt ans entre abſens; c'eſt la déciſion des loix 11 & 12, Cod. *de præſcript. long. temp. 10 vel 20 annor.* & de l'article 114 de la coutume de Paris, qui comprend en termes précis toutes ſortes de rentes & d'hypothéques.

le tiers acquéreur qui a titre de bonne foi, preſcrit même par le tems ſuſdit la propriété de l'héritage, la loi en eſt formelle, ladite coutume en a un article, c'eſt le 113.

Il n'y a point d'exception à faire pour les rentes en directe; les auteurs en conviennent; on peut ſurtout conſulter Brodeau ſur l'article 24 de lad. coutume, & ſur le 73 nombre 23, & Ricard, ſur led. article 73, où il cite un arrêt de la grand'chambre de 1647, rendu pour M. de Monthélon. Brodeau atteſte la juriſprudence conſtante, & il ne prétend pas qu'elle ait varié.

L'arrêt cité par Henrys n'a point jugé le contraire, parce que l'acquéreur n'oppoſoit pas d'avoir préſcrit, outre qu'étant ſolitaire, & n'étant cité par aucun autre auteur que par Henrys, il ne changeroit pas la déciſion de la loi & de la coutume; & en tout cas le dernier arrêt auroit rétabli la maxime dans toute ſon étendue.

L'intimée a auſſi juſtifié que l'uſage de ſa province étoit conforme, & elle a cet avantage, que quand il auroit été contraire, cet abus, qui ne ſeroit fondé ſur aucune autorité, & qui ſeroit oppoſé à la loi, ne prévaudroit pas contre elle. On ſe trompe de prétendre que cette action doive durer vingt ans en faveur de l'égliſe, ce terme n'étant marqué que pour les abſens.

Il

BIU Cujas

Il est de plus certain, que l'église n'a aucun privilége pour de pareils droits échûs, qui ne sont point attachés à la substance du fief, & qui sont regardés comme mobiliers, *utitur jure communi*, Brodeau cite l'autorité des arrêts & le sentiment des docteurs sur les art. 123 & 124 de la coutume de Paris.

La prescription ayant d'ailleurs été acquise contre des fermiers pour des droits qui leur sont personnels, c'est une témérité que d'alléguer un prétendu privilége de l'église qu'elle n'a pas.

L'appellant n'est donc pas excusable de fatiguer par un procès une veuve à qui il reste peu de biens, de lui demander des droits que son oncle & les cohéritiers de son oncle n'ont osé demander; que les co-seigneurs directs des autres héritages de lad. ferme ont regardé comme injustes, & de s'en prendre a un tiers acquéreur, qui a prescrit, pour abandonner ceux contre lesquels il a une action personnelle, qui ne seroit pas prescrite, si elle étoit bien établie.

L'appellant nourri dans la chicane, qui a tout au moins dix nouveaux procès à la cour, & qui ne l'abandonne pas depuis sept ou huit ans, s'imagine de pouvoir tirer un grand avantage de la quittance que l'intimée lui a communiquée, des lods qu'elle a payés de son acquisition, sous prétexte qu'elle contient une réserve des arrérages de cens & du droit de lod dû par ladite Morand, d'où il prétend tirer une interruption de la bonne foi dudit sieur Basset.

Mais outre que cette réserve n'est pas faite de trois différents lods, & qu'elle ne servitoit que pour un, si elle pouvoit être de quelque utilité; c'est qu'elle n'est pas faite contre ledit Basset, les termes en sont précis; ils ne regardent que lad. Morand, qui auroit pû se servir de la quittance, comme d'une fin de non recevoir; & cela est si vrai, que deux ans après, l'appellant s'en prit à elle seule pour lesdits arrérages de cens qui avoient été réservés, & qui étoient dûs avant l'acquisition dudit Basset. Il exigea donc de ladite Morand une obligation pour 26 années desdits arrérages, quoiqu'il ne lui en fût dû que dix-huit: il en convient, & il a la témérité de demander l'hypothéque desdits arrérages, quoiqu'on lui en ait communiqué la quittance; & cette obligation & cette quittance seroient seules une fin de non-recevoir constante contre la demande de lods, puisqu'après la réserve faite dans la quittance dudit sieur Basset contre lad Morand, il abandonne cette prétention chimérique, en ne lui faisant payer que lesdits arrérage de cens, & ne faisant aucune protestation de droits de lods: aussi depuis la quittance dudit Basset, il l'a laissé jouir encore plus de dix ans, sans l'inquiéter.

Mais quand toutes ces circonstances ne seroient pas décisives, & que ledit Basset auroit souffert cette réserve précisément contre lui, elle ne l'auroit pas constitué en mauvaise foi, par deux raisons. La premiere, qu'on ne lui expliquoit pas en quoi consistoit ce prétendu lod. La seconde, que la loi & la coutume requierent une demande judiciaire pour interrompre la prescription; ensorte qu'il a été jugé qu'une notification d'hypothéque accompagnée de piéces justificatives, n'étoit pas une inquiétation suffisante, & que la demande judiciaire ne servoit de rien, si on la laissoit tomber en peremption. Les arrêts en sont connus de tout le palais, & sont rapportés par Ricard, sur l'article 114 de ladite coutume de Paris. Cependant tout cela seroit infiniment plus fort qu'une simple réserve, qui tout au plus ne seroit qu'une protestation de former une demande.

Ledit sieur Basset n'a donc point été constitué en mauvaise foi; & quand il seroit vrai qu'il l'eut été, il suffit qu'il ait eu une bonne foi commencée pour prescrire; c'est la décision précise du § 12, du titre 6 du livre second des instituts. L'intimée établit subsidiairement qu'elle seroit en voye de délaissement, quand elle n'auroit pas prescrit; car à l'égard desdits lods, s'il y a des arrêts qui aient jugé contre l'ancienne jurisprudence, qu'une femme qui se paye de ses droits dotaux en remise d'héritages de la succession de son mari, doive mutation, ce seroit, parce qu'elle pourroit être regardée comme étrangere; mais ils ne décideroient pas que des enfans heritiers de leur mere, qui prennent ces mêmes héritages de son chef, dussent lods, parce qu'il ne se fait point de changement en leurs personnes, quand même ils ne seroient pas héritiers bénéficiaires de leur pere; *licet non sint hæredes, domini sunt*, l. 11, *ff. de liber. & posth.* outre que les biens d'une succession sont subrogés de droit à la sûreté de ceux de l'autre.

Enfin la question n'a jamais été jugée contre les enfans, & elle l'a été précisément en leur faveur par un arrêt de la grand'chambre, qui est rapporté par Brodeau dans son commentaire sur M. Loüet, let. L, n. 9, & on y voit que M. Talon soutint que c'étoit un paradoxe d'avancer le contraire.

Mais la question reçoit encore moins de difficulté, quand les enfans sont en même tems héritiers bénéficiaires de leur pere, & héritiers de leur mere créanciere de la succession du pere; les arrêts l'ont toujours ainsi jugé, & il y en a deux nouvellement rapportés dans le dixiéme tome du journal du palais, page 130.

BIU Cujas

Or les enfans, en demandant ce relâche contre les créanciers de la ſucceſſion, l'ont demandé comme héritiers bénéficiaires de leur pere; tout ce qui s'eſt fait depuis, a rapport à cette qualité; & ſi les freres & ſœurs de ladite Françoiſe Morand l'ont depuis abandonnée, ladite Morand eſt devenue ſeule héritiere bénéficiaire par droit d'accroiſſement. On peut ajouter cette réfléxion, que l'antichrèſe ne donne ouverture à la mutation, que quand elle dure plus de dix ans; & celle-ci n'en a duré que cinq, à la fin deſquels la vente paſſée audit Baſſet a produit un lod à l'appellant dont il a été payé.

Le mi-lod demandé eſt encore plus mal établi. Car les freres & ſœurs Morand n'ont point vendu leurs portions à ladite Françoiſe Morand; ils ont tranſigé avec elle ſur les droits qu'elle avoit, par leſquels elle prétendoit abſorber la valeur des biens dont elle étoit en poſſeſſion. Ainſi il ne s'eſt point fait de changement en ſa perſonne, elle poſſédoit même une partie deſd. héritages pendant la vie de ſon pere, qui les lui avoit relâchés pour la ſomme de 6000 livres, en déduction de ſa dot.

Mais quand cette tranſaction ſeroit une véritable vente de droits ſucceſſifs, & qualifiée comme telle; elle ſeroit toujours regardée comme un accommodement de famille, qui ne produiroit ni lods ni mi-lods: ce qui a été jugé par arrêt de la grand'chambre ſur les concluſions de M. Talon, rapporté dans du Freſne, liv. 5, chap. 37.

L'appel de Gazanchon n'eſt donc qu'une continuation de chicane, & l'intimée a tout lieu d'eſpérer la confirmation de la ſentence.

Si l'hypotéque du ſeigneur contre un tenancier, eſt ſolidaire pour les acquiſitions faites par les co-tenanciers.

11 La troiſiéme queſtion conſiſte à ſavoir, ſi l'hypothéque qu'a le ſeigneur contre le nouveau poſſeſſeur, eſt ſolidaire pour le payement des lods, contre un des tenanciers pour toutes les acquiſitions faites par les co-tenanciers. L'arrêt qui eſt ici rapporté, a jugé qu'elle n'eſt pas ſolidaire, ſauf au ſeigneur à ſe pourvoir contre les co-détenteurs.

Cette propoſition n'étoit pas ſuſceptible de difficulté, puiſque même pour les arré-
12 rages du cens, le ſeigneur n'a pas une action purement ſolidaire contre un ſeul des tenanciers; car il eſt obligé de lui donner le tems de ſe faire égaler avec ſes co-tenanciers. Il y a plus, quand une fois le ſeigneur a reçu le cens par portions diviſées, il ne peut plus uſer de ſolidité, comme il a été jugé par un arrêt rendu en la quatriéme chambre des enquêtes
13 le 31 mars 1700, au profit des Thibauts, du Bourg-Argental en Forêts, contre les jéſuites, ſeigneurs du lieu, en qualité de prieurs de S. Sauveur.

Dans le Dauphiné le payement des arrérages du cens n'eſt pas ſolidaire; les rentes ſei-
14 gneuriales auſſi-bien que les foncieres, ſont diviſibles, ſuivant le témoignage de M. Salvain, dans ſon traité de l'uſage des fiefs, chap. 77.

De quel tems les arrérages du cens peuvent être demandés.

4°. L'auteur dit, que par un arrêt rendu contre le ſieur de la Liegue, qu'il appelle un
15 réglement équitable, la cour a obligé les ſeigneurs ou leurs fermiers, à tenir des liéves ou papiers cueillerets, ſinon à ne pouvoir demander que cinq années d'arrérages du cens: il ajoute ici qu'on doit les obliger à les faire vérifier & clorre à la fin de chaque année par les officiers du lieu.

L'auteur a rapporté cet arrêt ſur la queſtion 67 ci-deſſus, où j'ai obſervé que cela n'eſt pas en uſage. En effet, cela ſeroit impoſſible, les cenſitaires ne payent pas le cens par chaque année; comme les droits ſont modiques, l'on en laiſſe ordinairement accumuler pluſieurs années.

Je ne veux pas oublier de dire en finiſſant, que l'arrêt qui eſt rapporté ici, a été rendu au profit de meſſire Jacques Charton, ſeigneur de la terriere, qui eſt une belle terre, ſituée dans le Beaujolois, en allant du côté de Mâcon; il étoit pour lors lieutenant général au bailliage de Villefranche, & maître des requêtes de monſieur le duc d'Orléans, après il fut maître des requêtes de l'hôtel du roi, & intendant en Languedoc, enfin il fut conſeiller d'état, & directeur des finances. Il a laiſſé un fils qui eſt d'épée; il eſt encore ſeigneur de la même terre & de celle de Montléans, qui eſt ſituée dans le comté de Dunois, c'eſt un très galant homme.

NOUVELLE OBSERVATION.

IL y a quelques coutumes, comme celle de Tours, article 146, qui dit qu'après dix ans le ſeigneur ne peut s'attaquer à l'acquéreur, *& ſemblablement ne ſera reçu à faire demande de ſes ventes contre le tiers-acquéreur, pour le regard des ventes qui ſeront dûes par*

BIU Cujas

son auteur auparavant dix ans. Palu, dans ses notes, sur cet article, dit que cela a lieu même contre le roi.

La coutume d'Auvergne dans le chapitre 21, article 7, parle en ces termes : *Aussi peut le seigneur direct venir par action personnelle contre l'acheteur qui tient l'héritage tenu de sa directe, pour être payé des lods, ventes & arrérages de son tems.*

L'on peut dire aussi, que c'est la disposition de la coutume de Paris, dans l'article 81 qui dit : *les ventes & amendes se poursuivent par action seulement.* Or l'action contre un nouvel acquéreur, qui est un tiers détenteur, se prescrit par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens.

M. Charles Dumoulin, dans son commentaire sur la coutume de Paris, tit 2, des censives, §. 54, nomb. 28, dit, que le dernier acquéreur ne peut être poursuivi pour le payement des lods dûs par son vendeur, que par l'action hypotécaire. *Sed quid si emptor alii vendiderit, certum est quod ultimus emptor ultra jura quæ personaliter debet, ex persona sua, tenetur hypotecariè solvere laudimia autoris, non enim personali actione conveniri potest ad laudimia prædecessorum.*

Cependant Ferrière, dans sa compilation sur l'article 81, nomb. 8, dit, que Dumoulin sur l'article 20, glos. 12, nomb. 13, tient que le nouvel acquéreur ne prescrit les lods dûs par son Vendeur, que par trente ans. Il y a en cela trois erreurs. La premiere est dans la citation ; il cite, suivant l'édition de 1612, de Fouet, qui n'est pas la bonne : celle qui est renommée parmi les doctes, c'est celle de Buon de 1576 : Dans cette édition, c'est le § 13, glos. 12, nomb. 13.

2°. Dans cet endroit, Dumoulin parle du retrait féodal.

3°. Dans le cas même du retrait féodal Dumoulin dit que si le seigneur veut retirer en vertu du premier Contrat de vente, parceque le prix est plus modique, le nouvel acquéreur peut se défendre par la prescription du longtems qui st dix ans entre présens, & vingt ans entre absens.

Coquille, sur la coutume de Nivernois, tit. des cens & censives, art. 3, est aussi d'avis que le seigneur, pour les profits des aliénations précedentes, n'a contre le détenteur que l'action hypotécaire *in rem*, & par conséquent sujette à la prescription de dix & vingt ans.

A l'égard des arrérages du cens, il en est autrement ; ils sont réels : & suivent l'héritage en quelque main qu'ils passent ; ainsi le seigneur peut en demander 29 années & la courante au nouveau possesseur, quand même il n'auroit possédé qu'un an, suivant le sentiment de Masuer, au titre des louages & droits de cens, nomb. 40, & de Mornac sur le titre du code *sine censu*, sur la fin, *dominum primarium, seu directum, posse petere reliqua census privati, feu arreragia, ut loquimur, etiam à vigenti novem annis contra novum dominum, quia res ut domino affecta, ac obligata perpetuo, immotoque pignori, ita & fructus tacitè obligati sunt pro solutione census.*

C'est aussi le sentiment de M. Catelan, tom. 2, liv. 7, chap. 14. La raison qu'il en donne est que le cens est inhérent au fond.

M. Taisand, sur la coutume de Bourgogne, tit. 11, art. 6, not. 8, est aussi de ce sentiment ; il fait mention d'un arrêt du parlement de Dijon, du 1 août 1639, qui l'a ainsi jugé.

Il y a pourtant quelques coutumes, comme celle de Bourbonnois, dans l'article 454 qui dit, que le détenteur d'un héritage ne peut être convenu pour le payement des arrérages des cens & rentes, que par l'action personnelle pour les années qu'il a été détenteur.

A l'égard des profits de fief, ils sont réels ; ils suivent le fief, ainsi qu'il est décidé par l'article 24 de la coutume de Paris, *le seigneur féodal se peut prendre à la chose pour les profits de son fief*, presque toutes les coutumes disent la même chose.

Cependant il y a un cas où les profits de fief sont personnels ; c'est dans le cas où il est dû un droit de relief pour le mariage des filles ; c'est la dette personnelle du mari. Quoique cette question ne souffre point de difficulté, je ne laisserai pas de rapporter ici une consultation que j'ai faite autrefois sur cette question, avec trois de nos plus célébres avocats.

Mémoire au Conseil.

MOnsieur le président Perraut a fait une donation à demoiselle Jeanne Perraut sa fille, des terres de Milly & Angerville, à la charge de substitution, au profit de ses enfans mâles, suivant l'ordre de la naissance ; il y a quelques fiefs dépendans de la terre d'Angerville qui relevent de la terre de Males-herbes, située dans la coutume de Montargis, où il est dû un droit de relief pour le mariage des filles, tant en premieres que secondes nôces. En 1681, demoiselle Jeanne Perraut fut mariée avec M. le marquis de Laumary, avec communauté entr'eux ; ainsi il étoit dû un droit de relief par M. de Laumary, mais le seigneur de Males-herbes a négligé de le demander pendant la vie dud.

BIU Cujas

ſieur de Laumary. Aujourd'hui la fille, & héritiere du ſeigneur de Males-herbes, demande ce droit à la veuve & au fils aîné, iſſu de ce mariage : il faut obſerver que la veuve a renoncé à la communauté, & le fils à la ſucceſſion de ſon pere, pour ſe tenir à la ſubſtitution de ſon ayeule. L'on demande ſi ce droit de relief eſt dû par la veuve ou par le fils.

Le conſeil ſouſſigné qui a vu le préſent mémoire, eſt d'avis que, quoique le droit de relief ſoit un droit réel qui ſuit le fief, néanmoins dans cette occaſion c'eſt une dette du mari ſeul qui le doit perſonnellement à cauſe de la jouiſſance des fruits, ſuivant le ſentiment de M. Charles Dumoulin, ſur l'art. 21 de la coutume de Vitry, où il parle en ces termes : *Nota benè verbum, quia proprietarius de hoc nullo modo tenetur, nec feudum eſt ad hoc hypothecatum : tantum eſt perſonalis & extraordinaria cognitio, ſolus enim maritus obligatur, ſed ideò quia facit fructus ſuos, unde ſi moreretur poſtridiè nuptiarum, hæredes ejus nihil deberent, nec etiam vidua.* C'eſt auſſi le ſentiment de M. Julien Brodeau, ſur l'article 37 de la coutume de Paris, n. 23. Cela a été ainſi jugé par l'arrêt de Gros-Bois, dont il eſt fait mention dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 7, chap. 27, & par un autre arrêt du 8 avril 1647, remarqué par le compilateur de la coutume de Paris, article 37, nomb. 23 ſur la fin.

La queſtion eſt encore moins ſuſceptible de difficulté dans la coutume de Montargis, parce que dans l'art. 46, où elle établit ce droit, elle dit : *ſon mari rachetera*, cela veut dire que c'eſt la dette ſeule du mari, ainſi que l'établit M. Lhoſte dans ſon commentaire ſur cet article à la fin, où il parle en ces termes : *Eſt debitum ſolius mariti.* Il faut donc conclure que puiſque le droit de relief en ce cas eſt la dette du mari ſeul, après ſa mort il ne peut être demandé à ſa veuve, quand elle a renoncé à la communauté, ni au fils qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon pere, & qui poſſéde le fief à titre de ſubſtitution. Déliberé à Paris, le 15 février 1714, & ont ſigé, Veſin, Berroyer, Duhamel, Bretonnier.

Pour revenir à la queſtion propoſée par notre auteur, Joly & Tournet, ſur l'article 73 de la coutume de Paris, font mention d'un arrêt du mois d'avril 1547, qui a jugé que le ſeigneur, pour les droits des mutations précédentes, ne peut s'attaquer à l'acquéreur de l'héritage, & qu'il doit ſe pourvoir contre les précédens acquéreurs.

DES LODS,

Quand les parties ſe déſiſtent du contrat.

QUESTION SOIXANTE-TREIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Suivant la diſpoſition du droit, il eſt libre aux contractans de ſe départir du contrat avant la tradition,* & rebus integris.
2. *Eſpece ſur laquelle l'arrêt ſuivant eſt intervenu.*
3. *Raiſons du ſeigneur pour ſoutenir que les lods ſont dûs, quand les contractans ſe départent du contrat après ſa perfection.*
4. *Raiſons contraires de la part du vendeur.*
5. *Sentiment de l'auteur, que pour donner ouverture aux lods, il faut que deux choſes concourent, la tranſlation de la propriété, & la priſe de poſſeſſion.*
6. *Arrêt du... février 1630, qui juge que les lods ne ſont pas dûs, quand les parties ſe départent du contrat avant que l'acquéreur ait pris poſſeſſion.*
7. *Cette matiere reçoit deux diſtinctions, 1°. Quand la réſolution du contrat procéde de la volonté des parties. 2°. Quand elle vient des clauſes du contrat.*
8. *Tous les auteurs conviennent que quand les parties ſe départent du contrat dans un bref intervale, les lods ne ſont pas dûs.*
9. *La difficulté conſiſte à déterminer cet intervalle.*
10. *Diſpoſition des coutumes à cet égard.*
11. *Sentiment des auteurs ſur cette queſtion.*
12. *Quand les parties ſe départent du contrat après la priſe de poſſeſſion, & un long intervale, il eſt dû doubles lods.*
13. *Réſolution du contrat procédant des clauſes d'icelui, ſi la vente eſt faite ſous condition, & qu'elle manque, les lods ne ſont pas dûs.*

BIU Cujas

14. *Il faut dire la même chose des conditions tacites, que des expresses.*
15. *Les lods ne sont pas dûs, quand dans le contrat il y a le pacte de la loi commissoire.*
16. Idem ex pacto in diem addictionis.
17. *Quand il y a faculté de remeré, & qu'elle est exercée dans le tems.*
18. *De la résolution du contrat en vertu de la loi.*
19. *Quand une donation est révoquée par survenance d'enfans, le donateur qui rentre dans ses héritages, ne doit rien.*
20. Idem, *pour la révocation pour cause d'ingratitude, ou par droit de reversion.*
21. Idem, *quand une donation faite à la charge de pension est révoquée, faute de payement de la pension.*
22. *Quand le contrat est résolu par le ministère du juge, les lods ne sont point dûs; & s'ils on été payés, ils peuvent être répetés.*
23. *Quand le contrat est résolu faute de payement, les auteurs sont partagés: la plus saine opinion est que les droits sont dûs pour la vente; mais que le vendeur, qui rentre dans son héritage, ne doit rien.*
24. *Savoir, si en ce cas le vendeur qui rentre dans son héritage, doit payer les droits dûs par l'acquéreur. Dans la coutume de Paris, il faut distinguer entre les fiefs & les rotures.*
25. *Dans les pays de droit écrit, le vendeur est tenu de payer, sauf son recours.*
26. *Distinction entre le contrat de vente, & les autres contrats, par rapport aux droits seigneuriaux.*
27. *Eloge de M. Charles Dumoulin.*
28. *Louange de la coutume de Paris, au sujet des droits seigneuriaux.*
29. *Nouvelles observations, pour prouver qu'il n'est rien dû, lorsque la vente est résolue faute de payement.*

QUESTION LXXIII.

Quando liceat ab emptione discedere, *sans que le seigneur direct puisse demander le lod.*

1 EN la loi premiere du titre du code *quando liceat ab emptione discedere*, l'empereur décide que oui, *re quidem integra*, parce que *quod consensu contractum est, contrariæ voluntatis adminiculo dissolvitur.* Mais après la tradition, il établit le contraire, parce que ce n'est plus *re integra*, le contrat ayant été suivi de l'exécution, & le droit pleinement acquis à l'acquéreur; c'est sur quoi la question proposée doit rouler.

2 Pour le fait, Antoine Rouchon ayant passé contrat de vente de quelques héritages au profit de Michel, Pierre & Giraud Royers, le seigneur de saint Theran, & M. Pierre Guerin son fermier, les firent assigner pour payer le lod de cette acquisition. A cette demande, ils opposent, que s'ils possédoient les héritages, ce n'étoit pas comme acquéreurs, mais comme fermiers, & en vertu d'un bail à ferme.

3 Les demandeurs, après cette déclaration, poursuivent le notaire qui avoit reçu le contrat, d'en fournir une expédition. En étant demeuré d'accord, il déclare que ledit Rouchon, vendeur, avoit retiré la minute de ses mains, ce qui a obligé les demandeurs à conclure contre lui, puisqu'il n'avoit retiré cette minute que par collusion & fraude, & à dessein de faire perdre auxdits demandeurs le lod qui leur étoit dû, & auquel ils disoient être d'autant mieux fondés que le notaire avoit avoué avoir fait & baillé deux expéditions du contrat de vente, après quoi il n'avoit pû se désaisir de la minute, & l'on ne pouvoit non plus dire que la vente n'ait été accomplie.

A cela, le vendeur oppose qu'il y avoit eu contrat de vente, qu'il en avoit retiré la minute, & qu'elle avoit été rompue du consentement des parties; par conséquent, que comme il avoit été loisible de s'en départir *rebus integris*, & dans un léger intervalle, le lod n'en étoit pas dû, & moins pouvoit être demandé à un vendeur, puisque c'est un droit que l'acquéreur doit. 4

Que c'est un point décidé par plusieurs coutumes, même par celle de Tours, article 149, & de Loudun, article 26, chapitre 14, *qu'on se peut départir du commun consentement d'une vente, & qu'à moins qu'elle ait été exécutée, & qu'il y ait eu un intervalle notable, le seigneur ne peut pas dire que cela se fait en fraude de lui.* C'est ainsi que maître Charles du Moulin l'a décidé sur l'ancienne coutume de Paris, en l'article 55, & Charondas, sur l'article 20 de la même coutume, dit avoir été ainsi jugé par arrêt, au profit d'un nommé Bobussu.

Aussi la coutume d'Auvergne, en l'article 1 du titre des lods & ventes, en établissant que ce droit est dû d'un contrat de vendition, ajoute, *pourvu qu'il ait sorti son effet.* Car encore qu'on dise que l'essence de la vente ne consiste qu'en la convention de la chose & du prix; il est pourtant véritable qu'elle n'est censée parfaite qu'après la tradition, & que l'acquéreur a pris possession des choses vendues. Outre que le lod est dû plutôt pour le changement de main, & par l'appréhension & possession de l'héritage, qu'en vertu du seul contrat, & nous croyons d'avoir montré ailleurs, (1) que pour établir ce droit, il faut que deux choses concourent, la translation du droit de propriété, & la prise de possession. 5

Aussi, le juge de Besse, par sa sentence du 24 janvier 1628, mit, sur la demande, les parties 6

(1) C'est dans le tom. 1, question 16.

BIU Cujas

hors de cour; ce que le sénéchal d'Auvergne à Riom confirma par sa sentence du huit juin de la même année, & la cour pareillement par son arrêt du mois de février 1630, au rapport de M. de Bullion,

On peut voir à ce sujet *tractatum de laudimiis Amædei a Ponte, queſt.* 38 : Mais plus amplement la decade 95 du docte Faber, président de Chambery.

OBSERVATIONS.

Si les droits seigneuriaux sont dûs, quand les parties se départent du contrat?

7 L'Auteur dans cette question décide que les lods ne sont pas dûs, quand les contractans se départent du contrat, les choses étant entieres, & quand cela se fait dans une léger intervalle. Il fait mention d'un arrêt de la cour du mois de février 1630, qui l'a ainsi jugé; il propose cette question comme une maxime certaine : c'est pourquoi il ne se donne pas la peine de l'approfondir, cependant elle est susceptible de plusieurs difficultés, que je tâcherai de renfermer en deux propositions; la premiere, si les lods sont dûs, quand la résolution du contrat est volontaire; la deuxiéme, s'il sont dus, quand la résolution du contrat est forcée.

La premiere proposition reçoit deux distinctions : 1°. Quand la résolution dépend 8 de la volonté des parties : 2°. Quand elle dépend des clauses résolutives du contrat.

La premiere distinction dépend de savoir, si le désistement est fait peu de tems ou long-tems après le contrat.

Quand le désistement est fait dans un bref intervalle, tous les auteurs conviennent 9 qu'il n'est dû aucun droit; mais la difficulté consiste à définir cet intervalle.

Dans le droit, le plus petit intervalle est de trois jours, mais ordinairement il est de dix jours, suivant la loi 21, *ff. de pec. constit.* & quelquefois de trente jours, comme il est dit dans la loi premiere, §. *de itin. actuq. privat.*

Mais comme cette matiere n'est pas du droit romain, il faut avoir recours au droit 10 François; & quoique mon dessein ne soit pas de mêler dans cet ouvrage le droit coutumier, néanmoins en cette occasion, je crois devoir examiner ce que les coutumes disent sur cette question. : Il faut commencer par la coutume de Bourbonnois, qui est la plus voisine des pays du droit écrit : Cette coutume dans l'art. 397, dit que, *si l'acheteur avant la prise de possession, se départ du contrat pour cause raisonnable, comme pour éviction apparente, ou autre semblable, les lods & ventes ne sont point dûs; mais si le vendeur & l'acheteur, après la vente parfaite, se départent du contrat, sans cause raisonnable, en ce cas les lods & ventes sont dûs.* Du Moulins dans sa note sur cet article, dit, qu'il doit s'entendre d'un intervalle raisonnable; *intellige ex intervallo.*

La coutume d'Auvergne, chapitre 16 article 1, dit que les lods & ventes sont seulement dûs en contrat de vendition de choses immeubles, pourvu qu'il ait sorti son effet. Ces derniers mots signifient que les parties peuvent se départir du contrat, sans être obligées de payer des lods & ventes; mais cette coutume ne définit point le tems pendant lequel les parties peuvent se départir du contrat. Basmaison dans son commentaire sur cet article, dit que cela se doit faire avant que de sortir de l'étude du notaire qui a reçu le contrat, ce qui est conforme à l'article 77, de la coutume de Troyes, qui dit, que *si le vendeur & l'acheteur d'un héritage chargé de censive, après que la vendition est consentie, se départent de leur consentement du marché, avant qu'ils partent du lieu, il n'y a lods ni ventes, pourvu qu'aucunes lettres n'en aient été passées :* ce qui doit s'entendre, ou que les lettres ayent été lacérées ou déchirées; car alors c'est la même chose que si elles n'avoient jamais été passées.

La coutume d'Auxerre, art. 90, dit que : *si le vendeur & l'acheteur d'un héritage de censive, après que la vente est accordée, se départent de leur consentement du marché dedans vingt-quatre heures, il n'y a lods, ventes ni amendes, encore que les lettres de vendition ayent été passées.*

La coutume de Blois, article 22, accorde le même délai de vingt-quatre heures, pourvu que les parties se quittent libéralement & sans aucun profit.

La coutume de Vermandois, art. 138, dit : *que les ventes sont dûes au seigneur du jour du contrat passé & accordé, n'étoit que les parties contractantes se fussent, de leur consentement départies dudit contrat, ce qu'elles peuvent faire dans huit jours, sans, pour ce, être tenues d'aucunes ventes ou autres droits.* Dumoulin, dans sa note sur cet article, dit qu'il doit s'entendre, quoique le vendeur soit entré en possession de l'héritage, & qu'il ait été assigné à la requête du seigneur, pour le payement des droits; *intellige etiam post traditionem fundi & præventionem domini.* La coutume de Reims, article 157, accorde ce même délai de huit jours, pourvu que le désistement soit fait sans fraude.

BIU Cujas

La coutume d'Orléans, article 112, dit: *si l'acheteur d'un héritage censuel qui n'a payé le prix de la vente, se déporte de son achat, & le vendeur reprend ledit héritage par lui vendu en acquit dudit prix, au seigneur censier en sont dues les ventes de la premiere vendition seulement.* Suivant la disposition de cet article, les ventes sont dûes aussi-tôt que le contrat est passé, sans que les parties ayent la liberté de se départir du contrat, même sur le champ.

La coutume de Loris, art. 26, dit que, *si l'acheteur se deporte de son achapt, & que le vendeur reprenne dedans l'an ledit héritage par lui vendu en acquit du prix, que les lods & ventes sont dûs de la premiere vendition seulement.* La coutume de Laudunois, art 43, contient la même disposition.

La coutume de Tours, art. 149, dit, *si avant la possession ou jouissance prise ou baillée autrement que par le contrat de la chose vendue ou aliénée, ledit contrat étoit résolu du consentement des parties, il n'en sera dû aucunes ventes.* La coutume de Lodunois, ch. 14, art. 26, contient la même disposition.

Je trouve la disposition de ces deux coutumes plus juridiques que celles des autres: Je crois que ce n'est point l'intervalle qui s'est écoulé depuis le contrat, plus ou moins long, qui donne ouverture aux droits seigneuriaux, mais la tradition réelle & la prise de possession actuelle de l'acquéreur. C'est le sentiment de notre auteur dans cette question sur la fin, & dans la question 26, du livre 3, du tome premier, vers le milieu, où il dit, que pour juger sainement, quand les lods sont dûs, il faut joindre la propriété à la possession, & considérer les deux ensemble; parce que la cause principale des droits de lods consiste en ce que le fonds change de main, & qu'un nouveau tenancier se présente pour un autre seigneur direct: & que ce n'est pas assez que la propriété soit acquise, il faut que la possession réelle la suive; & c'est plûtôt par cette derniere que les lods se reglent, que par la seule considération de la premiere. Et de fait, Justinien en la loi 3, cod *de jur. emphyt.* n'accorde pas ce droit pour raison de l'acquisition de la propriété, mais pour engager le seigneur à mettre l'acquéreur en possession, *novum emphyteutam in possessionem suscipere.*

Guy-Pape, quest. 101, nomb. 7 & 8, dit que les lods ne sont pas dûs, avant que l'acheteur ait pris la possession réelle de la chose vendue: *Dominus directus non potest petere laudimia & venditiones, antequàm emptor accipiat realem possessionem rei sibi venditæ*: Il dit que cela se jugé ainsi au Parlement de Grenoble. 11

Mais M. Salvain dans son traité de l'usage des fiefs, chap. 45, dit que la jurisprudence du parlement de Grenoble a changé, & qu'aujourd'hui il suffit, pour établir la demande des lods, de la tradition civile, qui se fait par fiction & puissance de la loi. M. Lapeirere dans ses décisions, let. V. nomb. 39, est de l'avis de Guy-Pape: Il rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux, du 21 mars 1644, qui l'a ainsi jugé, quoique le désistement n'eût été fait que trois mois après la vente.

M. Charles du Moulin, dans son commentaire sur l'ancienne coutume de Paris, § 13, gl. 5, nomb. 15, & § 22, nomb. 10, soutient qu'il n'est dû aucuns droits, quand les parties se départent du contrat avant la tradition réelle & la prise de possession; mais sur le § 23 & 55, il semble changer d'avis, quand le désistement est fait après un long intervalle.

M. d'Argentré, dans son traité *de laud.* § 2, & sur la coutume de Bretagne, art. 59, note 4, nombre 19, traite cette question très-solidement & sommairement: Il établit pour un principe certain, que les parties peuvent se départir du contrat, sans être obligés de payer les lods, pourvu qu'elles s'en départent, les choses étant entieres, c'est-à-dire, avant la prise de possession de l'acquéreur, & qu'en ce cas il n'est point nécessaire d'examiner si le désistement a été fait peu de tems ou long-tems après le contrat; parce qu'avant la tradition de la chose, il dépend des parties de résoudre le contrat, & cette résolution étant naturelle, le contrat ne peut produire aucun effet au profit de qui que ce soit; il établit fort bien que la possession civile n'est pas suffisante, & que jusqu'à la tradition réelle, il n'est rien dû. Pontanus sur la coutume de Blois, *de obvent. feud.* § 6, question 11, page 300, soutient la même chose, & la prouve avec beaucoup de force & d'érudition, c'est un bon auteur: Chopin *de morib. Paris.* liv. 1, tit. 2°, n. 29, est de même sentiment.

* Lemaire, sur la coutume de Paris, tit. des censives, page 100, est aussi de ce sentiment; il en donne une bonne raison: la vente, avant la tradition, ne transfere pas la propriété, mais un simple droit à l'héritage; en sorte qu'un second acquéreur seroit préféré, s'il en prenoit possession le premier, suivant la loi, *quoties, cod. de rei vindicat.*

Basnage, sur la coutume de Normandie, article cent soixante-onze, est du même sentiment.

Après avoir établi que les lods ne sont point dûs, quand les parties se départent du 12

contrat, avant que l'acquéreur ſoit entré en poſſeſſion, il faut vôir, s'il eſt dû doubles droits; quand elles ſe départent après la poſſeſſion priſe. Suivant la doctrine de M. d'Argentré dans les deux endroits ci-deſſus cités, & de Pontanus, page 35, il eſt dû un double droit, parce que ce n'eſt pas tant la réſolution du premier contrat, qu'un ſecond contrat de vente, qui produit des lods. Brodeau ſur M. Louet, let. R, chap. 2, nomb. 3, Charondas, dans ſes réponſes, liv. 11, chap. 26: Lalande, ſur l'article 112 de la coutume d'Orléans ſur la fin, ſont du même ſentiment. Je crois que cette déciſion doit être entendue, quand les contractans ſe départent du contrat long-tems après la priſe de poſſeſſion; car ſi elles s'en départent peu de jours après, il n'eſt pas dû doubles droits, ſuivant la note de du Moulin ſur l'art. 38 de la coutume de Vermandois, & ſur la coutume de Paris, § 22, n. 19. La coutume de Montargis, chap. 2, art. 26, dit que quand l'acheteur ſe départ de ſon achat, & que le vendeur le reprend dans l'an, il n'eſt dû qu'un ſeul droit pour la premiere vendition ſeulement.

Réſolution du contrat, provenante des clauſes réſolutives d'icelui.

13 1°. Si la vente eſt faite ſous condition, il eſt certain que ſi la condition manque, le contrat demeure réſolu *ab initio;* & par conſéquent les lods ne ſont point dûs: c'eſt la doctrine de du Moulin ſur le paragraphe 55, gloſ. 1, nomb. 40, & celle de M. d'Argentré, *de laudimiis*, § 3.

14 Il faut dire la même choſe des conditions tacites, que des conditions expreſſes, par exemple, dans le cas de la révocation d'une donation par la ſurvenance des enfans au donateur, laquelle n'eſt cenſée faite que ſous la condition tacite, *ſi filios non ſuſceperit.* Il en eſt de même des charges qui regardent la ſubſtance du contrat: comme ſi le vendeur ou l'acheteur ont promis de faire obliger leurs femmes ou leurs enfans, ou de donner caution; ne ſatisfaiſant pas à cette promeſſe, le contrat demeure réſolu de plain droit, & ſi le ſeigneur a reçu les droits, il eſt obligé de les rendre, ſuivant le ſentiment de M. Charles du Moulin, paragraphe 55, gloſ. 1, nomb. 22 & 23.

15 2°. Les lods ne ſont pas dûs d'une vente où il y a un pacte de la loi commiſſoire; c'eſt-à-dire, que ſi l'acquéreur ne paye le prix dans un certain tems, la vente demeurera nulle, ſuivant la doctrine de du Moulin paragraphe 23, nomb. 11 & 12: d'Argentré *de laud.* paragraphe 4: Cujas, *de feud.* livre ſecond, ſur la fin, Pontanus au même endroit, page 303 & 306.

Deſpeiſſes, des droits ſeigneuriaux, page 69, établit qu'il eſt dû un droit de lod pour la vente, parce que ce pacte ne rend pas la vente conditionelle, mais ſeulement qu'elle peut être réſolue ſous condition. En effet, M. d'Olive, livre ſecond, queſtion dix-ſeptiéme, rapporte un arrêt du 18 mars 1633, qui l'a ainſi jugé; mais il n'en eſt point dû pour la réſolution du contrat.

16 3°. Il n'eſt point dû de lod pour la vente faite *ex pacto addictionis in diem*, ſuivant la doctrine de M. d'Argentré, paragraphe 5, & Deſpeiſſes dans l'endroit ci-deſſus cité, page 68, *verſ.* 5.

17 4°. Lorſque la vente eſt faite ſous une faculté de remeré au-deſſus de dix ans, & qu'elle eſt exercée dans le tems, il n'eſt rien dû, comme je l'ai établi ſur la queſtion onziéme de ce même livre.

Réſolution forcée du contrat.

Je comprends ſous ce mot tous les contrats qui ſont réſolus, ſoit par l'autorité de la loi, ſoit par le miniſtère du juge, ou par le pouvoir des deux enſemble.

Réſolution du contrat en vertu de la loi.

18 A l'égard des actes qui demeurent réſolus par l'autorité de la loi ſeule, il me ſemble qu'il faut mettre dans cette cathégorie les donations qui ſont ſujettes à révocation pour ſurvenance d'enfans, pour cauſe d'ingratitude, ou pour quelque autre cauſe légitime, enſemble pour droit de réverſion.

19 A l'égard de la révocation pour ſurvenance d'enfans, il ſemble qu'il ne ſoit dû aucuns droits, non pas même pour raiſon de la donation dans les pays de droit écrit, où il eſt dû des lods pour les donations faites aux collatéraux, ou aux étrangers, & dans les pays coutumiers, pour raiſons des profits des fiefs, parce qu'une ſemblable révocation, établit les choſes au même état qu'elles étoient avant la donation, ſuivant les paroles de la loi, *ſi unquàm*, qui ſe ſert du mot *revertatur;* ce terme ſignifie un droit de retour plein & entier. En effet, les aliénations, les hypothèques, & les autres charges faites ou impoſées par le donataire, s'évanouiſſent de plein droit. Cependant M. Charles du Moulin ſur l'ancienne

BIU Cujas

cienne coutume de Paris, § 22, nomb. 58, & sur la nouvelle, § 23, glose 1, nomb. 58. M. Faber, dans son code *de jure emphyt. def. 28*, & M. Salvain, de l'usage des fiefs, ch. 89, sont d'avis contraire : Parce que dans ce cas, l'acte est résolu pour une cause extrinséque, qui n'arrive qu'après la perfection du contrat ; *tamen non reducitur ad non causam pro tempore præterito ;* mais il n'est rien dû pour la révocation de la donation, ainsi que du Moulin le décide au même endroit, *semel debetur relevium pro traditione ex causâ donationis, & non pro restitutione, cùm non sit nova mutatio, sed resolutio primæ ex conditione resolutivâ inexistente donationi.*

Cetre décision doit être appliquée à toutes les éspeces de révocation, pour quelque cause que ce puisse être, sur-tout à la révocation pour cause d'ingratitude, comme le même du Moulin établit au même lieu, nomb. 57, après Barthole, sur la loi *ab emptione 58 ff. de pact.* Elle doit aussi avoir lieu pour le droit de réversion dans tous les pays de droit écrit, & dans les coutumes où ce droit est reçu *in formâ juris.* Je croirois aussi que dans les coutumes où le droit de réversion n'est qu'une espece de succession, le donateur rentrant dans son héritage par cette voye, ne seroit point sujet à payer un nouveau relief. 20

Quand la donation a été faite à la charge d'une pension, si faute de payement de la pension, la donation est révoquée, le donateur qui rentre dans la possession de ses héritages, ne doit aucun droit. Ainsi jugé par un arrêt rendu en la grand-chambre, au rapport de M. de Mallebranche, le juillet 1699, au profit de M. Gayot, trésorier de France, en la généralité de Lyon, contre l'abbesse de S. Pierre. 21

Résolution du contrat par Sentence.

Quand la résolution se fait par le ministere du juge, les auteurs distinguent entre les différentes causes qui donnent lieu à la résolution, 22

1°. Si le contrat est nul *ipso jure*, soit à cause de l'incapacité des contractans, ou de l'un d'eux, ou à cause des choses qui ne peuvent pas être aliénées, ou autres semblables causes, tous conviennent que les droits ne sont point dûs au seigneur ; & que s'ils ont été payés, ils peuvent être répétés.

2°. Quand le contrat n'est pas nul de plein droit, mais qu'il peut être annullé par le bénéfice de restitution, tous les auteurs conviennent aussi, que les droits ne sont pas dûs ; mais plusieurs soutiennent, que si le seigneur les a reçus, il n'est pas obligé de les rendre, parce que l'acquéreur ne peut pas répéter une chose qu'il a payée volontairement. D'autres, comme du Moulin, sur le § 22, nomb. 33, distinguent, si le seigneur est devenu plus riche. D'autres, comme Coquille, sur la coutume de Nivernois, des censives, art. 5, veulent que pour obliger le seigneur à rendre les droits par lui perçus, il soit mis en cause, pour voir entériner les lettres. Mais M. d'Argentré, dans son traité des lods, § 17, & sur la coutume de Bretagne, art. 59, note 4, réfute solidement toutes ces opinions ; & établit que les droits payés doivent être rendus par le seigneur. M. Brodeau, sur M. Loüet, lettre R, ch. 2, nomb. 9, rapporte des arrêts qui l'ont ainsi jugé. M. de la Lande, sur l'article 112 de la coutume d'Orléans, traite fort bien la question ; mais à mon sens, M. Salvain, des fiefs, ch. 89, l'a mieux traitée qu'aucun autre. Cet auteur, après d'Argentré, à l'endroit ci-dessus, nomb. 3, & du Moulin, § 22, nomb. 55, excepte un cas, lorsque la rescision du contrat est fondée sur le dol de l'une des parties, cette partie n'a pas droit de répéter les droits qu'elle a payés, *probrum suum allegat, & sic non est audiendus.*

*Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 3, nomb. 5, à la fin, tient que quand le contrat est résolu par le dol du vendeur, les droits ne sont point dûs, il dit que cela a été ainsi jugé par un arrêt du 23 décembre 1592.

Résolution du contrat, faute de payement.

Il s'agit dans cette question de sçavoir, si lorsque le contrat est résolu faute de payement, il est dû des droits au seigneur. Sur cela il y a trois opinions différentes. 23

La premiere est celle de M. d'Argentré, § 2, sur la fin, qui soutient par des raisons très-solides, que lorsque la vente a été faite, *præsenti pecuniâ*, il n'est rien dû, parce qu'en ce cas il n'y a point de translation de propriété : *quare tali casu, fallente emptore, nec præsenti pecuniâ solvente, dominium nullum transfertur, sed apud venditorem remanet, & consequenter nulla fit manûs mutatio, nulla alienatio ; nec igitur laudimia ulla debentur.* Mais quand la vente a été faite à crédit, & que le vendeur a accordé à l'acquéreur un terme pour le payement ; pour lors le contrat étant parfait, & la propriété transférée à l'acheteur, cet auteur est d'avis qu'il est dû un droit. Pontanus, dans l'endroit ci-dessus,

BIU Cujas

cité, page 309, est du même sentiment dans l'un & l'autre cas, aussi-bien que Lapeirere, dans ses décisions, lettre V, n. 38.

M. Charles du Moulin, sur la coutune de Paris, § 23, nomb. 17, soutient, que sans distinction, s'il y a un terme pour le payement, ou non, il n'est rien dû, pourvû que la résolution du contrat se fasse sur le champ, ou peu de tems après; *tamen istud limitatur, dum recipiens fallit statim, vel infrà modicum tempus: Tunc enim etiam fides expresse habita & data, præsumitur dolo extorta, & sic non valet, nec prodest, & venditor potest iterùm alii vendere, nec dicitur secunda venditio, sed prima, quia præcedens nulla fuit.*

La seconde opinion tend à dire, que sans aucune distinction, & en quelque tems que la résolution se fasse, il est dû un droit pour la vente. La coutume d'Orléans, art. 112, y est expresse, la jurisprudence des arrêts est conforme à cette opinion. M. Brodeau, sur M. Loüet, lettre R, ch. 2, n. 3, dit que cela a été ainsi jugé par un arrêt du 8 janvier 1627. Cet arrêt est rapporté dans le recueil de M. Bardet, tome premier, livre second, ch. 96, sur lequel M. Berroyer a fait une fort belle dissertation. La même chose a été jugée par un arrêt du parlement de Toulouse, suivant un arrêt du 18 mars 1633, rapporté par M. Dolive, livre second, ch. dix-sept; & au parlement de Provence, suivant un arrêt du 22 novembre 1638, rapporté par Boniface, tom. 1, liv. 3, tit. 4, ch. 3.

M. Auzanet, sur l'article 76 de la coutume de Paris, dit que quand le contrat est résolu, faute par l'une des parties de satisfaire aux charges du contrat, le droit est dû pour la vente, mais il n'en est dû aucun pour la résolution.

La troisiéme opinion est de ceux qui prétendent qu'en ce cas il est dû doubles droits, suivant un arrêt du parlement de Paris, du 26 avril 1672, rapporté dans le journal du palais; mais cet arrêt est intervenu sur des circonstances particulieres, parce que le vendeur s'étoit rendu adjudicataire de son héritage pour une somme différente de celle du prix de la vente: Ainsi l'auteur du journal du palais n'a pas eu raison d'établir sur cet arrêt, qui est intervenu dans une espece particuliere, une jurisprudence universelle pour le payement de deux lods; son opinion est fortement réfutée par M. Berroyer, dans ses notes sur cet arrêt.

Il y a encore plusieurs cas où il n'est dû qu'un simple droit, quoique le contrat soit résolu; sçavoir, pour le cas du déguerpissement, de l'éviction, & autres semblables, suivant les arrêts rapportés par M. Brodeau, au même endroit, nomb. 10, 11, 12, & 13. Pour ce qui est du déguerpissement, il faut voir M. Charles Loiseau, dans son traité du déguerpissement, liv. 6, chap. 1 & chap. 5, où il traite la matiere dans les véritables principes. Et pour ce qui est du cas de l'éviction, je n'ai point vû d'auteur qui l'ait mieux traitée que M. du Perrier, dans ses questions notables, livre 4, quest. 19.

24 Dans tous les cas où il est dû un droit pour raison de l'aliénation seulement, & où il n'est rien dû pour la résolution du contrat, la question est de sçavoir, si lorsque l'acquéreur ou le donateur n'a point payé les droits, le vendeur ou le donateur est obligé de les payer. Dans la coutume de Paris, & celles qui ont une disposition semblable, il faut distinguer entre les fiefs & les rotures. Suivant l'art. 24, le seigneur féodal se peut prendre à la chose pour les profits de son fief; & par l'art. 81, les ventes & amendes se poursuivent par action seulement. Ainsi, suivant la diversité de cette jurisprudence, il faut dire que le vendeur ou le donateur sont tenus de payer les profits du fief qui n'ont pas été payés par l'acquéreur ou par le donataire, sauf leur recours. Et à l'égard des lods, ils ne sont pas obligés de les payer, sauf au seigneur à se pourvoir contre l'acquéreur ou le donataire.

25 A l'égard des pays de droit écrit, le seigneur, pour les lods, a droit de se pourvoir sur l'héritage, suivant les arrêts rapportés par notre auteur, quest. 62 & 72 de la suite de ce même livre.

Différence entre le contrat de vente & les autres contrats.

26 Il y a une différence considérable à faire entre le contrat de vente & les autres contrats. A l'égard du contrat de vente, l'on prétend qu'étant parfait aussi-tôt que les contractans sont convenus du prix, les lods sont acquis au seigneur dès le moment du contrat, quoique les parties se soient depuis départies de la vente d'un commun consentement. Mais à l'égard des donations, des échanges & autres contrats, dans lesquels il n'y a point de deniers debourlés, le droit n'est pas acquis au seigneur dès le moment du contrat, & en vertu de la seule convention, mais seulement à cause de la mutation du nouvel homme, & en conséquence de la prise de possession: ainsi jusqu'à ce que le donataire ou les co-permutans ayent pris possession actuelle de l'héritage, ils peuvent se départir du contrat, sans que le seigneur puisse rien pré-

BIU Cujas

tendre; c'eſt la doctrine de M. Charles du Moulin, ſur le titre des fiefs, §. 13. gl. 3 nomb. 11 & 12. Dans le premier nombre il établit, que dans les regles il n'eſt point dû de droits, même dans le cas de la vente par la ſeul convention, juſqu'à la tradition réelle. Cependant dans le nombre ſuivant, il convient que le contraire eſt obſervé; & il dit qu'il n'oſe par s'écarter de l'opinion commune : mais il ajoute que cette opinion doit être reſtrainte dans le cas de la vente; *ſed eam limito primò, ut procedat in caſu ſuo duntaxat, videlicet in venditione, ſecùs in donatione, permutatione vel aliis conctractibus; quamvis enim utrobique non mutetur vaſſallus, nec feudum ante traditionem: tamen in hoc eſt differentia, quod in venditione, ſtatim contractu concluſo, acquiſitum eſt jus quinti denarii, vel retractus patrono ad ejus electionem, & illud ſtatim petere & exigere poteſt, & facere ut ampliùs in ejus præjudicium pœniteri non poſſit. Secùs in aliis contractibus, in quibus ex ſolo contractu nullum omninò jus acquiritur patrono, quia relevium non oritur niſi ex mutatione manûs, & non ex contractu, imò nec ex ſimplici fidei dimiſſione, vel aperturâ feudi.* Cet auteur a très-bien mérité du public par tous ſes ouvrages, mais principalement par ſon traité des droits ſeigneuriaux, dont la matiere étoit de ſon tems encore toute brute, pour ne pas dire brutale; il l'a polie & éclaircie autant qu'un homme privé le pouvoit faire : s'il avoit été vivant dans le tems de la réformation de la coutume de Paris, & qu'il y eût été employé, comme ſans doute il 27
l'auroit été, il auroit bien perfectionné davantage cette matiere, en expliquant plus clairement toutes les obſcurités, & en adouciſſant davantage la rigueur des droits ſeigneuriaux. Cependant il faut rendre juſtice à la coutume de Paris ſur cette matiere, elle eſt la plus douce, la plus civile, & la plus parfaite de toutes les cou- 28
tumes.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

☞ Sur la queſtion: Si lorſque la vente eſt réſolue faute de payement, il eſt dû des droits ſeigneuriaux, j'ai rapporté trois differentes opinions.

La premiere eſt celle de M. d'Argentré qui eſt d'avis, que ſi la vente a été faite *preſente pecuniâ*, il n'eſt rien dû.

Cette opinion me ſemble la plus juridique. C'eſt pourquoi pour l'établir d'une maniere inconteſtable, il faut montrer que dans ce cas la vente eſt cenſée n'avoir jamais été faite. C'eſt un principe certain que la vente, quoique ſuivie de tradition, n'a point d'effet juſqu'à ce que le prix ſoit payé : Cela eſt ainſi décidé par pluſieurs loix. Je me contenterai d'en rapporter trois.

La premiere eſt la loi *Procuratoris*, §. *18. de tribut. act.* dans laquelle le juriſconſulte Ulpien dit que le vendeur des marchandiſes n'eſt pas obligé de venir à contribution, à moins qu'il n'ait vendu à crédit; parce que les choſes vendues ne ceſſent point d'appartenir au vendeur, juſqu'à ce qu'il ait été payé, & qu'ainſi il a droit de les revendiquer: *ſed ſi dedi mercem meam vendendam & extat, videamus ne iniquum ſit in tributum me vocari, & ſiquidem in creditum ei abii, tributio locum habebit. Enim vero ſi non abii, quia res venditæ non aliàs deſinunt eſſe meæ, quamvis vendidero, niſi ære ſoluto, vel fideijuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto, dicendum erit, vindicare me poſſe.*

La deuxiéme eſt dans la loi 19 *de contract. empt.* dans laquelle le juriſconſulte Pomponius dit que la choſe vendue n'appartient point à l'acheteur juſqu'à ce qu'il en ait payé le prix : *quod vendidi non aliter fit accipientis, quàm aut ſi pretium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerim emptori ſine ulla ſatisfactione.*

La troiſiéme eſt le §. 41. *de Rer. diviſ.* aux Inſtit. où l'empereur Juſtinien parle en ces termes, *venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is, venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit; quod quanquam cavetur ex lege 12 tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id eſt jure naturali id effici.* Théophile ſur ce §. dit que cela eſt du droit naturel, parce que la juſtice naturelle y eſt attachée, & que c'eſt la raiſon pourquoi cela s'obſerve parmi toutes les nations, *quoniam & naturalis juſtitia ei adhæret; ideoque apud omnes gentes obſervatur.* De tous ces principes il faut néceſſairement conclure que la propriété de la choſe n'ayant jamais appartenu à l'acheteur, il n'y a point de fondement pour donner lieu à la demande des droits ſeigneuriaux.

Il y a encore une autre raiſon pour établir que les droits ſeigneuriaux ne peuvent être prétendus en ſemblable cas; c'eſt parce que la vente eſt cenſée faite ſous condition, *ſi pretium ſolvatur.*

Vinnius ſur le §. des Inſtituts, ci-deſſus cité, établit cette maxime par un raiſonnement fort naturel : Il dit que, ſuivant le ſens commun de tous les hommes, celui qui vend & livre ſa choſe, ne le fait que dans la penſée qu'il ſera payé du prix, &

BIU Cujas

qu'ainsi c'est une vente sous condition qui empêche la translation de la propriété en la personne de l'acheteur, *qui jure ex communi hominum sensu hac lege & conditione potius rem quam vendidit & tradidit, transfere voluisse censeri debeat, si pecunia sibi soluta sit (hanc enim spectat & protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quam animum habuisse purè & simpliciter in emptorem transferendi, constat autem, ejus quod sub conditione datur aut traditur dominium in accipientem non statim transire.*

M. Henrys dans la question 109 du liv. 4 tom. 2, pour prouver que le vendeur conserve une hypothéque spéciale sur la chose par lui vendue, dit que ces mots, *moyennant la somme*, veulent dire par un gerondif, *en payant*, ou par un ablatif absolu, *mediante solutione*, & partant que ces mots *important conditionem, vel saltem modum.*

De ce principe il résulte que celui qui vend *præsenti pecunia*, moyennant une telle somme, met une condition ou un mode à sa vente : *si je suis payé*, ou *pourvu que je sois payé.* Ainsi à défaut de payement la vente est censée n'avoir jamais été faite, & par conséquent elle ne peut produire aucun effet, ni aucuns droits seigneuriaux.

M. Lemaître, dans ses notes sur la coutume de Paris, tit. 2 des censives, pag. 101 sur la fin, dit que quand le vendeur rentre en son héritage en vertu d'un jugement, faute par l'acquéreur d'en avoir payé le prix, il ne doit point de droits, quoiqu'il n'y ait point de stipulation de rente, & faute de payement, il ajoute que l'acquéreur ne laisse pas d'être obligé de payer les droits de son acquisition, mais que l'héritage n'y est pas hypothéqué. La raison de sa décision est que le vendeur n'ayant aliéné qu'à la charge d'être payé, n'ayant eu intention de transférer le domaine de son héritage que sous cette condition, tout le droit de l'acquéreur s'anéantit lorsqu'il est évincé, faute de payement : de sorte que le contrat ne peut, ni ne doit préjudicier qu'à lui seul.

Quoique cette opinion soit la plus civile & la plus juridique, elle n'est pas la plus suivie.

La jurisprudence la plus universelle est que les droits sont dûs pour la vente, & que le vendeur qui rentre dans un héritage est obligé de les payer, s'ils n'ont pas été acquités par l'acheteur : sauf au vendeur son recours contre l'acheteur.

Il y a plus, au parlement de Dijon l'on juge que dans ce cas il est dû doubles droits. Quoique dans le contrat de vente il y ait une clause expresse, que l'acheteur ne pourra se dire maître ni propriétaire de l'héritage, qu'après en avoir payé le prix, nonobstant cette clause, le vendeur qui rentre dans son héritage faute de payement, doit les droits pour la résolution du contrat. Cela a été ainsi jugé par plusieurs arrêts de ce parlement, rapportés par M. Taisand, sur la coutume de Bourgogne, tit. des cens, ch. 11. art, 1. not. 13 à la fin. Il dit que cette jurisprudence est constante dans ce parlement.

Si l'intrépide du Moulin vivoit, il s'écrieroit sans doute. *Dura lex, stultum Arrestum.* Pour moi, qui ai plus de respect pour les arrêts, j'aime mieux suivre l'exemple des jurisconsultes Romains, qui avoient inventé plusieurs moyens pour éluder la peine des loix caducaires. Voici donc quelques moyens par lesquels je crois que l'on peut éviter de payer les droits en semblables cas.

1°. En apposant dans le contrat le pacte de la loi commissaire, *si intra certum tempus pretium non fuerit solutum, fundus inemptus erit.*

2°. En prenant par le vendeur des lettres de rescision contre le contrat de vente, fondé sur le dol ou sur la lésion d'outre moitié du juste prix.

3°. Pour ne payer du moins qu'un seul droit, en faisant ordonner la résolution du contrat de vente par un jugement ; car j'ai remarqué que tous les arrêts rapportés par M. Taisand, sont dans le cas de la résolution volontaire, & de la rétrocession faite par le vendeur à l'acheteur hors jugement, *plerumque litis contestatione conditio fit melior ;* les juges veulent que l'on respecte leur ouvrage.

Je pourrois bien encore proposer d'autres moyens, mais ils ne seroient pas du goût de ce tems : Il vaut mieux passer aux autres cas résolutaires, dont il n'a pas été parlé dans les précédentes observations.

Déguerpissement, délaissement.

J'ai dit dans mes premieres observations, que dans le cas de déguerpissement, il n'étoit dû qu'un seul droit. Cela est un peu trop court ; la matiere est assez fréquente pour mériter d'être expliquée un peu plus amplement. Cette matiere n'est pourtant pas si fréquente dans les pays de droit écrit, à cause du bénéfice de discussion, qui fait que l'on ne peut obliger un tiers acquereur à déguerpir, qu'après avoir discuté tous les biens du vendeur.

Comme cette matiere est purement du droit François, il faut avoir recours aux

BIU Cujas

coutumes ; & entre celles qui en parlent, il faut choiſir celle de Paris comme la plus noble & la mieux civiliſée. L'article 79 eſt conçû en ces termes : *Si l'acheteur d'un héritage eſt contraint de déguerpir & délaiſſer l'héritage pour les dettes de ſon vendeur, & en ce faiſant il ſe vend & adjuge par décret, à la pourſuite des créanciers, ledit acquéreur ſuccede au droit du ſeigneur pour avoir & prendre à ſon profit les ventes dudit decret telles qu'eût pris ledit ſeigneur, ou eſt au choix dudit ſeigneur de les prendre en rendant celles qu'il a reçues de l'acquiſition premiere.*

1°. Cet article employe les mots, *déguerpir* & *délaiſſer*, comme ſinonymes. Cependant il y a quelque difference. Le *déguerpiſſement* a lieu lorſque le preneur d'un héritage l'abandonne à cauſe des charges réelles & foncieres impoſées lors de la tradition du fond, & le rend au bailleur de l'héritage. Le *délaiſſement* ſe fait par l'acquéreur d'un héritage, quand il eſt pourſuivi par les créanciers du vendeur, pour ſe libérer des hypothéques des créanciers. Mais comme dans cette eſpece le déguerpiſſement & le délaiſement produiſent le même effet, il ſeroit inutile de s'arrêter à remarquer les differences qu'il y a entre le déguerpiſſement & le délaiſſement.

2°. L'article dit, *ſi l'acheteur eſt contraint de déguerpir*, c'eſt-à-dire, quand il eſt pourſuivi par les créanciers de ſon vendeur ; car s'il abandonnoit volontairement l'héritage ſans aucune pourſuite, il ne pourroit pas répeter les droits par lui payés.

3°. L'article dit, pour *les dettes de ſon vendeur* ; cela doit s'entendre des dettes que l'acquéreur a ignoré, ou dont il n'eſt pas chargé par ſon contrat ; car s'il a acquis à la charge de la rente, ou de payer une ſomme en l'acquit de ſon vendeur, il n'eſt pas en droit de répeter les lods & ventes par lui payés à cauſe de ſon acquiſition. Loiſeau, du déguerp. liv. 6, ch. 5 nomb. 2 & 23. Brodeau ſur cet article, nomb. 6 & 7 & ſur M. Louet, lett. R. ch. 2 nomb. 13. Ferrier, ſur le même article, nomb. 3. Dupleſſis, des cenſives, pag. 95.

4°. *Et en ce faiſant, il ſe vend & adjuge par décret à la pourſuite des créanciers. Quid juris*, ſi l'acquéreur abandonne volontairement l'héritage aux créanciers, qui s'en accommodent entr'eux, ſans le faire décreter : en ce cas l'acquéreur peut-il répeter les droits par lui payés ? Carondas & Brodeau ſur cet article, nomb. 16 & ſur M. Louet, lett. R. ch. 2 nomb. 12, ſoûtiennent qu'en ce cas il eſt dû doubles droits au ſeigneur, & qu'ainſi l'acquereur ne peut répeter ceux qu'il a payés. Richard ſur cet article, ſoutient le contraire. Il dit que l'article a parlé des décrets comme du cas le plus fréquent ; mais qu'il doit avoir lieu également lorſque les créanciers s'accommodent entr'eux des héritages déguerpis : Ferriere, ſur ce même art. dig. 1, nomb. 15, Dupleſſis, des cenſives, pag. 95 : Lemaître, ſur le même titre, pag. 102, ſont de l'avis de Ricard. M. Auzanet, en expliquant cet article, dit que le déguerpiſſement & le délaiſſement par hypothéque ne font point de mutation, & ne produiſent aucun droit pour les fiefs, ni pour les rotures : Si cette explication étoit reçue, elle retrancheroit bien des procès.

5°. Si l'acquéreur ne fait pas le déguerpiſſement, & qu'il ſouffre qu'il ſoit ſaiſi & vendu ſur lui : ſçavoir ſi en ce cas il peut répeter les droits par lui payés ? Les auteurs ſont fort partagés : Du Moulin, ſur le §. 22 nomb. 62, eſt d'avis qu'en ce cas il eſt dû doubles droits au ſeigneur, & qu'ainſi l'acquéreur ne peut pas répeter ceux par lui payés : mais dans le nombre ſuivant, il apporte pluſieurs limitations à ſa déciſion. 1°. Si le vendeur eſt inſolvable, en ſorte que l'acquéreur ne puiſſe avoir aucun recours contre lui. 2°. Si le ſeigneur eſt devenu plus riche. 3°. Si l'acquéreur a joui long-temps.

Brodeau, ſur cet article, nomb. 14, rejette toutes ces diſtinctions, & ſoutient qu'en ce cas il eſt dû doubles droits au ſeigneur, parce que la vente a été faite ſur le véritable propriétaire. Tronçon ſur ce même article, eſt de l'avis de Brodeau. Loiſeau, du déguerp. liv. 6 ch. 7, nomb. 20 eſt auſſi de cet avis ; mais c'eſt avec un doute raiſonnable : *Toutefois*, dit-il, *je laiſſe le lecteur en ſuſpens ſur cette difficulté qui n'eſt pas petite, pour ce que d'autre côté on peut dire que cette formalité omiſe, de n'avoir déguerpi l'héritage, ne doit priver l'acheteur évincé du privilége que lui donne notre coutume.*

Dupleſſis, des cenſives, pag. 95, parle avec la même circonſpection : *Quand l'acquéreur au lieu de déguerpir a ſouffert la condamnation hypothéquaire des dettes de ſon vendeur, pour leſquelles l'héritage a été enſuite décreté ſur lui-même ; & adjugé à un tiers, on tient que la diſpoſition de cet article n'a point de lieu, & que les droits de chaque vente ſont dûs. Il y a pluſieurs opinions contraires.*

Ferriere ſur ce même article, nomb. 12, ſoutient que dans ce cas le ſeigneur ne peut prétendre doubles droits, quoique le décret ſe faſſe ſur l'acquéreur, parce que ce n'eſt pas pour ſes dettes, & qu'il ſuffit que la vente ſoit faite pour les dettes du vendeur. Il me ſemble que ce ſentiment eſt le plus conforme à l'eſprit de la coutume, qui ne donne au

BIU Cujas

seigneur qu'un seul droit en semblable cas. Au surplus, cette difficulté ne peut avoir lieu que lorsque l'adjudication est faite à un tiers ; car quand elle est faite à l'acheteur même, il n'y a pas de doute qu'il ne doit pas doubles droits. Brodeau lui-même, nomb. 15 est de cet avis, parce que dans ce cas il n'y a point de changement de propriétaire, si ce n'est pour l'excédent du prix, au cas que le prix de l'adjudication excede celui de la premier acquisition. Dupleſſis *eodem* est de même sentiment.

6°. Le seigneur a le choix de prendre les droits de l'adjudication ou de retenir ceux de l'acquisition ; il se détermine ordinairement par l'utilité qu'il y trouve, mais l'art. ne détermine pas le tems qu'il a pour faire cette option : cependant il est incommode au premier acquéreur de demeurer longtems en suspens. Monsieur Auzanet dans la réformation de cet article par lui proposée, a mis ces mots : *Et sera tenu le seigneur faire l'option, quinzaine après la sommation faite à sa personne, ou au principal manoir de son fief, même avant l'adjudication, sinon déchû de plein droit sans autre procédeure, & l'acquéreur subrogé pour prendre les droits dûs à cause de l'adjudication, eu égard au prix d'icelle.*

7°. Si l'acquéreur n'a pas payé les droits ; sçavoir, si après le déguerpissement, le seigneur le peut contraindre de les payer. Les auteurs sont encore partagés : Du Moulin distingue si le vendeur est solvable ou non ; dans le premier cas, il veut que l'acquéreur soit tenu de payer, sauf son recours. D'Argentré sans aucune distinction soutient que l'acquéreur est dispensé de payer. Loyseau du déguerpissement, liv. 6 ch. 5, nomb. 6 & suivans réfute l'opinion de ces deux auteurs, & établit fortement que le seigneur peut obliger l'acquéreur de payer, nonobstant son déguerpissement. Brodeau sur cet art. nomb. 11 & 17, soutient au contraire qu'après le déguerpissement l'acquéreur ne peut être contraint de payer, & que le seigneur doit attendre la vente par decret. Tournet, Fortin, Ricard, Dupleſſis, le Maître & Ferriere sont du même sentiment, & telle est la jurisprudence des arrêts. Louet let. R. ch. 2.

8°. Les droits appartiennent au seigneur qui possedoit la terre, ou au fermier qui l'exploitoit lors de l'acquisition, & non à celui du tems de l'adjudication, quand même l'on choisiroit les droits dûs à cause de l'adjudication. Brodeau sur cet article 2 n. 12. Dupleſſis, des censives, pag. 95. Lemaître *eodem*, pag. 103. Néanmoins Ferriere sur ce même article, nomb. 8 & suivans, soutient qu'ils appartiennent au seigneur ou au fermier qui se trouve lors de l'adjudication.

9°. Dans le cas du déguerpissement universel, qui a lieu quand l'héritier benéficiaire, le donataire, ou légataire universel, les seigneurs, & autres de cette qualité abandonnent les biens : M. Charles Loyseau traite doctement cette question dans son traité du déguerpissement, liv. 6 chap. 9 dans le nomb. 9, il distingue entre les rotures & les fiefs ; dans le premier cas, il dit qu'il n'est rien dû qu'après le décret, mais dans le second cas, il établit que les droits sont dûs aussi-tôt après la prise de possession, & qu'un semblable successeur venant à déguerpir, ne peut répeter les droits par lui payés, parce qu'il les doit de son chef. Il ajoute qu'après la vente par décret des biens déguerpis, doubles droits sont dûs au seigneur ; je crois que ces deux propositions ne peuvent recevoir aucune difficulté : ainsi je me contenterai d'observer que dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, les lods sont dûs en semblable cas pour les héritages en roture, parce qu'il est dû un mi-lod à toute mutation ; & pour les fiefs il n'est rien dû, parce qu'ils sont simplement d'honneur, & n'emportent aucuns profits dans aucun cas.

Eviction.

J'ai dit dans mes premieres observations, qu'il en étoit de même de l'eviction que du déguerpissement : cela mérite d'être developpé.

Il faut distinguer avec M. Charles du Moulin §. 22 nomb. 62, 63 & 64, si l'éviction est faite par le véritable maître & propriétaire de l'héritage qui revendique son bien, ou si elle est causé par le fait du vendeur, à cause des poursuites des créanciers. Dans le premier cas non seulement le seigneur ne peut prétendre doubles droits, mais il est obligé de rendre ceux qu'il a perçûs pour raison de la premiere vente qui devient nulle & reputée comme non faite & non avenue ; *videlicet ex eo quod venditor non erat Dominus, & nullum jus transtulit in emptorem, qui nunquam factus est verus vassallus.*

Dans le second cas, les droits de la premiere vente son dûs, parce qu'elle a eu son effet, *venditio sortita est suum effectum, nec est verum quod fuerit resoluta per decretum, imò magis confirmata & approbata.*

M. Charles Loyseau dans son Traité du déguerpissement, liv. 6, ch. 7, nomb. 16 & 17 fait la même distinction & suit la même décision.

BIU Cujas

M. Charles du Moulin, dans le nomb. 64, à la fin, propoſe la queſtion, ſi le propriétaire, après avoir formé ſa demande en éviction, s'accomode avec l'acquéreur, moyennant une ſomme d'argent : Le ſeigneur peut-il prétendre de nouveaux droits ? Il diſtingue, ſi la choſe ſe fait par la voye de la tranſaction, ou de la vente. Dans le premier cas, il dit que le ſeigneur ne peut rien prétendre. Dans le ſecond cas, il dit que le ſeigneur eſt bien fondé à demander les droits de cette nouvelle vente, mais qu'il eſt obligé de tenir compte de ce qu'il a reçu pour la premiere vente, parce que ces deux ventes n'en compoſent qu'une ſeule : *an autem teneatur reſtituere, vel compenſare jura percepta ex primâ venditione : videretur quod non, quia non declaratur inefficax, niſi facto voluntario emptoris. Contrarium eſt dicendum, quia patronus, approbando ſecundam venditionem, quod eſt eo ipſo quod ex ea jura percepit, fatetur inefficaciam primæ venditionis contentam in ſecundâ, & ſuper quâ fundatur hæc ſecunda venditio.*

Tranſaction.

A ce ſujet, M. C. du Moulin, au même endroit, nomb. 67, examine ſi les tranſactions donnent ouverture aux droits ſeigneuriaux. Il diſtingue : ſi la tranſaction eſt faite ſur une conteſtation qui concerne la propriété de l'héritage, ou ſur des droits & hypothéques que l'on prétend deſſus. Dans le premier cas, il décide qu'il n'eſt rien dû, ſoit que le poſſeſſeur retienne l'héritage, ou qu'il le rende au demandeur ; car ſi le poſſeſſeur retient l'héritage, il n'y a point de mutation, *nullum dominium transfertur, nec novum jus, nec novus titulus in re acquiritur, ſed ſola liberatio controverſiæ, & ſic res nullo modo mutat manum, nec reſpectu poſſeſſionis, nec reſpectu dominii.* Il ajoute que cela a lieu, quand même dans la tranſlation il y auroit la clauſe ordinaire *cédant & transférant tous droits de propriété*, parce que cette clauſe n'opére rien ſans une véritable tradition, à moins que le ſeigneur ne veuille ſe charger de prouver que le cédant étoit le véritable propriétaire, *niſi velit in ſe aſſumere onus probandi, adverſarium fuiſſe dominum.*

Je crois qu'il faut dire la même choſe, quand dans la tranſaction il y auroit la clauſe de déveſtiture & inveſtiture, de ſaiſine & déſaiſine, parce que ces clauſes ſont de ſtyle, & qu'elles n'opérent pas une tradition réelle & actuelle. Quand le poſſeſſeur rend l'héritage au demandeur, le même auteur dit qu'il n'eſt rien dû, quoiqu'il y ait mutation & de l'argent déboursé, parce que le poſſeſſeur qui ſe déſiſte, n'étoit pas le véritable proprietaire ; & ſi le véritable maître, à qui l'héritage eſt reſtitué, donne de l'argent, c'eſt pour éviter un procès & acheter la paix ; à moins que le ſeigneur n'offre de prouver que c'eſt un procès ſimulé & une vente déguiſée ſous le nom de tranſaction, *etiamſi mediante pecuniâ tranſactum ſit, niſi probet vel litem fictam ad occultandam veram permutationem vel venditionem.* M. d'Argentré, ſur la cout. de Bretagne, art. 266, ch. 34, n. 6, & *de laud.* § 55, eſt du même ſentiment.

Dans le ſecond cas, quand la tranſaction ſe paſſe touchant les droits & actions que le demandeur prétend avoir ſur l'héritage ; le meme auteur dit que ſi le poſſeſſeur de l'héritage, pour en être déchargé, donne un fonds ou une maiſon, les droits ſont dûs pour ce fonds ou pour cette maiſon ; mais qu'il n'eſt rien dû pour l'héritage retenu. Dans cette eſpece, il n'y a point de difficulté ; mais ſi le poſſeſſeur, au lieu d'un fond ou d'une maiſon, donne de l'argent, ſera-t-il dû quelque choſe pour la ſomme bourſée ? Je ne le crois pas, parce que c'eſt une ſimple libération, *ſola liberatio controverſiæ ad redimendam vexationem.*

Mais la difficulté ſeroit bien plus grande, ſi l'argent étoit bourſé pour éteindre une rente impoſée ſur l'héritage. Il faut d'abord diſtinguer entre les rentes conſtituées & les rentes foncieres. A l'égard des premieres, le rachat d'une rente de cette qualité ne produit aucuns droits ſeigneuriaux. Cette rente ne conſtituoit qu'une ſimple hypothéque ſur l'héritage. A l'égard des ſecondes, il faut encore diſtinguer entre celles qui ſont rachetables, & celles qui ne ſont pas rachetables. Il faut porter le même jugement des rentes foncieres rachetables, que des rentes conſtituées : mais à l'égard des rentes foncieres non rachetables, la difficulté eſt plus grande, parce que, ſuivant l'art. 87 de la coutume de Paris, *de toutes rentes foncieres non rachetables, vendues à autres ou délaiſſées par rachat depuis le premier bail, ſont dûes ventes, tout ainſi que ſi l'héritage ou partie de celui étoit vendu.*

Je ne crois pourtant pas que la diſpoſition de cet article puiſſe être appliquée à l'eſpece dont il s'agit ; elle n'a lieu que lorſqu'il s'agit de la vente ou du rachat de la rente, & qu'il n'y a aucune conteſtation pour raiſon de cette rente ; mais quand le preneur de l'héritage, ou ſon héritier prétendent de bonne-foi avoir preſcrit la rente, ou qu'elle a été acquittée par quelqu'autre moyen, & qu'il y a un procès ſérieux ſur

BIU Cujas

ce ſujet, pour raiſon de quoi les parties tranſigent; quoique le poſſeſſeur de l'héritage donne de l'argent, & qu'au moyen des deniers déboursés il ſoit dit que la rente demeure éteinte, le ſeigneur ne peut prétendre aucun droit pour la ſomme déboursée, parce qu'elle n'eſt pas le prix du rachat, mais une ſimple libération du procès, *ſola liberatio controverſiæ.*

Il y a bien moins de difficulté quand le poſſeſſeur de l'héritage eſt un tier-acquéreur, qui a acquis ſans charge de la rente, car alors l'argent déboursé: certainement n'eſt pas le prix du rachat: Il n'eſt donné que pour éviter ou aſſoupir un procès, *litis redemptio.*

Tout ce qui vient d'être dit des tranſactions ſur procès peut s'appliquer au déguerpiſſement. Si le tier-acquéreur, qui eſt aſſigné pour payer ou déguerpir, donne de l'argent pour ſe libérer d'une ſemblable demande, il ne doit rien; parcequ'il n'y a point de mutation, & qu'il n'acquiert rien de nouveau. Cela peut auſſi être appliqué au ſupplément du juſte prix. Si le vendeur de l'héritage, qui a été léſé outre moitié du juſte prix, tranſige avec l'acquéreur ſur le ſupplément du juſte prix, il ne ſera rien dû pour la ſomme déboursée pour ce ſupplément, parce que ce n'eſt pas tant le prix du ſupplément que l'eſprit d'éviter un procès. C'eſt le ſentiment de M. Henrys, tom. 1, liv. 3, queſt. 29, ſur la fin.

Sentence.

M. Charles du Moulin, au même § 22, n. 68, dit qu'il faut porter le même jugement d'une ſentence que d'une tranſaction. Si l'acquéreur d'un héritage eſt évincé par un jugement, non-ſeulement le ſeigneur ne peut prétendre qu'il lui ſoit dû des droits par celui qui a gagné ſa cauſe, mais il eſt obligé de rendre les droits par lui reçus de celui qui eſt évincé. Cet auteur diſtingue entre les jugemens volontaires & les contradictoires. A l'égard des premiers, il dit que le ſeigneur, ſans avoir beſoin de recourir au remede de l'appel, peut oppoſer la colluſion, & prouver la fraude de la même maniere que dans une tranſaction; mais ſi le jugement eſt contradictoire, le ſeigneur n'eſt pas recevable à le combattre ni à prétendre aucuns droits de la part de celui qui l'a obtenu, ni même pour les mutations procédantes du fait de celui qui eſt évincé, ou de celui qui lui a vendu, parce qu'elles ont été faites par des perſonnes qui n'étoient pas propriétaires.

Je n'ai point parlé dans mes obſervations d'un cas qui arrive ſouvent, & ſur lequel j'ai été conſulté depuis peu. Un particulier voulant acquérir un fief, ſur lequel il y avoit un grand bois taillis prêt à couper, achete d'abord la coupe du bois taillis un prix aſſez conſidérable. Quelques tems après, il achete le fief à bon marché, par un contrat ſéparé. Le ſeigneur demande les droits ſeigneuriaux du prix des deux contrats. J'ai répondu en faveur du ſeigneur. Depuis j'ai trouvé la queſtion traitée par M. Charles du Moulin, en deux endroits ſur la coutume de Paris, ſur le § 13, nomb. 80 & 81; il traite la queſtion par rapport au retrait féodal. Dans le premier nombre il dit, que ſi le fief a été vendu à la veille de la récolte des fruits, & que le vendeur ait mis un prix ſéparé aux fruits, le ſeigneur, en rétrayant le fief, ne peut pas rétraire les fruits. Dans le nombre ſuivant, il met une exception à ſa déciſion: ſi la vente des fruits a été faite en fraude du ſeigneur. *Hanc deciſionem limito, niſi appareat de fraude commentitia in præjudicium patroni ad reddendum jus ſuum retractûs inutile.*

Sur le § 55, gl. 1, nomb. 12, il décide qu'il n'eſt dû aucuns droits pour la vente des fruits, ſi ce n'eſt qu'elle ne ſoit faite en fraude pour diminuer les lods: *ſublimito, ſi hoc fiat in fraudem laudimiorum imminentis venditionis rei ipſius cenſualis, ut quando præmeditatâ venditione rei eidem vel perſonæ interpoſitæ, venditæ vel vendendæ venduntur fructus pendentes vel uſusfructus ſeparato pretio.*

Il eſt évident que ces ſortes de ventes ſe font ordinairement en fraude des droits ſeigneuriaux. Je crois pourtant qu'il faut diſtinguer: s'il y a un long intevalle entre la vente des fruits & la vente du fonds. Cette exception reçoit une limitation à l'égard de la vente des bois. 1°. A l'égrad des bois de haute futaye, qui font la meilleure partie du prix du fonds. *Idem*, des bois taillis, dans les pays où on ne les coupe que lorſqu'ils ſont gros & grands.

DU

BIU Cujas

DU DROIT D'ALLUVION.

QUESTION SOIXANTE-QUATORZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les fleuves comparés à la fortune, qui donne aux uns & ôte aux autres.*
2. *La véritable alluvion eſt* incrementum latens.
3. *Quand le changement ſe fait* vi fluminis, *il n'eſt pas juſte de l'ôter au propriétaire pour le donner à un autre.*
4. *Le droit Romain diſtingue entre les héritages limités & les autres.*
5. *A préſent les fonds ayant été donnés par les ſeigneurs limités, le droit d'alluvion ne peut pas avoir lieu.*
9. *Les accroiſſemens qui arrivent par le moyen des fleuves, appartiennent au ſeigneur haut-juſticier.*
7. *Il faut excepter les accroiſſemens qui arrivent dans les fleuves navigables.*
8. *En Forêts la riviere de Loire n'eſt pas navigable.*
9. *Opinion de du Moulin ſur cette queſtion, il donne le droit d'alluvion au ſeigneur cenſier.*
10. *Sentence du bailliage de Montbriſon, qui juge que les accroiſſemens faits par la riviere de Loire, appartiennent au ſeigneur.*
11. *Arrêt confirmatif.*
12. *Opinion de du Moulin, réfutée par M. du Perrier, qui a le goût fin.*

QUESTION LXXIV.

De l'alluvion & du droit que les fleuves donnent aux ſeigneurs hauts-juſticiers, en changeant de cours.

1 LEs fleuves, comme la fortune, ôtent & donnent, étendent nos héritages, ou les retranchent. Le poëte Lucain l'a dit en ces termes, parlant du Pô:

His rura colonis
Accedunt, donante Pado.

Mais plus expreſſément le juriſconſulte, *in l.* 30, § 3, *de acquirendo rerum dominio*, aſſure que *flumina cenſitorum vice funguntur, quia ut ex privato in publicum addicunt, ita ex publico in privatum.* Ce que *Caſſiodorus* 3, *variarum* ſemble avoir voulu renverſer, lorſqu'il dit que *Agri menſor more vaſtiſſimi fluvii aliis ſpatium tollit, aliis terram concedit.*

Quand cela arrive par une véritable alluvion,
2 *quæ eſt incrementum latens*, le fondement en eſt juſte, puiſqu'il ſe fait inſenſiblement, & par un long tems, & que c'eſt en haîne d'une négligence trop grande de réparer le fonds que l'eau mine peu-à-peu.

Mais quand c'eſt par un ravage ſoudain, par
3 un débordement qu'on n'a pû prévoir, & moins empêcher, en un mot, *vi fluminis*, il ſemble rude qu'il ôte le bien à un particulier, pour le donner à un autre, ou bien au public.

Par le droit romain, une riviere quittant ſon lit ancien, pour en occuper un autre, celui qu'elle laiſſoit devoit appartenir aux propriétaires des fonds contigus, & la place occupée, & qui ſert de nouveau lit, devenoit publique.

C'eſt ainſi que le juriſconſulte le décide *in l. adeo*, § 5, *ff. de acquirendo rerum dominio*, ce que Juſtinien a emprunté mot-à-mot & autoriſé au § 23, *Inſtitutionib. de rerum diviſione.* C'eſt parce que *fundus fundo accreſcit ſicut portio portioni*, ainſi qu'argumente le juriſconſulte *in l.* 33, *ff. de uſufructu.*

Il faut pourtant obſerver, que par le même droit romain, *in agris limitatis jus alluvionis locum non habet*, ſuivant la loi 16, *ff. de acquirendo rerum dominio*, ſur laquelle Automne a dit que *les accroiſſemens qu'un fleuve pouvoit donner, appartenoient au fiſque*, ce qu'il faut entendre au cas de la même loi, c'eſt-à-dire, que l'héritage fût limité, & ne pût paſſer ſa limitation. 4

En conſéquence de quoi, nous pouvons dire que les fonds que le ſeigneur a baillés à titre de fief ou de cens, étant limités, ayant leur contenue réglée & leurs confins certains, le droit d'alluvion n'y peut pas avoir lieu; & par conſéquent, que l'accroiſſement qu'elle cauſe tout à-coup & par un changement ſubit, doit appartenir au ſeigneur, comme un fond herme & vacant, & comme une eſpece d'eſpave. 5

Par cette même raiſon, établie ſur la force de la limitation, *Peregrinus*, au traité qu'il a fait *de jure fiſci, lib.* 8, *num.* 77, tient qu'un fleuve changeant de cours, cela ne doit point changer les confins des territoires, ni des paroiſſes, lorſqu'elles ſont limitées: nous en douterions, lorſque le fleuve même a été donné pour limite.

Or, comme à préſent tous les héritages que les ſeigneurs peuvent avoir baillés à titre de fief ou de cens ſont limités, (*teſte Menochio, in conſilio* 201:) auſſi tout ce qui leur pourroit autrement accroître & augmenter leur contenue, doit appartenir au prince ou au ſeigneur, *cùm in nullius bonis ſit;* & ainſi le tient Coquille, en la ſeptieme de ſes queſtions.

Mais parce que le ſeigneur haut-juſticier eſt au lieu du prince, & le repréſente par l'inveſtiture & juriſdiction qui lui a été concédée de tout un 6
territoire, lequel il tient à titre de fief: auſſi s'enſuit-il que tous les accroiſſemens qui ſurvien-

BIU Cujas

nent, se joignent au fief, s'unissent à lui, & en font une partie, & partant, qu'ils appartiennent au même seigneur, par le même droit & de la même sorte que le fief, suivant le § *si quis de manso*, & *cap. 1 si de investitura feudalium fuerit controversia.*

7 Il en faut pourtant excepter les fleuves publics & navigables : car comme ils appartiennent au roi, *jure speciali*, aussi sont-ils censés réservés, si le roi, en concédant la justice d'un territoire, n'a concédé *quæ sunt regalia. Cap. 1, quæ sint regalia.* Mais hors ces fleuves navigables, les seigneurs haut-justiciers sont en possession de semblables droits; & ainsi le tient Bacquet, au ch. 30 des droits de justice, & après lui, M. le Bret, en son traité de la souveraineté de nos rois,

8 Mais comme en nos questions précédentes, nous avons rapporté avoir été jugé par arrêt, que le fleuve de Loire, dans l'étendue de cette province, n'est pas navigable, & qu'il ne commence d'être tel qu'au lieu de Rouane : aussi il faut tenir que les accroissemens que ce fleuve peut causer en quittant son lit & changeant de cours, appartiennent au seigneur haut-justicier, qui a sa justice étendue jusqu'au bord ou milieu de la Loire.

9 M. Charles du Moulin, sur le § 1 du titre des fiefs de la coutume de Paris, gloſe 5, *in verbo, le fief*, traite la question, & distingue *inter incrementum latens & apparens*, entre celui qui se fait insensiblement & inperceptiblement, & celui qui arrive tout-à-coup par une force majeure; & néanmoins il semble tenir que l'un & l'autre accroît & s'unit au fonds contigu.

Que cette alluvion inopinée nous en donne le droit de la même sorte que cet héritage nous appartient, c'est-à-dire, quant au propriétaire, *quoad dominium utile*, & quant au seigneur direct, *quoad dominium directum.*

Mais après il s'attache à la distinction que nous avons déjà faite *inter agrum limitatum & non limitatum.* Sur quoi il faut remarquer qu'après qu'il a défini *agrum limitatum, qui sub certa limitatione & taxatione mensuræ conceſſus fuit*, il estime pourtant que cette limitation doit être plutôt établie en la contenue qu'aux confins.

Qu'encore qu'un héritage *certis limitibus designatus fuerit*, il n'est pas pour cela censé limité; *sed tunc demum quando est certis finibus & mensura taxatus, ita ut appareat, quid & quantum conceſſum sit, ut totum reſiduum sit concedentis, tanquam à concedente reservatum.* De sorte que selon ce célèbre auteur, ce n'est pas *simplex disposition terminorum, sed taxatio mensuræ præcisè facta, vel conceſſio incipiens non à corpore fundi, sed à certa mensura, quæ facit fundum esse limitatum.*

Il ajoute que c'est la même chose, quand, sans parler de la contenue, on a mis un confin immuable, comme la rive d'un fleuve. Mais comme il se peut retirer & changer de cours, aussi la conceſsion en ce cas auroit la même étendue, & il auroit droit de suite.

Quoi qu'il en soit, si le même du Moulin reconnoît que cet accroissement n'est pas au profit du propriétaire, qui n'a que le domaine utile; il ne le donne pas pourtant au seigneur haut-justicier, mais l'attribue plutôt, sur la fin de ce traité, au seigneur direct : en quoi il n'est pas suivi, & l'usage est contraire en faveur de la justice, & non pas de la directe,

Aussi M. le président de Némond, en son arrêt de l'ambre gris, prononcé en robes rouges au parlement de Bordeaux, l'en a repris; & c'est sans doute qu'en cela le seigneur haut-justicier est préférable au seigneur direct, ainsi que le tient *Franciscus de Tunduti, cap. 71 resolutionum civilium*, où il dit qu'il fut ainsi jugé au sénat d'Avignon.

Pour de la these descendre à l'hypothese, il y a environ trente ans que la riviere de Loire ayant changé de cours du côté de la terre & seigneurie de Nervieu, & ayant, par ce moyen, laissé un grand espace vuide, & dans icelui des graviers & de bons fonds, qu'en ce pays on appelle *Chambons*, propres à semer chanvre & froment, le seigneur d'Albon, seigneur dudit Nervieu, s'en saisit comme fonds vacans biens abandonnés, *quæ in bonis nullius erant.*

A quoi s'opposa la demoiselle de la Chal, femme du sieur Chamarroux, prétendant qu'elle pouvoit, ou suivre ses héritages, ou s'en remplacer sur ceux que la riviere avoit laissés. Mais ayant été déboutée de sa prétention par sentence du bailli de Forêts, & en ayant appellé, ne se trouvant pas bien fondée, elle fut obligée de donner les mains, & d'acquiescer au juge.

Extrait des registres du bailliage de Forêts.

Entre damoiselle Antoinette de la Chal, 10
femme autorisée de Pierre de Chamarroux, écuyer, demandereſse en lettres du 5 mai 1597, d'une part, & Messire Guillaume d'Albon, chevalier de l'ordre du roi, seigneur de Chazeul, Sugny, Nervieu & Grezieu, ayant pris en main pour Antoinette Rambaud, Antoine Chary, & encore défendeur & opposant, d'autre part. Vû par nous Hugues Ravachol, conseiller du roi, lieutenant particulier, civil & criminel audit bailliage & ressort de Forêts, les lettres de garde, par lesquelles ladite de la Chal auroit requis d'être maintenue & gardée en la possession, saisine & jouissance de certaines terres Chambons, appellées les Vorsées de Malleſsard, situées en la paroisse de Barbigny, & partie, à présent, en celle de Nervieu, joignant la riviere de Loire, comme en ayant toujours joui pleinement & paisiblement, prétendant la face, superficie & forme desdits lieux être toujours demeurées en son entier, avec les arbres & marques anciennes, sans aucune altération ni changement, quelques cours ou ravages d'eau que ladite riviere prochaine ait pû apporter : Exploit & signification desdites lettres du 17 dudit mois de mai & an, fait ausdits Rambaud & Chary, avec assignation à eux baillée, & à tous opposans & prétendans, signé, Charbonieres : Procuration dudit défendeur du 9 septembre audit an : Autre procuration desdits Chamarroux & la Chal mariée, du 8 août audit an : Les défenses, premieres & secondes additions, & avertissement en droit desdites parties : Notre sentence interlocutoire, par laquelle auroit été ordonné, avant faire droit diffinitivement auxdites parties, que descente & vûe des lieux, des choses contentieuses seroit faite par nous; à ces fins, que lesdites parties conviendront de deux prud'hommes, chacune d'icelles seroient iceux présentés sur les lieux contentieux au jour assigné, & par faute d'en convenir dans ledit tems, en seroit par nous pris d'office, pour, ce fait & rapporté, être fait droit ausdites parties, ainsi que de raison, dépens réservés, du 17 avril 1600 : Notre procès-verbal de descente & vûe desdits lieux, du 15 mai, signé Lizent : Autres contrats de louages passés par ledit seigneur aux y dénommés, des pâturages en la terre gravier, & pâturages appellés dessus les sables dudit Regui en la paroisse de Barbigny, du 13 avril 1617, 22 & dernier mars 1622, 25 mars 1630, 23. 1632, aux fins de montrer que la propriété des

BIU Cujas

Chambons de ſable appartient à ladite demoiſelle, & que leſdits Chambons aboutiſſent auſſi à ladite riviere de Loire : Extrait de ſept reconnoiſſances faites par Jean Thivoles, Antoine & Jean Braſſon, Antoine Carie, André Robert, Jean Faves, Philibert Robe, & Louiſe Roſſet, emphitéotes dudit Nervieu, du 29 janvier, 4 février & 1 mars 1484, & 23 ſeptembre 1590, 2 novembre 1527, 8 avril 1529, aux fins de montrer que leurs fonds joutent ladite riviere de Loire, & qu'entre deux paſſoit aucunes fois une branche de la riviere dudit Loire, & que le gravier de ladite riviere, du côté dudit Nervieu, ſouloit être autrefois pré, & depuis enlevé par ladite riviere : Autre contrat de vente de noble Jean de Rigny, ſieur de la Chal, paſſé au profit de Pierre Peitre, d'une ſéterée de terre chambonalle, du 28 juillet 1524, ſigné Pitard, Balment : Autre contrat de vente de chambon de 24 cartonnées, tant chambon que gravier, paſſé par Antoine Amaret audit de Rigny, du 7 novembre 1513 : Les contredits deſdites parties, & tout ce qui faiſoit à voir & conſidérer en conſeil avec nos aſſeſſeurs ſouſſignés.

IL EST DIT, qu'à bonne & juſte cauſe ledit ſieur d'Albon s'eſt oppoſé auſdites lettres de garde pour le regard des fonds ſis au-dedans des terres de Nervieu, & aboutiſſans à ladite riviere de Loire, de matin, & prétendues par ladite de la Chal : De l'effet & entérinement deſquelles lettres, eſt ladite de la Chal déboutée, & ledit ſieur d'Albon maintenu & gardé en la poſſeſſion, ſaiſine & jouiſſance deſdits fonds dont eſt queſtion, étant au-dedans de ladite terre de Nervieu, qui joutent (1) ladite riviere de matin, avec défenſes qui ſont faites à ladite de la Chal de troubler ni empêcher ledit ſeigneur d'Albon, ou autre ayant droit de lui, à peine de cinquante écus d'amende ; & eſt en outre ladite demandereſſe condamnée ès dépens de l'inſtance, la taxe d'iceux à nous réſervée. Ravachot, lieutenant particulier ; Chirat, aſſeſſeur ; André, aſſeſſeur ; Paſcal, aſſeſſeur ; Bonaſital, aſſeſſeur.

Prononcée la ſuſdite ſentence à maître Claude Paſculot, procureur dndit ſieur d'Albon, qui a requis acte ; & à maître Denis Daveyre, procureur de ladite de la Chal, qui a proteſté d'appeller du tout : Octroyé acte le 17 octobre 1600. Signé, DU MEYNE, Greffier.

Extrait des regiſtres du parlement.

ENTRE damoiſelle Antoinette de la Chal, femme de Pierre de Chamarroux, écuyer, ſieur de 11
la Chal, appellante d'une ſentence donnée par le bailli de Forêts ou ſon lieutenant, le 17 octobre 1600 ; & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'une part ; & meſſire Guillaume d'Albon, chevalier de l'ordre du roi, ſieur de Chazeul, intimé, d'autre parr ; Appointé eſt, ouï ſur ce le procureur général du roi, que l'appellation à laquelle n'a été procédé que par préſentation, ſera miſe au néant, ſans amende. Ordonne la cour que ladite ſentence & ce dont a été appellé, ſortira ſon plein & entier effet, l'appellant condamné ès dépens de la cauſe d'appel, & de ce qui s'en eſt ſuivi, tels que de raiſon, qui ſeront taxés ſans nouvel voyage. Fait en parlement le trentiéme mars mil ſix cent un. Signé, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

Du droit d'alluvion.

DANS cette queſtion l'auteur parle de l'alluvion. Il diſtingue 1°. entre l'alluvion qui ſe fait imperceptiblement, que l'on appelle en droit *incrementum latens*, d'avec celle qui eſt apparente, & qui ſe fait avec un débordement ; ce qui arrive ſouvent dans les pays de Forêts & de Bourbonnois, où la riviere de loire change ſouvent de lit, & entraîne frequemment les terres.

Dans le premier cas, l'auteur eſtime, que l'alluvion appartient au propriétaire de l'héritage ; & dans le ſecond cas, au ſeigneur haut juſticier du lieu.

La ſentence & l'arrêt rapportés par l'auteur, n'ont pas jugé cette queſtion ; car il s'agiſſoit d'un héritage délaiſſé par la riviere en changeant de lit ; il fut jugé que cet héritage devoit appartenir au ſeigneur.

Suivant les principes du droit, l'héritage doit appartenir aux propriétaires des héritages voiſins, à proportion de la proximité & de l'étendue des héritages les plus voiſins, ainſi que cela eſt nettement décidé dans le § 23 aux Inſtitutes, *de rer. diviſ. & leg. 7 § 5 ff. de acq. rer. domin.*

2°. L'auteur diſtingue entre les héritages limités, & ceux qui ne le ſont pas : Il dit que tous les héritages ayant été donnés par les ſeigneurs avec des confins certains & des contenues réglées, l'alluvion doit appartenir au ſeigneur ; ce qu'il faut entendre de l'alluvion apparente.

M. Charles du Moulin, dans ſon traité des fiefs, § 1, gl. 5, nomb. 115, juſqu'au 123, traite la queſtion. Dans le nombre 120 & 121, il conclut, en diſant que le droit 12
d'alluvion n'eſt point reçu dans les héritages limités de quelque maniere que procéde la limitation, ſoit par la quantité de la meſure, ſoit par des bornes immuables ; *& hoc eſt generale, quòd in omnibus diſpoſitionibus limitatis ceſſat & prohibetur jus accreſcendi.* En ce cas il ſoutient que l'alluvion de quelque maniere qu'elle ſe faſſe, appartient au ſeigneur direct ; & cela eſt réfuté par notre auteur, qui dit que l'uſage eſt contraire, & que ce droit ſuit la juſtice, & non pas la directe, ce qui eſt certain.

Mais il eſt refuté bien plus fortement par M. Duperier, dans ſes queſtions notables du droit, liv. 2, queſtion 3, où il montre par des raiſon très-ſolides, que la diſtinction du droit entre les champs limités & les autres, n'avoit lieu que pour les ſoldats, à

(1) Ce mot vient du Latin, *juxta* ; c'eſt-à-dire, *joignant.*

BIU Cujas

qui on les distribuoit pour récompense après la conquête d'une province; & qu'ainsi cette distinction ne peut point convenir aux bornes de nos héritages. Il réfute pareillement la distinction des héritages mesurés & bornés par des confins immuables : cet auteur a le goût très-fin, *emunctæ naris*.

Notre auteur dans la question 49 de la suite de ce livre a parlé de la qualité du fleuve de la Loire dans le pays de Forêts, *ubi vide*.

DES LODS EN MATIERE D'ÉCHANGE,

D'une rente avec un héritage.

QUESTION SOIXANTE-QUINZIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Quand le débiteur d'une rente donne un héritage en payement d'icelle, les lods sont dûs.*
2. *Opinion de du Moulin sur cette question.*
3. *Opinion de d'Argentré sur la même question.*
4. *Opinion de l'auteur, qu'en ce cas les lods sont dûs.*
5. *Cette question est à présent inutile.*
6. *La matiere des droits seigneuriaux est très-importante & difficile dans les pays de droit écrit.*

Antichrèse.

7. *Définition de l'antichrèse dans le droit.*
8. *Dans les pays de droit écrit, c'est une espece de mise en possession.*
9. *Tous les contrats qui ne transférent pas la propriété, ne produisent point de lods.*
10. *L'antichrèse n'étant qu'un simple engagement, ne peut donner ouverture aux lods.*
11. *Premiere exception, quand il y a de la fraude.*
12. *Deuxiéme exception, quand l'antichrèse excéde dix ans.*
13. *Troisiéme exception, quand le créancier a joui plus de dix ans.*
14. *Quatriéme, il n'est pas permis de proroger de remise de l'antichrèse.*
15. *Arrêt du parlement de Toulouse, du 5 mai 1665, qui l'a ainsi jugé.*
16. *Arrêt du parlement de Paris, du 12 mai 1703, qui l'a jugé de même.*
17. *La femme qui jouit des biens de son mari par antichrèse pour le payement de son augment, ne doit rien.*
18. *Quand la femme jouit par antichrèse pour le payement de sa dot, elle ne doit rien pendant la vie de son mari.*
19. *Explication des arrêts, par lesquels l'on prétend qu'il a été jugé, que les lods sont dûs pour les adjudications, par forme d'antichrèse faites aux femmes.*
20. *Quand celui qui jouit par antichrèse dispose des biens, il doit les lods.*
21. *Quand l'antichrèse est frauduleuse, les lods appartiennent au fermier qui étoit au tems du contrat.*
22. *Hors les exceptions ci-dessus, la femme qui jouit par antichrèse ne doit rien.*
23. *La femme qui jouit par antichrèse pour le payement de son augment, ne doit rien pour sa portion virile.*
24. *Conclusion qui tend à dire que la femme qui jouit des biens de son mari par antichrèse, ne doit rien dans aucun cas.*
25. *Expédient pour éviter les lods en semblable cas.*
26. *Quand la femme prend en payement les héritages acquis de ses deniers dotaux, elle ne doit point de lods.*
27. *Exemple tiré de la communauté.*

Mi-lods.

28. *La matiere des mi-lods n'est pas encore bien débrouillée.*
29. *Dans les provinces du Lyonnois & du Forêts, les mi-lods sont dûs à toutes mutations en collatérale.*
30. *Premiere exception entre freres & sœurs, quand l'un décede avant le partage.*
31. Idem. *Quand après le décès de l'un des freres, le partage est cassé.*
32. Idem. *Quand le partage est fait entre*

BIU Cujas

mineurs.

33. *Deuxiéme exception, en cas de renonciation par l'un des enfans.*

34. *Troiſiéme exception, quand l'un des freres céde ſa portion héréditaire à un autre.*

Antichrèſe. Mi-lod.

35. *Régulierement les mi-lods ne ſont pas dûs en ligne directe.*

36. *Les arrêts ont jugé, que ces mots,* cum recognitionibus, *qui ſe trouvent dans les anciens terriers, emportent un mi-lod.*

37. *Les parlemens de Toulouſe & de Bordeaux ont fixé le droit d'acapte au double cens.*

38. *Le parlement de Paris a fixé le milod en direct au douziéme denier de la valeur des héritages.*

39. *Dans les coutumes où il eſt dû des droits à toutes mutations, il n'eſt rien dû pour les mutations qui arrivent de la part des ſeigneurs.*

40. *M. d'Olive dit, qu'au parlement de Toulouſe, le droit d'acapte n'eſt point dû par la mutation des ſeigneurs.*

41. *M. Catelan rapporte des arrêts contraires.*

42. *Le parlement de Paris juge que le mot de* reconnoiſſance de pere à fils, *emporte mi-lods à toutes mutations des emphitéotes & des ſeigneurs.*

43. *Dans la coutume d'Orléans, le droit de* relevoiſons à plaiſir, *n'eſt pas dû par la mutation des ſeigneurs.*

44. *Les mi-lods ne ſont pas dûs, quand le ſeigneur vend ſa terre.*

45. *Ils ne ſont pas dûs non plus quand il en diſpoſe par donation entre-vifs en ligne directe.*

46. Idem. *En collatérale.*

47. *Ce droit n'eſt dû pour les mutations de la part des ſeigneurs, que par la mort naturelle, & non par la mort civile.*

48. *Ce droit eſt dû pour la mutation des emphitéotes, quand le pere donne tous ſes biens à ſon fils.*

49. *Il n'eſt rien dû pour les donations particulieres, faites par le pere à ſon fils, en faveur de mariage.*

50. *Cela ſe juge ainſi au parlement de Toulouſe.*

51. *A l'égard des autres donations, le droit eſt dû, mais ſeulement après la mort du pere.*

52. *Cela a été ainſi jugé dans la coutume d'Orléans.*

53. *La coutume de Blois l'a décidé ainſi.*

54. *S'il arrive pluſieurs mutations dans une année, il ne ſera dû qu'un ſeul droit.*

55. *Eloge de du Moulin & de Pontanus.*

56. *Critique des coutumes.*

57. *Le parlement de Toulouſe juge, que pour pluſieurs mutations arrivées dans la même année, il n'eſt dû qu'un ſeul droit d'acapte.*

58. *Le parlement de Bordeaux juge qu'il n'eſt dû qu'un ſeul droit d'acapte, pour toutes les mutations qui arrivent en dix ans.*

59. *Il n'eſt dû qu'un droit de mi-lods pour les diſpoſitions faites aux étrangers.*

60. *Il n'eſt rien dû pour les diſpoſitions univerſelles ou particulieres, faites au profit des pauvres.*

61. *Il n'eſt rien dû non plus pour les diſpoſitions faites pour le bien des égliſes paroiſſiales, ou pour l'utilité publique.*

QUESTION LXXV.

Si le débiteur d'une rente conſtituée, baillant ſon héritage en échange d'icelle, & pour en demeurer quitte, le lod en eſt dû.

1 CETTE difficulté nous a été propoſée en la coutume d'Auvergne, laquelle, en l'article 12 du titre 16, porte, *qu'en faiſant contrat de permutation, ſi l'on baille en contr'échange fonds ou rente, aucun lod n'en eſt dû, pourvu que ce ſoit une rente certaine & bien établie, & à condition*, porte l'article ſuivant, *qu'elle ne ſoit rachetée qu'après trois ans.*

C'eſt ce qui fait naître plus de doute, parce qu'il ſemble que cette coutume exempte indéfiniment du lod, tout échange de rente avec heritage, ſi ce n'eſt qu'elle fût rachetée auſſi-tôt après, ou dans les trois ans.

Et nous croyons avoir dit ailleurs, que quand même, lors de l'échange ou peu de tems auparavant, l'un des permutans auroit créé la rente, le lod n'en ſeroit pas dû. En toute autre coutume, ou en pays de droit écrit, la déciſion en ſeroit plus aiſée.

Nous ſuppoſerons donc en premier lieu, qu'aux autres coutumes, on a diſputé, ſi le créancier d'une rente que doit un tiers, l'échangeant avec un héritage, le lod en eſt dû.

BIU Cujas

2 Quoique M. Charles du Moulin, en plusieurs endroits, ait tenu que les rentes constituées, bien que rachetables par leur nature ou par la convention, tiennent lieu d'immeubles, & soient censées choses immobiliaires, néanmoins *sibi parùm constans hac in re*, il n'a pas laissé de tenir que le lod en étoit dû.

C'est sur le titre premier de l'ancienne coutume de Paris, au § 20, gl. 5, parce que, dit-il, *quando res datur certo pretio, æstimata recidit in dationem tanti pretii, & sic in veram & effectualem emptionem.* Le même, au § 33 de la gl. 2, résout que *quando reditus est redimibilis*, & qu'il est baillé en échange d'un héritage, cet héritage est censé vendu, *quia reditus redimibilis nihil aliud est quam res vel invito domino vendibilis pro certo ad hoc æstimato pretio*; & par conséquent, que cela équipolle à ce qu'on donneroit en argent comptant.

Ce que le même auteur confirme sur le titre 2 de la même coutume de Paris, § 83, gl. 1, n. 83, ainsi que nous dirons ci-après.

3 Quoique d'Argentré, sur l'art. 61 de la coutume de Bretagne, ait en cela suivi du Moulin, il s'en est depuis rétracté au chapitre 49 *de permutatione*, en son traité *de laudimiis*. Après avoir agité la question *in utramque partem*, il conclut que la rente, quoique rachetable, étant réputée immeuble, le lod est dû de l'échange qu'on en fait avec un héritage.

Il dit bien que la rente étant rachetable, il semble que par le moyen de cette faculté, la somme que cette rente représente soit intervenue au contrat, d'autant que la même faculté de racheter, représentant le sort principal, c'est comme s'il avoit été baillé pour le fonds & pour le prix d'icelui : D'où l'on peut inférer que ce contrat se termine & se réduit *in emptionem*, à cause que c'est la même chose, qu'on baille de l'argent ou ce qui le représente.

Mais répondant à ces raisons, cet auteur soutient au contraire, que comme toujours la puissance ne se réduit pas en acte, il ne s'ensuit pas aussi qu'on rachete tout ce qui peut être racheté, ni qu'une rente, pour être rachetable, puisse être censée rachetée : Il suffit qu'il puisse arriver qu'elle ne sera pas rachetée, que non-seulement le tems, mais l'événement même en soit incertain ; & par conséquent, que sur le doute, si le rachat s'en fera, ou non, il la faille considérer comme si elle ne le devoit pas être ; c'est parce que le rachat ne se faisant pas actuellement, l'état présent sert de régle ; c'est lui qu'il faut regarder, & ainsi sans considérer un état contingent & incertain, ni ce qui peut arriver, on peut dire que cette rente, en l'état qu'elle est, est perpétuelle, & tient lieu d'immeuble, par argument de la loi *sufficit*, *ff. de condictione indebiti.*

Comme ce sentiment est le mieux fondé, aussi d'Argentré assure qu'il a été suivi plutôt que celui de du Moulin, mais l'un & l'autre se trouvent d'accord sur notre question. Car du Moulin, sur le titre 2, § 83, gl. 1, après avoir établi & distingué quatre cas, il présuppose au premier cas que le créancier de la rente baille au débiteur d'icelle un fonds en échange, & tient que c'est *vera datio in solutum : quia dans fundum se redimit & se liberat, & sic in effectualem venditionem res recidit.*

Et pareillement d'Argentré, après avoir déterminé que quand la rente qu'on baille en échange est dûe par un tiers, quoique rachetable, il n'en est point dû de lods, limite là son opinion, & tient que quand c'est le débiteur même de la rente qui baille un fonds pour se libérer de ladite rente, *est vera datio in solutum quæ æquipollet venditioni*, & partant, que le lod en est dû.

Que si en matiere d'échange *de fundo ad fundum*, il faut que ce soit *de fundo inæstimato*, parce que *æstimatio* établit le prix, & *facit venditionem* ; on peut bien dire même la chose & avec bien plus de raison en la question proposée, la rente qu'on baille portant elle-même son estimation & son prix certain.

Aussi, c'est en ce cas que les raisons de du Moulin se doivent appliquer ; & l'on ne peut pas dire que la chose dépende d'un événement incertain, puisque dès-lors le débiteur, en se libérant, est censé racheter la rente : Comme on dit en droit, qu'en plusieurs rencontres de deux actes, *unus occultatur & alter proditur*, il semble aussi qu'en l'espece proposée, le débiteur de la rente la rachete & en paye le sort principal, & qu'à l'instant on le lui rende pour payer le prix de son héritage.

Et nous n'estimons pas qu'à cela puisse faire 4 obstacle l'article cotté de la coutume d'Auvergne ; car il ne doit pas s'appliquer à notre question. Il ne se peut entendre que de la rente qu'un des permutans baille sur un tiers, ou de celle qu'il crée à l'instant sur lui, & qu'il ne peut racheter qu'après trois ans. Mais cet article ne se peut pas étendre à une rente précédente qu'un des permutans doit à l'autre, & qu'il ne peut bailler que par une espece de rachat, qui se fait en même tems.

Si la coutume, pour obvier aux fraudes, & établir les choses dans l'incertitude de l'événement, y met un intervalle de trois ans entiers avant le rachat, peut-elle approuver que le débiteur s'en libere sur le champ ? Nous soumettons pourtant notre sentiment à ceux qui sont mieux versés dans l'usage de la coutume.

Voy. l'article 78 de la coutume de Paris, & M. Loüet & Brodeau, en la letrre L, nombre 15 & 18.

OBSERVATIONS.

L'Auteur examine ici la question de l'échange d'un héritage contre une rente à prix d'argent : Il tient que quand le débiteur de la rente donne un héritage en échange, que c'est une véritable vente qui produit un droit de lod.

5 Cette question est à présent inutile, au moyen des édits & déclarations, par lesquels le roi a établi lods dans tous les échanges. Je les ai rapportés sur la question 52, de la suite de ce même livre, où j'ai traité la matiere.

Je me suis plus étendu dans les observations de ce livre, que sur les deux précédens, 6 parce que la matiere des droits seigneuriaux est de grande étendue dans le pays du droit écrit : c'est celle qui produit un plus grand nombre de procès d'une discution très-difficile ; parce qu'ils dépendent de l'examen des Terriers, dont les anciens sont en latin d'un latin barbare, & écrits en lettre gothique que l'on a de la peine à déchiffrer.

BIU Cujas

Les nouveaux qui ſont en François, ſont dans un langage ſi groſſier, & ſi mal écrits, que l'on eſt bien embaraſſé à les lire & à les entendre. D'ailleurs comme ces droits ſont différens de ceux de la coutume de Paris, quand les procès viennent au Parlement, on ne les entend point. Ce ſeroit rendre un grand ſervice au public, que de débrouiller cette matiere, & la rendre claire & intelligible. Notre auteur dans la queſt. 18, du livre 3 tom. 1 dit qu'il en avoit fait un traité particulier qu'il donneroit peut-être un jour au public; je ne l'ai point trouvé parmi les manuſcrits qui m'ont été remis; j'en ai écrit à M. Henrys, écuyer, ſeigneur de Chavaſſieu ſon fils, & à M. Chapuys, écuyer, ſeigneur de Villette & de Trezette ſon petit-fils, qui m'ont fait réponſe qu'ils n'en ont aucune connoſſance. Si Dieu me fait la grace de vivre, & le public l'honneur de bien recevoir ces obſervations, je pourrai en donner un, le projet en eſt déja fait, & l'ouvrage bien avancé. En attendant, je crois devoir ici parler d'un cas dont l'auteur n'a point parlé du tout, quoiqu'il ſoit très-fréquent dans la province.

Antichrèſe.

Antichrèſe eſt un mot grec, qui ſignifie *contrarius uſus*, quand le créancier jouit de l'hé- 7
ritage de ſon débiteur, au lieu & place de l'intérêt de ſon argent, l. 11, § 1, *ff. de pign.* l. 17, cod. *de uſur.*

Dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, l'antichrèſe eſt une eſpece de miſe 8
en poſſeſſion, quand le juge donne la poſſeſſion des biens du débiteur à un de ſes créanciers, pour en jouir juſqu'à ce qu'il ſoit payé de ſon dû, & à la charge de payer les créanciers privilégiés, & ceux antérieurs à lui en hypothéque. Cette antichrèſe n'a rien que de louable & de favorable; elle ſe pratique principalement en faveur des femmes, quand les maris ſont abſens, pour faillite ou autrement, ou qu'ils ſont morts inſolvables, ou que leurs biens ſont en diſcuſſion: dans ces cas la femme demande que les biens de ſon mari lui ſoient adjugés, pour en jouir par elle par forme d'antichrèſe. Il eſt queſtion de ſavoir, ſi pour raiſon d'une ſemblable adjudication, les droits de lods ſont dûs.

Il faut d'abord examiner la queſtion en général. Il eſt certain que de tous les contrats 9
qui ne transferent pas la propriété, il n'eſt point dû de lods, comme dans le cas de l'uſufruit & du louage, quelque long qu'il puiſſe être; de même à l'égard des ſéqueſtres & des engagemens. Or, l'antichrèſe n'étant qu'un ſimple engagement, elle ne peut pro- 10
duire aucun lod; c'eſt la doctrine de tous les auteurs qui ont traité la queſtion. Faber, dans ſon cod, *de Jure emphyt. defin.* 60, d'Olive, dans ſes queſtions notables du droit, liv 2, chap. 18, Deſpeiſſes, tom. 3, pag. 74, Baſſet, tom. 1, liv. 3, tit. 8, chap. 7, & tom. 2, liv. 3, tit. 12, chap. 3, Catelan, tom. 1, liv. 3, chap. 19.

Cette regle ſouffre pourtant quelques exceptions.

1°. Si l'antichrèſe eſt frauduleuſe, c'eſt-à-dire, ſi elle a été faite dans le deſſein de fruſ- 11
trer le ſeigneur de ſes droits, ce qui dépend des circonſtances: M. Faber en rapporte deux. La premiere, ſi le prix de l'antichrèſe égale la valeur de l'héritage: La ſeconde, s'il eſt vraiſemblable que jamais le débiteur ne puiſſe rentrer dans ſon héritage. S'il paroît que le contrat eſt frauduleux, le ſeigneur peut demander les droits avant les dix ans, ainſi jugé par un arrêt du parlement de Toulouſe, du 18 août 1667 rapporté par M. Catelan, dans l'endroit ci-deſſus cité.

2°. Si l'adjudication par antichrèſe excede l'eſpace de dix ans, ce long eſpace fait pré- 12
ſumer la fraude; & même quand il n'y auroit eu aucun ſoupçon de fraude, l'on juge que cet eſpace eſt ſuffiſant pour donner lieu au ſeigneur de demander ſes droits: M. d'Olive, dans l'endroit ci-deſſus cité, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe, du 30 août 1633, qui l'a ainſi jugé; c'eſt la doctrine de M. d'Argentré, dans ſon traité *de laud.* § 42, & ſur l'article 62 de la coutume de Bretagne.

3°. Il faut dire la même choſe, quand l'adjudication ne ſeroit faite que pour dix ans, 13
ou un moindre tems: ſi le créancier a joui dix ans entiers, il doit un lod; cette longue jouiſſance produit le droit de lod; d'Argentré, *eodem.*

4°. Il n'eſt pas permis de proroger le tems de l'antichrèſe; en ſorte que ſi le tems de la 14
premiere antichrèſe n'eſt que de ſix années, & qu'après ce tems le débiteur donne encore au même créancier les mêmes biens pour acquitter la même dette pendant un pareil eſpace de tems, le ſeigneur eſt en droit de demander un lod pour raiſon de ce nouvel en- 15
gagement, comme il a été jugé au parlement de Toulouſe, par un arrêt du 5 mai 1665, rapporté par M. Catelan dans l'endroit ci-deſſus cité. 16

La même choſe a été jugée au parlement de Paris, entre meſſire Chriſtophe de Châteauneuf, chamarier de l'égliſe, & comte de Lyon, d'une part; & maître Antoine Compain, avocat au préſidial de Lyon, qui s'étoit fait adjuger les deux tiers d'une maiſon ſituée dans la ville de Lyon, provenant de la ſucceſſion d'Antoine Bonnand, pro-

BIU Cujas

cureur ès cours de Lyon, par ſentence rendue en la ſénéchauſſée de Lyon, le 18 décembre 1691, pour en joüir par forme d'antichrèſe; & par une autre ſentence renduë au même ſiege, le 30 mars 1697, il avoit fait ordonner que cette adjudication ſeroit continuée pour ſix ans. Le 24 mars 1700. M. de Châteauneuf, en vertu de ſon committimus, fit aſſigner aux requêtes du palais le ſieur Compain: par ſentence renduë ſur productions des parties, le 7 Janvier 1702 le ſieur de Chateauneuf fut reçû oppoſant à la ſentence du 30 mars 1697, en ce que par icelle, le ſieur Compain s'étoit fait continuer par forme d'antichrèſe les deux tiers de la maiſon en queſtion: en conſéquence le ſieur Compain fut condamné à payer les droits de lods & ventes, pour raiſon des deux tiers de ladite maiſon. Ayant interjetté appel de la ſentence des requêtes du palais, il fit intervenir les héritiers de Bonnand, qui demanderent d'être reçus parties intervenantes, & d'être maintenus en la propriété des deux tiers de ladite maiſon, aux offres de payer au ſieur Compain ce qui ſe trouveroit lui être dû, tant en principal qu'intérêts. La cour, ſans avoir égard à l'intervention, ni aux offres des héritiers Bonnand, mit l'appellation au néant, avec amende & dépens, par arrêt du 12 mai 1703, rendu en la cinquiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. d'Agueſſeau, *vir omni laude dignus.*

J'approuve fort cette juriſprudence à l'égard des créanciers étrangers; mais à l'égard des femmes, je crois qu'il y a quelque diſtinction à faire.

17 1°. Il faut diſtinguer entre les différens titres: Dans les pays de droit écrit, la femme en cas de faillite, mort civile, abſence de ſon mari, ou ſéparation de biens d'avec lui, eſt en droit de demander ſon augment, ainſi que notre auteur l'établit dans la premiere queſtion du livre ſuivant. Or ſi pour le payement de ſon augment, elle ſe fait adjuger les biens de ſon mari pour en jouir par elle par forme d'antichrèſe, quelque longue que puiſſe être ſa jouiſſance, elle ne doit point de lods, puiſque ſon titre n'eſt point tranſlatif de propriété, & ne peut l'être; car la propriété de l'augment ne lui appartient pas, elle eſt réſervée aux enfans. Il faut porter le même jugement de l'augment en ce cas que du douaire. Or un ſeigneur paſſeroit ſans doute pour ridicule, s'il demandoit des lods & vente à une veuve qui jouit des héritages de ſon mari à titre de douaire.

A l'égard de la dot, il faut encore diſtinguer ſi l'antichrèſe a été adjugée à la femme, dans le cas de la faillite ou de la diſſipation des biens de ſon mari, ou après ſa mort.

18 Dans le premier cas, il n'y a pas de raiſon de faire payer un lod à la femme, puiſque ſon titre n'eſt pas irrévocable: ſi ſon mari revient en meilleure fortune, il peut rentrer dans ſes biens, en payant la dot à ſa femme.

Dans le ſecond cas, quand le mari eſt mort naturellement, ou même civilement, & qu'il n'y a point d'eſpérance au rétabliſſement, ſoit parce que le tems de la contumace eſt expiré ou autrement, en ce cas, après dix ans, la femme doit payer les lods, parce que les biens de ſon mari lui ſont acquis incommutablement.

19 Je ſais que le chapitre de ſaint Jean a obtenu divers arrêts, par leſquels l'on prétend que la cour a jugé que les lods ſont dûs en matiere d'adjudication par forme d'antichrèſe; mais quand on examinera bien ces arrêts, l'on trouvera qu'ils n'ont point jugé la queſtion.

A l'égard de l'arrêt contre le ſieur Compain, l'eſpèce que je viens d'en rapporter fait aſſez connoître qu'il y avoit des circonſtances qui mettoient l'affaire dans le cas des exceptions ci-devant remarquées.

A l'égard des arrêts rendus contre les enfans Bais, & contre Marie Vian, je puis en rendre un compte fidelle: j'ai écrit dans les deux procès.

A l'égard du premier, voici l'eſpèce. Louis Bais, marchand de la ville de Lyon, avoit acquis des héritages dans les paroiſſes de ſaint Cyr & de ſaint Didier au Mont d'Or, proche Lyon, qui ſont dans la cenſive du chapitre de ſaint Jean, qui obtint contre lui une ſentence en la ſénéchauſſée de Lyon, le 5 juin 1662, portant condamnation de payer les lods & les arrérages du cens. Dans la ſuite, Louis Bais ayant fait faillite, Anne André ſa femme obtint un jugement au même ſiége, le 13 août 1667 qui lui adjugea les biens de ſon mari, pour en jouir par elle par forme d'antichrèſe; & par ſentence du 21 juin 1668, elle fut condamnée à payer les condamnations portées par la ſentence de 1662, à la forme du jugement du 13 août 1667 portant adjudication par antichrèſe. Sur l'appel des ſentences des 5 juin 1662, & 21 juin 1668, il y eut pluſieurs procédures en la cour: entre autres, le chapitre de ſaint Jean préſenta une requête le 14 mai 1670, par laquelle il forma une demande contre Anne André, tendante à ce qu'elle fût condamnée à payer un lod pour l'adjudication à elle faite des héritages de ſon mari, étant dans la cenſive du chapitre. Pendant l'inſtance Anne André mourut; le chapitre fit aſſigner en repriſe Antoine & Hugues Bais, fils de ladite André; Antoine ne reprit point, Hugues reprit, tant en ſon nom qu'en qualité de tuteur & curateur de ſes freres & ſœurs; mais il

ne

BIU Cujas

ne défendit point. Sur tout cela il intervint un arrêt le 7 février 1680, au rapport de M. Catinat, par lequel la cour faisant droit sur les appellations, condamne les appellans à reconnoître de nouveau, & payer les lods pour l'acquisition faite par Louis Bais, & les arrérages des cens & servis : *Et sur la requête du 14 mai 1670, condamne lesdits Antoine & Hugues Bais, ès-dits noms, de payer auxdits du chapitre, les lods & ventes pour raison de l'adjudication faite à ladite André, le 13 août 1667, & aux dépens de ladite demande.*

Cet arrêt a été suivi d'un autre rendu en la grand'chambre, au rapport de M. Fleury, le 7 juillet 1690, par lequel les enfans mineurs d'Anne André furent déboutés de leur demande, à fin d'être déchargés du payement des droits de lods adjugés par le premier arrêt, attendu l'éviction par eux soufferte d'une partie des héritages compris dans l'adjudication faite à leur mere : j'avois écrit au procès pour les enfans Bais.

Ces deux arrêts ne peuvent pas servir de préjugés, à cause des circonstances qui se rencontrent dans l'espece d'un chacun.

A l'égard du premier, il y a deux circonstances très-remarquables : La premiere, Antoine Bais se laissa condamner, faute de reprendre ; Hugues Bais, tant en son nom que comme tuteur de ses freres & sœurs, reprit à la vérité ; mais il ne défendit point, ainsi la question ne fut point agitée.

La seconde, depuis le 13 août 1667, jour de l'adjudication par antichrèse faite à Anne André, jusqu'au 7 février 1680, jour de l'arrêt, il y avoit plus de douze ans de jouissance.

A l'égard du deuxiéme, il n'a point jugé la question, parce que les mineurs n'avoient pas pris requête civile contre le premier : d'ailleurs en 1690, il y avoit plus de vingt ans de jouissance.

Pour ce qui est de l'arrêt rendu contre Marie Vian, il y avoit plusieurs circonstances qui tiroient l'affaire hors de la régle. Voici l'espèce.

Le 24 octobre 1697, les biens d'Antoine Martin, maître chirurgien de la ville de Lyon, furent saisis réellement de l'autorité du juge conservateur des priviléges des foires de Lyon : il y eut plusieurs opposans, entre autres Joseph & Marie Martin, enfans du premier lit de Martin & Marie Vian, sa seconde femme. Par une premiere sentence du 20 juillet 1699, les droits des uns & des autres furent liquidés, & les biens saisis délaissés aux enfans du premier lit, jusqu'à concurrence de leur dû, pour en jouir diffinitivement, & en pleine propriété, & à la seconde femme pour en jouir par forme d'antichrèse pendant neuf années.

Le 4 septembre suivant, il fut procédé à l'adjudication : après trois publications M. Pierre du Fournel, procureur ès-cours de Lyon, se rendit adjudicataire pour son ami élu & à élire. Mais pour des raisons particulieres, il ne fit son élection en ami, ou déclaration en faveur de Marie Vian, que le 15 mars 1700, pour jouir par elle des héritages par forme d'antichrèse pendant neuf ans, M. de Châteaneuf, Chamarier de l'église de Lyon, dans la censive duquel il y avoit deux maisons, ayant prétendu que le procureur, faute d'avoir fait sa déclaration dans les quarante jours, devoit les lods en son nom ; & l'ayant fait assigner pour cet effet aux requêtes du palais, il obtint une sentence de condamnation contre lui, laquelle fut infirmée par un arrêt rendu en la quatriéme chambre des enquêtes, que je rapporterai dans le livre suivant, quest. 41. Par cet arêt le procureur fut déchargé ; mais la partie fut condamnée à payer les lods de l'adjudication par elle acceptée pour en jouir par forme d'antichrèse. Les motifs de l'arrêt furent 1°. que le procureur s'étoit rendu adjudicataire pour son ami élu ou à élire simplement ; & qu'ainsi il n'avoit pu lors de son élection faite au profit de Marie Vian, déclarer que c'étoit pour en jouir par elle par forme d'antichrése, parce que ç'auroit été changer la qualité de son adjudication. 2°. Que Marie Vian avoit fait des actes de propriétaire incommutable, en remettant une des maisons de la ville de Lyon aux enfans du premier lit, pour le payement de la dot de leur mere, & en subrogeant en son lieu & place Louis Servant, libraire de la ville de Lyon, pour un domaine situé à Sainte-Foi, faisant partie des immeubles compris dans son adjudication.

La premiere raison ne me semble pas bien juridique : un procureur n'est pas obligé lors de l'adjudication, de déclarer la qualité, ni le titre de la personne pour laquelle il se rend adjudicataire, ni par conséquent la forme en laquelle il fera sa déclaration ; ce seroit trahir les intérêts de sa partie, & le secret qui doit être gardé en semblable occasion.

Mais la seconde est très-juridique ; car l'antichrèse n'est qu'un simple engagement, & celui qui possède à titre d'engagement, ne peut pas disposer de la propriété sans faire acte de propriétaire, & par conséquent renoncer à son titre d'antichrèse : cela se juge ainsi au parlement de Toulouse. M. Catelan, dans le même endroit, tom. 2, liv. 3, ch. 19, rap- 20

BIU Cujas

porte un arrêt du 18 août 1667, par lequel il a été jugé qu'un poſſeſſeur de cette qualité ayant, dans la neuviéme année de l'engagement, vendu & baillé à locaterie perpétuelle, une partie des héritages, le ſeigneur fut reçu à demander les lods de la totalité des héritages compris dans l'engagement, qui fut regardé comme une véritable vente.

21 Ce même auteur au même endroit, dit que quand on découvre que l'engagement eſt une vente déguiſée, les lods ſont dûs au fermier qui étoit lors du contrat d'engagement, & non pas à celui qui ſe trouve fermier lors de l'engagement expiré : il cite deux arrêts qui l'ont ainſi jugé, & cela avec raiſon ; car auſſi-tôt que l'on découvre que c'eſt une vente, les lods ſont dûs du jour de la vente. Mais ſi dans l'origine, c'étoit un véritable engagement, & que dans la ſuite le débiteur ſe ſoit accommodé avec l'engagiſte, & lui ait transféré la propriété des héritages, en ce cas les lods ſeront dûs au fermier qui étoit lors du contrat tranſlatif de la propriété, & non pas à celui qui l'étoit lors de l'engagement.

A cette occaſion M. Catelan traite la queſtion, à quel fermier les lods ſont dûs dans les ventes à faculté de rachat : je ne m'arrêterai pas ici ſur cette queſtion, j'en ai parlé dans le tome premier, liv. 3, queſt. 29.

22 Hors les circonſtances ci-deſſus remarquées, je n'eſtime pas que la femme qui s'eſt fait adjuger les biens de ſon mari par antichrèſe en payement de ſes conventions matrimoniales, doive aucuns lods, tandis que ſon mari eſt en droit de rentrer dans ſes biens ; & quand il n'y peut rentrer, comme dans les cas ci-deſſus exprimés, elle ne doit les lods qu'après dix ans de jouiſſance pour raiſon de ſa dot ou de ſes biens paraphernaux ; mais pour raiſon de ſon augment, elle n'en doit point, tandis que ſes enfans ſont en vie, parce qu'en ce cas, elle n'a qu'une ſimple jouiſſance.

23 Mais ſur cela il peut ſe préſenter une difficulté. La mere qui ne ſe remarie pas, a une portion virile dans l'augment en propriété ; l'on peut dire qu'elle doit les lods pour cette portion après dix ans de jouiſſance, puiſqu'elle poſſéde à titre de propriété juſqu'à concurrence de cette portion. Cependant je ne crois pas que le lod ſoit dû pour raiſon de cette portion, non plus que pour celle des enfans, parce que quoique la mere ait droit de prendre cette portion en propriété, ce n'eſt qu'une propriété imparfaite ; enſorte que ſi elle n'en diſpoſe pas expreſſément, elle appartient à tous les enfans également, elle accroît à celles des enfans, & le tout ne compoſe qu'un ſeul augment, qui eſt de même nature, & qui doit être réglé par les mêmes principes.

24 Pour réduire en peu de mots toutes les queſtions qui peuvent tomber ſur cette matiere, il faut tenir pour principe certain, que l'antichrèſe ne donne point d'ouverture aux lods ; mais cette régle ſouffre deux exceptions. La premiere, lorſqu'il y a de la fraude, & que c'eſt une vente déguiſée. La ſeconde, lorſque l'antichrèſe excede le tems de dix années. Cette exception reçoit une limitation à l'égard de la femme qui a des enfans, & qui ſe fait adjuger les héritages de ſon mari, pour en jouir par elle par forme d'antichrèſe pour le payement de ſon augment. J'aurois une grande inclination à étendre cette limitation à l'adjudication par antichrèſe faite à la femme pour le payement de ſa dot, quand il y a des enfans. Mes raiſons ſont, 1°. que c'eſt un accommodement de famille d'autant plus favorable qu'il eſt néceſſaire, *flebile auxilium.* 2°. Il faut favoriſer toutes les voies qui tendent à la conſervation de la dot des femmes, tous les droits matrimoniaux ſont préférables à l'intérêt du fiſc, *qualiacunque jura matrimonii fiſco præponimus.* 3°. C'eſt un moyen de conſerver les biens du pere aux enfans : car après que la mere a joui pendant ſa vie des héritages de ſon mari, ils paſſent en la perſonne des enfans communs, & par conſéquent ſi l'on fait payer des lods à la mere, c'eſt les faire porter aux enfans ſur les biens de leur pere, & leur faire payer indirectement un lod pour la ſucceſſion de leur pere, ce qui
25 eſt barbare & inhumain, *non eſt tanti vectigal, ut parentes & liberos faciat extraneos.* 4°. Il eſt plus honnête & plus expédient de permettre de faire directement ce que l'on peut faire indirectement ; car il n'y a rien de ſi facile que d'éviter les lods en pareille occaſion : la mere n'a, quand le tems de l'antichrèſe eſt prêt à expirer, qu'à ſe déſiſter de la jouiſſance des héritages de ſon mari, & les remettre à ſes enfans, avec leſquels il lui eſt facile de s'accommoder, en leur cédant ſes droits ; les enfans, en qualité d'héritiers bénéficiaires de leur pere, ſe feront adjuger ces mêmes biens pour le payement de la dot de leur mere, & enſuite les remettront à leur mere pour en jouir à titre d'uſufruit, pour raiſon de quoi la mere ni les enfans ne devront aucuns droits. Car deux choſes ſont certaines ; l'une, que l'héritier par bénéfice d'inventaire qui ſe fait adjuger les biens de la ſucceſſion bénéficiaire pour le payement de ſes créances, ne doit point de lods : l'autre, que celui qui jouit à titre d'uſufruit, n'en doit point auſſi, comme il a été dit, tom. 1, liv. 3, queſt. 21 & 44. Or toute juriſprudence qui permet de faire indirectement ce qu'elle ne ſouffre pas directement, & qui n'eſt capable que de ſurprendre les ſimples & les ignorans, doit être corrigée. Mais en attendant qu'il plaiſe à Dieu de nous envoyer un légiſlateur pour réformer

BIU Cujas

les désordres de la jurisprudence, & nous donner des loix plus simples & plus faciles ; (car la simplicité n'est pas moins de l'essence d'une bonne loi, que l'équité, *simplicitas legibus amica*, si l'une en est l'ame, l'autre en est le guide) je dirai qu'il y a un cas dans lequel la 26
femme qui prend les héritages de son mari en payement de sa dot, ne doit point de lods, quand ils ont été acquis de ses deniers dotaux, parce que dans ce cas, c'est un fond dotal *res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales videntur, l. 54, ff. de jur. dot.* Je sçai bien, que cette loi reçoit différentes interprétations que je n'ai pas le tems d'expliquer ici ; mais elle trouve une juste application dans l'espéce dont nous venons de parler : quand le mari est insolvable, dans ce cas la loi accorde à la femme droit de revendiquer l'héritage acquis de ses deniers : *vendicare directo potest*, dit le jurisconsulte dans la loi, *uxor 55, de donat. inter vir. & ux.* Or, le droit de revendication directe n'appartient qu'au propriétaire ; enfin dans ces occasions il faut toujours prendre le parti le plus avantageux à la femme, *quodcunque æquius melius est*, comme le dit élégamment M. Cujas, dans ses récitations sur les questions de Paul, qui est l'auteur de cette loi, & dans ses observations, livre 5, chap. 29.

Pour rendre cette proposition plus sensible & plus favorable, il faut l'autoriser par la jurisprudence des pays de droit coutumier. C'est une maximes certaine, que la femme qui prend les biens de la communauté en payement de sa dot, ne doit aucuns droits seigneu- 27
riaux, parce que l'on présume qu'ils ont été acquis en tout ou en partie des deniers de sa dot, qui est entrée dans la communauté. Si cela a lieu en conséquence d'une présomption, qui souvent n'est pas trop véritable, à plus forte raison doit-on le décider, quand la vérité est certaine, & que l'on ne peut pas douter que les héritages n'ayent été acquis des deniers de la femme.

Antichrèse.

☞ A l'égard des femmes, il faut distinguer entre les biens qui leur appartiennent de leur chef, & ceux qui leur viennent du chef de leur mari.

Je comprends dans la premiere cathégorie les biens dotaux, les biens parafernaux, & les biens adventifs.

Dans la deuxiéme cathégorie, je mets l'augment, les bagues & joyaux, & les autres avantages procédans du mari.

A l'égard des biens dotaux, il faut distinguer les différentes causes qui donnent lieu à la femme de les répéter, comme la mort naturelle, la mort civile, la longue absence, la séparation de biens, la faillite, la cession de biens, & autres sortes d'abandonnemens de biens.

Dans le premier cas, il faut distinguer s'il y a des enfans, ou s'il n'y en a point. S'il y a des enfans communs du mariage, je ne crois pas que l'adjudication par antichrèse, faite à la mere du consentement des enfans, ou de leur tuteur, puisse donner ouverture à la demande des lods, quoiqu'elle excede le tems de dix années, parce qu'elle doit être considérée comme un usufruit adjugé à la mere, pour le payement de sa dot, du consentement de ses enfans. S'il n'y a point d'enfans du mariage, alors la femme étant, par rapport aux héritiers collatéraux de son mari, réputée étrangere, il faut régler l'antichrèse à son égard, comme elle fait à un étranger. Dans le cas de la mort civile, quelque longue que soit l'antichrese, elle ne peut produire aucuns lods, parce que l'espérance restant toujours au mari d'être rétabli, l'antichrèse ne peut jamais acquérir un titre de propriété à la femme : ce n'est qu'une simple jouissance qu'elle a des biens de son mari, jusqu'à ce qu'il soit rétabli. En cas de longue absence, quand on adjuge à la femme les biens de son mari, pour en jouir par forme d'antichrèse, pendant l'absence de son mari, il n'y a aucune raison de lui faire payer des lods pour cette jouissance, puisqu'un absent étant présumé vivant, jusqu'à l'âge de cent ans, l'on ne peut disposer des ses biens à titre translatif de propriété, jusqu'à cet âge. En effet, entre les héritiers de l'absent, l'on ne fait qu'un partage provisoire après dix ans. Ainsi en cette occasion l'antichrèse ne pouvant pas être un titre de propriété ; il n'y a aucun prétexte d'adjuger les lods au seigneur. Pour ce qui est de la séparation, il semble qu'il y auroit lieu de distinguer entre la séparation de biens simplement, & la séparation de corps & de biens.

Dans le premier cas, il n'y a pas de raison, pour dire qu'une femme à qui l'on adjuge les biens de son mari, pour en jouir par elle par forme d'antichrèse, jusqu'à ce qu'elle soit payée de sa dot, doive payer pour cela un droit de lods, puisque la loi, en semblable cas, lui interdit l'aliénation de ses biens, & veut qu'elle en employe les revenus pour l'entretien de son mari, & de ses enfans.

Dans le second cas, il semble que la femme ayant un juste sujet de se plaindre des mauvais traitemens de son mari, elle n'est pas obligée d'avoir aucun égard pour lui, & que pouvant faire vendre ses biens, pour le payement de sa dot, elle a droit de se les faire adjuger

BIU Cujas

à titre de propriété : Ainſi en ce cas l'antichrèſe doit être conſidérée comme une véritable vente, & par conſéquent les lods ſont dûs. Cependant comme il y a toujours eſpérance de réconciliation, & qu'une adjudication emportant aliénation, la rendroit plus difficile, il faut porter le même jugement de la ſéparation de corps & de biens, que de celle de biens ſimplement. A l'égard de la faillite il en faut porter le même jugement que de la mort civile; il y a toujours eſpérance au rétabliſſement des affaires du mari; & l'expérience nous apprend que ſouvent les affaires de ceux qui ont fait faillite deviennent meilleurs.

Il en eſt de même de la ceſſion des biens; c'eſt un malheureux ſecours, que l'intérêt pécuniaire des ſeigneurs ne doit pas rendre plus miſérable, en faiſant payer des lods à la femme du ceſſionnaire.

Il faut dire la même choſe de tous les autres genres d'abandonnemens de biens; il faut ſoulager ceux qui ſont contraints de les faire, & favoriſer les femmes qui veulent épargner leurs maris, en ſe contentant d'une ſimple jouiſſance.

Parafernaux.

A l'égard des biens parafernaux, la femme ſemble moins favorable, parce qu'étant dame & maîtreſſe de ſes biens parafernaux, c'eſt ſa faute d'en avoir confié l'adminiſtration à ſon mari. Cependant comme le refus qu'elle en feroit ſeroit ſouvent un ſujet de divorce, il faut la traiter favorablement, & lui faciliter tous moyens d'en retirer le payement, ſans ruiner ſon mari & ſes enfans. Ainſi quand elle veut bien ſe contenter d'une ſimple jouiſſance, il ne faut pas l'obliger de payer des lods.

L'on appelle biens adventifs, les biens qui échoient à la femme depuis ſon mariage par donation, ſucceſſion, ou autrement: Il faut en porter le même jugement, que des biens parafernaux.

Augment.

Il faut diſtinguer, s'il y a des enfans ou non: Dans le premier cas, la femme n'ayant que l'uſufruit de l'augment, & la propriété appartenant à ſes enfans, la jouiſſance qu'on lui donne pour cela ne peut pas produire des lods, puiſque ce n'eſt certainement qu'un uſufruit.

L'on dira peut-être, que quand la femme ne ſe remariera pas, elle a une portion virile en propriété dans l'augment; mais cette propriété n'eſt qu'imparfaite: ainſi elle doit ſuivre le ſort du ſurplus.

Bagues & joyaux.

Il faut en cette occaſion examiner les termes de la ſtipulation: ſi les bagues & joyaux ont été ſtipulés propres à la femme par donation pure & ſimple, ils ſe reglent comme la dot: s'ils n'ont pas été ſtipulés pour être propres à la femme, ils ſe reglent comme l'augment. Ainſi dans le premier cas, il faut y appliquer ce qui a été dit de l'antichrèſe, par rapport à la dot; & dans le ſecond cas, ce qui en a été dit par rapport à l'augment.

A l'égard de tous les autres avantages faits par le mari à la femme, ſoit par contrat de mariage ou par teſtament, il faut diſtinguer: ſi elle demeure en viduité, elle en conſerve la propriété; ainſi ſi elle ſe fait adjuger les biens de ſon mari en payement pour cela, elle en acquiert la propriété, & par conſéquent elle doit les lods pour l'adjudication par antichrèſe qui lui en eſt faite, quand elle excede le tems de dix ans. Mais ſi elle ſe remarie, elle perd la propriété de tous les avantages à elle faits par ſon mari; & par conſéquent l'adjudication par antichrèſe, qui lui eſt faite des biens de ſon mari, ne peut être qu'un uſufruit, qui ne peut pas produire des lods.

Le zèle de la juſtice qui m'anime, me porte à dire que toutes ces queſtions ſont inutiles, & à ſoutenir que dans aucun cas une femme qui jouit par antichrèſe des biens de ſon mari, ne doit point de lods pour cela: il faut rappeller un principe certain, établi par notre auteur dans les queſtions 26 du l. 3, t. 1, & 24 de la ſuite du l. 3, t. 2, que pour donner ouverture à la demande des lods, il faut que deux choſes concourent, la tranſlation de la propriété, & la priſe de poſſeſſion. Or, il eſt certain que l'antichrèſe n'eſt pas un titre tranſlatif de propriété, & n'eſt à proprement parler, qu'un ſimple uſage, *contrarius uſus*: mais parce que celui qui jouit par antichrèſe, a une jouiſſance plus ample que celle d'un ſimple uſager, étant plus parfaite que celle d'un uſufruitier, puiſqu'il exerce tous les droits d'un véritable propriétaire, il faut rapporter l'exemple d'un créancier, qui jouit des biens de ſon débiteur, & qui exerce tous les droits du propriétaire. Cet exemple ſe rencontre dans la miſſion en poſſeſſion, que le préteur accordoit aux créanciers du débiteur, qui ſe cachoit pour éviter la rigueur des pourſuites de ſes créancier.

BIU Cujas

Il y a encore aujourd'hui des parlemens, où ces miſes en poſſeſſion ſont en uſage : cependant le créancier qui a été envoyé en poſſeſſion des biens de ſon débiteur, ne paye point de lod, quelque longue que puiſſe être ſa jouiſſance. Cette maxime eſt aſſez certaine dans les pays du droit écrit ; car depuis quarante ans que je ſuis au palais, dans tous les procès que j'ai eû ſur cette matiere, j'ai toujours vu que les adjudicataires par antichrèſe, ont gagné leur cauſe dans les différens tribunaux de la province, & qu'ils les ont toujours perdu au parlement. C'eſt pourquoi je dois employer tous mes efforts pour faire approuver mes raiſons par cet auguſte ſénat. Mais comme les magiſtrats qui le compoſent, déferent davantage aux maximes du droit coutumier, & aux uſages qu'ils ont eux-mêmes établis, qu'aux principes du droit romain, & aux exemples des autres parlemens ; il faut ſe conformer à leur gout. 1°. Le commiſſaire aux ſaiſies-réelles, qui repréſente les créanciers qui étoient envoyés en poſſeſſion des biens de leur débiteur, ne paye point de droit ſeigneuriaux, quelque longue que ſoit ſa jouiſſance.

2°. Les directeur des créanciers, que l'on peut regarder comme ceux que le préteur envoyoit en poſſeſſion, quoiqu'ils jouiſſent de tous les droits de propriétaires, & quelque longue que ſoit leur jouiſſance, ne payent aucuns droits ſeigneuriaux.

3°. Le curateur aux biens vacans n'en paye point. A l'égard des femmes, la douairiere qui jouit des biens de ſon mari, ne paye rien, quoique ſa jouiſſance ſoit ſouvent d'un demi ſiécle.

L'on dira peut-être que la douairiere ne jouit des héritages de ſon mari, que dans le cas du douaire coutumier, & que dans ce cas, c'eſt la coutume qui lui donne cette jouiſſance : je réponds qu'il en ſeroit de même dans le cas du douaire préfix, qui a beaucoup de rapport à l'augment, ſi les enfans ou les héritiers du mari, au lieu de payer à la femme un rente tous les ans pour ſon douaire préfix, lui abandonnoient le revenu d'une terre ; le ſeigneur ſuzerain auroit il bonne grace de demander à cette femme un droit de quint & requint ?

4°. La veuve qui jouit de tous les biens de ſon mari, en vertu d'un don mutuel, ne doit aucun droit pour cette jouiſſance, qu'elque longue qu'elle ſoit.

L'on dira peut être qu'en vertu du don mutuel, la veuve ne jouit que des biens de la communauté : je réponds à cela qu'il y a des coutumes où le don mutuel emporte la jouiſſance des propriétés. Voilà l'avantage qu'il y a de diſputer dans le droit coutumier : l'on trouve toujours dans quelques coutumes de quoi combattre les autres. D'ailleurs à Paris, il eſt permis de ſtipuler par le contrat de mariage, que le ſurvivant jouira de tous les biens du prédecedé. Enfin ſi une femme aime aſſez ſes enfans, pour ne point vouloir exiger d'eux le payement de ſes conventions matrimoniales, & qu'elle veuille bien ſe payer par la jouiſſance des fruits des biens de ſon mari, & que ſes enfans, & leurs créanciers y conſentent, & le faſſent ainſi ordonner en juſtice : y a-t-il quelque ſeigneur, qui ſur le fondement d'un ſemblable accommodement, oſa demander des lods émanés à cette bonne mere ? Or, l'adjudication par antichrèſe, que l'on fait aux femmes dans les pays du droit écrit, n'eſt qu'un accommodement de cette nature. Mais en attendant qu'il plaiſe à la cour d'entrer dans ces raiſons, & d'autoriſer ſur cela la juriſprudence du préſidial de Lyon, il faut pratiquer l'expédient, qui eſt propoſé à la fin de cette queſtion.

MI-LODS.

J'ai parlé des droits de mi-lods en pluſieurs endroit de ce livre ; cependant il y auroit 28
encore bien des choſes à dire. Voici à mon ſens ce que l'on peut dire de plus certain ſur cette matiere, qui eſt encore très-indigeſte, parce que ce droit n'eſt établi que ſur un uſage particulier de la province de Lyonnois & de Forêts, & qu'elle n'a été traitée par aucun auteur *ex profeſſo*. M. Henrys qui eſt celui de tous qui auroit pû la traiter avec plus de ſuccès, n'en a parlé que fort legerement ; cependant ce ſeroit rendre un bon ſervice à la patrie, que de débrouiller cette matiere : car c'eſt principalement des mi-lods que l'on peut dire ce que Chopin, *de morib. Pariſ. l. 1, t. 3, n. 8, in fin.* dit de tous les droit ſeigneuriaux : *fatendum ingenuè talia dominicorum juria ænigmata, Forenſi tantùm uſu ſolvi, judiciorumque diſciplinâ : alias, quæſtionibus hiſce, velut Cretico & labyrinto incluſi, Dædalum fruſtrà invocârint.* Mais dans cette occaſion, bien loin que les jugemens qui ſont intervenus, puiſſent ſervir à éclaircir la matiere, ils n'ont fait que l'embrouiller davantage : il y a pour & contre en nombre égal, il ſeroit à ſouhaiter qu'il plût au roi de nommer des Commiſſaires pour examiner les titres des ſeigneurs, & faire un réglement certain ſur cela : en attendant qu'il plaiſe à Dieu d'inſpirer au roi un deſſein ſi utile & ſi avantageux, voici ce que l'on peut dire de plus certain.

BIU Cujas

Mi-lods en collatérale.

29 Dans la province du Lyonnois & du Forêts, les mi-lods ſont dûs à toutes mutations en ligne collatérale, ſoit que la mutation arrive par ſucceſſion teſtamentaire, ou inteſtat; par donation entre-vifs, ou à cauſe de mort, legs, ou autrement, ainſi qu'il a été établi ſur les queſtions 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23 & 24 du liv. 3, tom. 1.

Premiere exception.

Cette régle ſouffre quelques exceptions.

30 La premiere regarde la ſucceſſion des freres ou des ſœurs qui décédent avant le partage des biens de la ſucceſſion de leur pere commun. Notre auteur dans la queſtion 12 du livre 3, tome 1, à la fin, dit qu'il doute que le lod ſoit dû en ce cas. Dans ſes additions ſur cette même queſtion, il décide nettement qu'il n'eſt rien dû en pareil cas; il dit qu'il croit avoir vu des titres qui font cette exception. Dans mes obſervations ſur cette queſtion, j'ai dit que le titre dont notre auteur entend parler, eſt une ancienne charte de 1320, paſſée entre l'archevêque de Lyon & les habitans de la même ville, dont j'ai rapporté les paroles.

Mais depuis j'ai découvert que l'auteur entend parler des titres des ſeigneurs de la province; car dans la queſtion 21 du même livre, il dit que les religieux de l'abbaye d'Aiſnay, pour établir que les mi-lods ſont dûs à toutes mutations en collatérale, avoient produit les préambules des terriers des principaux ſeigneurs de la ville de Lyon & du pays Lyonnois, qui portent que le mi-lod eſt dû, *etiam de fratre ad fratrem, quando ſunt diviſi.*

Cette exception peut être ſoutenue par une raiſon d'équité, par des exemples & des autorités.

La raiſon d'équité conſiſte en ce que la ſucceſſion d'un pere ſe trouveroit entiérement épuiſée, ſi ayant laiſſé pluſieurs enfans pupilles ou mineurs, ils décédoient tous, à la réſerve d'un ſeul, avant que d'être parvenus à l'âge de majorité, & avoir procédé au partage des biens de leur pere; par ce moyen l'on feroit payer à celui qui reſteroit, des lods pour la ſucceſſion de ſon pere; ainſi ce ſeroit introduire les mi-lods en ligne directe.

Les exemples ſont fondés ſur la juriſprudence des arrêts du parlement de Paris, qui ont décidé que par le partage des biens d'une ſucceſſion commune, l'on peut changer, & même faire perdre aux créanciers d'un des co-héritiers, les hypothéques qu'ils avoient ſur la part de leur débiteur. Cette juriſprudence eſt aujourd'hui certaine, ainſi que notre auteur l'a établi dans le liv. 6, queſtion 37, & par là les arrêts jugent, que juſqu'au jour du partage, aucun des héritiers n'eſt certainement propriétaire de ſa portion.

A l'égard des autorités, je les emprunte, 1°. du droit, 2°. des coutumes, 3°. des docteurs.

Pour ce qui eſt du droit, nous avons pluſieurs loix qui décident que l'adition d'hérédité eſt néceſſaire pour revêtir les ſucceſſeurs de la propriété des biens du défunt, & la pouvoir tranſmettre à leurs héritiers. Je me contenterai d'en citer deux : la premiere eſt la loi 7 au code *de jur. delib.* : la ſeconde eſt la loi 2 au code *ad SC. Orfit.* dans laquelle les empereurs décident que la ſucceſſion d'une mere ne doit pas être diviſée en autant de portions qu'il y a d'enfans lors de ſon décès, mais ſeulement par rapport à ceux qui auront accepté la ſucceſſion, *non pro numero ſuperſtitum mortis matris tempore, ſed ſuccedentium, materna ſcinditur hæreditas.*

Je ſais bien que l'on oppoſe à cette diſpoſition du droit Romain, la régle du droit François, *le mort ſaiſit le vif*, en vertu de laquelle les héritiers ſont ſaiſis de plein droit, & ſans aucune appréhenſion de fait des biens du défunt; mais je répons que cela ſe fait par une fiction de la loi; & en matiere des droits ſeigneuriaux la fiction n'opere rien; il faut, comme l'établit l'auteur en pluſieurs endroits, que deux choſes concourent, la propriété & la poſſeſſion actuelle.

A l'égard des coutumes, celle de Berry, titre 6, article 10, accorde des lods aux ſeigneurs dans les ſucceſſions en ligne collatérale; mais dans l'art. 30 elle dit qu'il n'en eſt point dû pour les ceſſions & tranſports faits par un frere de ſa portion à ſon frere, avant le partage des biens, *pourvu qu'ils n'euſſent fait partage au précédent :* ces paroles ſignifient aſſez, que ſi un des freres meurt avant le partage, il n'eſt rien dû.

Pour ce qui eſt des docteurs, je me contenterai de citer M. Charles du Moulin, qui eſt l'oracle dans ces matieres. Dans ſon traité des fiefs, § 13, gl. 3, n. 12, il dit qu'il y a une très-grande différence entre le contrat de vente & les autres actes qui donnent lieu à l'ouverture du fief. A l'égard du contrat de vente, il dit qu'auſſi-tôt qu'il eſt fait, les

BIU Cujas

droits ſont dûs, ſans qu'il ſoit permis aux contractans de s'en départir, au préjudice du ſeigneur ; mais à l'égard des autres actes, il décide que les droits ne ſont pas acquis au ſeigneur par le ſeul acte, à moins qu'il ne ſoit ſuivi de la priſe de poſſeſſion. *Secùs in aliis contractibus, in quibus ex ſolo contractu nullum omninò jus acquiritur patrono, quia relevium non oritur, niſi ex mutatione manus, & non ex contractu, imò nec ex ſimplici dimiſſione fidei, vel apertura feudi.* Ainſi il ne ſuffit pas que la ſucceſſion du pere ſoit ouverte, il faut que le partage ſoit fait, & que chaque enfant ſoit entré en poſſeſſion de ſon lot. Il faut donc tenir pour une maxime certaine, que par la mort d'un ou de pluſieurs enfans, il n'eſt point dû de mi-lods, quand les héritages ſont encore indivis.

Mais la queſtion eſt plus difficile quand les héritages ont été une fois partagés, quoique le partage dans la ſuite ſoit caſſé, ſoit pour léſion du tiers au quart ou autrement. 31
Cependant je crois qu'il faut ſuivre la même déciſion; parce que l'effet du bénéfice de reſtitution, eſt de remettre les choſes au même état qu'elles étoient avant le partage ; ainſi c'eſt la même choſe comme s'il n'y avoit point eu de partage.

Je crois auſſi qu'il faut dire la même choſe à l'égard du partage qui ſe fait entre des enfans mineurs, parce que n'étant que proviſoire, il n'attribue aucun droit certain. 32

Seconde exception.

La deuxiéme exception eſt dans le cas de la renonciation faite par un des enfans à la ſucceſſion du pere ; quand même le renonçant recevroit quelque choſe pour le prix de 33
ſa renonciation, ſuivant la doctrine de M. Charles du Moulin, § 22, nomb. 104, où il décide la queſtion en grand juriſconſulte.

Troiſiéme exception.

Si l'un des freres cede ſa portion à un autre de ſes freres, pourvû que la ceſſion ſoit 34
faite avant partage des biens, ou en quelque tems qu'elle ſoit faite, pourvû que ce ſoit par un contrat de mariage. Je ne m'étendrai point ici ſur cette queſtion, parce que notre auteur l'a traitée dans ſes queſtions poſthumes, où je me réſerve à faire quelques obſervations, celle-ci n'étant déja que trop chargée.

Mi-lods en directe.

En ligne directe, réguliérement il n'eſt point dû de mi-lods, à moins que les Terriers 35
ne le portent expreſſément : or, il y a peu de terriers qui contiennent ce droit ſpécifiquement. Les anciens diſent ſimplement, *cum laudibus, venditionibus, inveſtitionibus, recognitionibus.* Ceux qui parlent le plus clairement, diſent, *cum recognitionibus de patre ad filium, cùm tempore occurrunt faciendæ.* D'autres diſent, *cum recognitionibus de patre ad filium & contra, aut vice verſa.* Enfin d'autres diſent, *cum recognitionibus de patre ad filium, ſive ferendo, ſive referendo ;* c'eſt-à-dire, ſoit en montant ou en deſcendant. Voilà comme parlent les anciens terriers. Ceux faits depuis les quinziéme, ſeiziéme & dix-ſeptiéme ſiécles, s'expliquent davantage : ils portent lods, ventes, reconnoiſſances de pere à fils, de nouveaux ſeigneurs, & nouveaux tenanciers, les lods au ſixiéme denier, & les reconnoiſſances ou les mi-lods au douziéme denier de la valeur des héritages.

Mais comme c'eſt une maxime certaine, que les nouveaux terriers ne peuvent rien ajouter aux anciens, & que toutes les ſurcharges doivent être retranchées, il faut raiſonner ſur les anciens terriers.

Il y a pluſieurs difficultés : 1°. ſi ces mots *cum recognitionibus*, emportent un droit pécu- 36
niaire, ou ſeulement une obligation de paſſer une nouvelle reconnoiſſance à chaque mutation qui arrive en ligne directe. Il ſemble que la raiſon naturelle le décide ainſi ; cependant les arrêts ont décidé, qu'il eſt dû en ce cas un droit pécuniaire.

2°. Ce droit n'étant point déclaré dans les anciens terriers, ſavoir ſur quel pié il faut le fixer ; il ſemble que ce ſoit aſſez de le regler au double du cens, d'autant plus, que dans ces provinces les cens ſont fort gros. En effet, dans les coutumes où les héritiers doivent un droit au ſeigneur à toutes mutations, ce droit n'eſt que du double du cens ; la coutume du Maine, art. 139 en a une diſpoſition expreſſe.

Dans le Languedoc & dans la Guyenne, il y a un droit que l'on appelle acaptes & ar- 37
rieres-acaptes : ces mots viennent du mot latin *acapitare, velut pro capitali domino agnoſcere*, ainſi que l'explique le ſçavant du Cange dans ſon gloſſaire ſur ce mot. C'eſt donc la même choſe que le droit de reconnoiſſance : en effet, ce droit eſt dû à toute les mutations qui arrivent, tant de la part des ſeigneurs, que des emphitéotes. Ce droit étoit, dans ſon origine, au douzieme denier, ſuivant les remarques du même gloſſateur : ce-

BIU Cujas

pendant les parlemens de Toulouſe & de Bordeaux l'ont reglé au double du cens, ſuivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 2, chap. 30, de la nouvelle édition, & par
38 Lapeyrere, ſur ce mot, n. 5; mais les arrêts du parlement de Paris, ont évalué le droit de reconnoiſſance au douzieme denier de la valeur des héritages.

39 3°. Quand les anciens terriers diſent ſimplement, *cum laudibus, venditionibus, recognitionibus de patre ad filium*, il ſemble que le droit de mi-lod ne ſoit dû qu'aux mutations des emphitéotes, & non point aux mutations qui arrivent de la part des ſeigneurs. En effet, dans les coutumes où il eſt dû droit de relief à toutes mutations, cela ne s'entend
40 que pour les mutations qui arrivent de la part des emphitéotes, ſuivant la doctrine de M. Charles du Moulin, ſur la coutume de Paris, §. 2 gl. 6, nomb. 5, & §. 48, nomb. 3, & de M. Julien Brodeau, dans ſon commentaire ſur la même coutume, art. 3, nomb. 16. M. d'Olive, au même endroit, rapporte un arrêt du dix-neuf janvier 1640, par lequel il a été jugé, que quand le titre ne fait mention que des acaptes, qui eſt le droit dû pour les mutations qui arrivent de la part des ſeigneurs, les arrieres-acaptes, qui eſt la redevance dûe pour la mutation des emphitéotes, ne peuvent pas être exigées. La raiſon que ce ſçavant magiſtrat en donne, eſt très-judicieuſe; il dit que dans les choſes douteuſes & obſcures, il faut ſuivre l'opinion qui favoriſe la liberté, & ne point ſuppléer les paroles, pour établir dans un contrat qui eſt *ſtricti juris*, des droits extraordinaires à l'avantage des ſeigneurs, *qui potuerunt legem apertiùs dicere.* Cependant quoique cette
41 raiſon ſoit tout enſemble juridique & équitable, les dernier arrêts du parlement de Toulouſe s'en ſont écartés, & ont jugé, que ſous le mot d'*acaptes*, les arrieres-acaptes ſont compris, ſuivant deux arrêts des quatre février 1649 & 31 mars 1650 rapportés par M. Catelan, t. 1, liv. 3, chap. 8.

42 Les arrêts du parlement de Paris jugent auſſi, quoique les terriers ne parlent que des reconnoiſſances de pere à fils, & qu'ainſi elles n'ayent leur rapport qu'aux emphitéotes qui les font, néanmoins les mi-lods ſont dûs pour les mutations qui arrivent de la part des ſeigneurs.

43 Dans la coutume d'Orléans, il y a un titre des rélevoiſons à plaiſir, qui eſt un droit dû par ceux qui poſſedent des héritages en roture: ce droit eſt le revenu d'une année de l'héritage. La vieille coutume diſoit ſimplement, que le droit de rélevoiſons étoit dû à toutes mutations: ce qui avoit fait croire aux ſeigneurs qu'ils pouvoient exiger ce droit aux mutations qui arrivoient de leur part. Mais lors de la premiere réformation de la coutume en 1509, & de la ſeconde en 1583, l'on reſtraignit ce droit aux mutations des cenſitaires ſeulement, ainſi qu'il eſt déclaré dans l'art. 126 de la nouvelle coutume.

4°. Suppoſant que les mi-lods ſoient dûs à toutes mutations, tant de la part des ſeigneurs, que des emphitéotes; ſavoir, ſi ce droit eſt dû, quand le ſeigneur vend, tranſporte, donne ou aliéne ſa terre à quelque titre que ce puiſſe être.

44 A l'égard de la vente, & de toute aliénation faite à prix d'argent, il eſt certain qu'il n'eſt rien dû. M. Charles du Moulin, au même endroit, traite cette prétention de ridicule: *alioquin ſequeretur quod facto patroni feudum dominans pluries vendentis & recuperantis, aut caſu in ejus perſonam cadente, toties etiam ab antiquo vaſſallo poſſet exigi relevium: quod eſſet abſurdiſſimum.* M. Julien Brodeau, ſur l'art. 3, n. 16 ci-deſſus cité, dit à peu près la même choſe. M. Catelan, dans l'endroit qui vient d'être cité, dit que le droit d'acaptes & arrieres-acaptes n'eſt dû que par la mutation de main, qui ſe fait par mort; il cite un arrêt de l'année 1655, par lequel il fut décidé, que le ſeigneur ayant vendu ſon fief, le nouvel acquéreur ne pouvoit exiger ce droit des emphitéotes.

A l'égard de la donation, il faut diſtinguer entre la donation faite en ligne directe, & celle faite en ligne collatérale, ou à un étranger. Pour ce qui eſt de la premiere, il ſemble qu'elle doive produire le même effet, que l'ouverture de la ſucceſſion, parce qu'une donation en ligne directe, eſt toujours cenſé faite en avancement d'hoirie; & par conſéquent elle doit paſſer pour une donation anticipée. D'ailleurs c'eſt véritablement une mutation qui arrive de la part du ſeigneur, *mutatio Domini;* & preſque tous les terriers portent que ce droit eſt dû à toutes mutations de nouveau ſeigneur.

Nonobſtant toutes ces raiſons, je n'eſtime pas que ce droit ſoit dû en pareil cas. 1°. Il eſt certain que les terriers qui établiſſent ce droit, n'ont entendu parler que des mutations qui arrivent par mort, qui eſt le cas le plus naturel & le plus ordinaire; c'eſt ainſi que le Parlement de Toulouſe l'a interprété.

A l'égard des acaptes & arrieres-acaptes, quoique les terriers donnent ce droit à toutes les mutations des ſeigneurs, & des emphitéotes, ce droit, dit M. Catelan, n'eſt dû que pour la mutation de main, qui ſe fait par mort.

2°. Il y a beaucoup plus de raiſon de ne pas accorder ce droit dans les mutations qui arrivent par la donation en ligne directe, que pour celles qui arrivent à cauſe de la vente; car la fraude & la colluſion eſt beaucoup plus à craindre dans le premier cas, que dans le ſecond;

BIU Cujas

ſecond; l'on ne ſe joue pas ſi aiſément dans les ventes, que dans les donations entre le pere & les enfans, *ſiquidem clandeſtinis ac domeſticis fraudibus facilè quidvis pro negotii opportunitate confingi poteſt, vel id quod verè geſtum eſt, aboleri, l. data jam prid em 27, cod. de donat.*

Mais quand il n'y auroit aucun ſoupçon de fraude, il peut arriver que le fils donataire décédera ſans enfans avant ſon pere; & par conſéquent la terre donnée retournera au pere, par droit de réverſion: & il ſeroit dû un ſecond mi-lod, à cauſe de la nouvelle mutation. Ce pere donnant enſuite cette même terre à ſon fils puîné, il ſeroit dû un troiſiéme droit, & ſi par haſard ce fils puîné venoit à mourir, le pere faiſant paſſer cette même terre à ſes autres enfans, cela multiplieroit les droits à l'infini, *quod eſſet abſurdiſſimum & iniquiſſimum*, pour me ſervir des termes de M. Charles du Moulin, qui eſt le maître des ſentences, en matiere de droits ſeigneuriaux. C'eſt pourquoi *meliùs conſultus* je me rétracte de ce que j'ai avancé tom. 1, liv. 3, queſt. 15, que ce droit étoit dû pour les donations en ligne directe, faite par les ſeigneurs.

Pour ce qui eſt des donations en collatérale, il ſemble que l'intelligence n'étant pas ſi naturelle, ni la colluſion ſi facile, il n'y ait pas tant d'inconvéniens à craindre: cependant elle peut être aiſément pratiquée, par le moyen des contre-lettres. D'ailleurs les mêmes changemens fréquens & réiterés peuvent arriver par la voye de la mort ou de l'ingratitude. Enfin il y auroit de l'abſurdité de favoriſer davantage les donations en collatérale, qu'en directe. Il faut porter le même jugement des donations faites aux étrangers, & tenir pour maxime certaine, que ce droit n'a lieu pour les mutations qui arrivent de la part des ſeigneurs, que par leur mort naturelle. Je dis par la mort naturelle, pour exclure le cas de la mort civile, qui ne doit pas donner ouvertute à un ſemblable droit; le crime du ſeigneur ne doit pas avancer le payement d'une ſemblable charge, & le fils ne doit pas profiter du délit de ſon pere. Il y a encore une raiſon déciſive: Le pere condamné a toujours eſpérance d'obtenir des lettres du prince, dont l'effet eſt de rétablir celui qui les obtient dans tous ſes biens & droits: *indulgentiæ reſtitutio bonorum ac dignitatis, uno nomine amiſſorum omnium ſit recuperatio*, dit l'empereur Conſtantin, dans la loi derniere, au cod. *de ſent. paſſ. & reſtit.* Cela étant ainſi, il ſe trouveroit que le fils auroit exigé un droit qui ne lui appartenoit pas. En effet, Chopin, *de dom.* liv. 1, tit. 8, nomb. 8, cite un arrêt du 12 juin 1542, rendu au profit du ſieur de Saint Valier, qui avoit été impliqué dans l'affaire du connétable de Bourbon, par lequel il fut jugé, qu'en conſéquence de lettres d'abolition, étant rentré dans ſes biens, il ne devoit point de lods, ni aucuns droits ſeigneuriaux, *ex reſtitutione damnati etiam perduellis, non deberi laudimia, vel dominicalia feudorum commoda.* 46 47

Cependant, dans le procès du ſieur marquis du Palais, j'ai vû pluſieurs ſentences rendues au bailliage de Montbriſon, en faveur de meſſire Gilbert de Rivoire ſecond, qui lui ont adjugé ce droit, par la mort civile de ſon pere, condamné à mort, aux grands-jours tenus à Clermont en Auvergne en 1665, pour un crime de rébellion à juſtice. Il y a plus, quelques emphitéotes ayant appellé de ces jugemens, ils ont été confirmés par deux arrêts que j'ai rapporté dans le tom. 1, liv. 3, queſt. 15 & 45.

Mais il faut obſerver que les emphitéotes ne s'attacherent qu'à conteſter le droit en ſoi; il n'y en eut pas un qui s'aviſât d'objecter, que la mort civile n'étoit pas ſuffiſante, pour donner ouverture à un ſemblable droit; & les juges de ce tems ne connoiſſoient gueres le titre du droit, *ut quæ deſunt advocatis partium, judex ſuppleat.*

J'ai cru devoir faire cette obſervation, pour montrer que ces arrêts ne doivent point être tirés à conſéquence; & pour faire connoître le peu de fondement qu'il y a à faire ſur la déciſion des arrêts, il n'y a que le rapporteur & les avocats qui ont écrit au procès, qui puiſſent ſçavoir au juſte ce qui a été décidé, & qui ſoient capables d'en bien inſtruire le public.

Mais que dirons-nous des mutations qui arrivent de la part des emphitéotes, par la voye de la donation?

1°. Il faut diſtinguer la ligne directe d'avec la collatérale. Nous avons dit ci-deſſus, que le droit de mi-lod eſt dû pour les donations d'héritages, faites en ligne collatérale; cette maxime eſt à préſent certaine, & perſonne ne s'aviſe plus de la conteſter.

2°. En directe, il faut diſtinguer la donation univerſelle, d'avec les particulieres. Par la voye d'une donation univerſelle de tous les biens, il ſe fait une véritable mutation; ainſi aux termes des terriers, *cum recognitionibus de patre ad filium*, le fils eſt obligé de paſſer une nouvelle reconnoiſſance; & pour raiſon de cette reconnoiſſance, il ſemble qu'il ne peut ſe diſpenſer de payer un droit de mi-lod; mais en cas de prédécès du donataire, le donateur, reprenant les biens par lui donnés par droit de réverſion, ne doit point de mi-lod; parce qu'il reprend la choſe, en vertu d'une condition tacite, appoſée à la donation, *ſi ſine liberis præmoriatur*; ainſi la donation étant conditionelle, & la condi- 48

BIU Cujas

tion étant arrivée, elle a un effet rétroactif, & par une eſpece de fiction qui opére autant que la vérité, c'eſt la même choſe que ſi la donation n'avoit pas été faite.

3°. A l'égard des donations particulieres, il faut diſtinguer entre celles qui ſont faites en faveur de mariage, & celles qui ſont faites par une pure libéralité, & par un titre particulier.

49 Pour ce qui eſt des premieres, elles doivent être exemptes de tous droits, *immunes ab omni præſtatione & onere;* parce que cela gêneroit la liberté des mariages, qui ſont la ſource & la fin du droit public, qui doit être préféré à l'intérêt particulier des ſeigneurs.

50 Suivant ce principe, il a été jugé au parlement de Toulouſe, par un arrêt du huit avril 1656, rendu en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de M. Catelan, après un partage, que le droit d'arriere-acaptes n'eſt pas dû par la mutation arrivée par la conſtitution dotale, faite par le pere à ſa fille. Ce vénérable magiſtrat parle de cet arrêt, tom. 1, liv. 3, chap. 8, ſur la fin. Je fais grand cas des arrêts rendus au rapport d'un habile conſeiller; & après un partage, c'eſt une preuve que l'affaire a été bien examinée, ſur-tout quand ce conſeiller certifie lui-même que la queſtion a été ainſi jugée; je fléchis volontiers le genouil devant des arrêts de cette qualité.

C'eſt auſſi, ſans doute, par cette raiſon, que le parlement de Paris a jugé, que quand les peres ou meres donnent des héritages en payement pour la dot qu'ils ont conſtituée à leur fille, il n'eſt point dû de lods, quoique régulierement ils ſoient dûs, lorſqu'un débiteur donne à ſon créanciers des héritages en payement. J'ai traité cette matiere ſur la queſtion ci-deſſus.

51 Pour ce qui eſt des donations faites à titre particulier, il ſemble qu'une ſemblable donation étant un titre tranſlatif de propriété, il ſe faſſe une véritable mutation en la perſonne de l'enfant donataire, & par conſéquent, que le droit de reconnoiſſance ſoit dû dès l'inſtant de la donation, ſur-tout quand elle a été ſuivie de tradition & de priſe de poſſeſſion: cependant je n'eſtime pas que le droit ſoit dû dès le moment de la donation, ni de la priſe de poſſeſſion; je crois qu'il faut attendre le décès du pere, parce qu'une donation de cette qualité peut être révoquée pour pluſieurs cauſes, par le prédécès du donataire, par ſon ingratitude; enfin les choſes peuvent changer; au jour du décès du pere, l'enfant donataire a la liberté de venir à partage, en rapportant les héritages à lui donnés, & en les remettant dans la maſſe des biens de la ſucceſſion, ils peuvent tomber à un autre des enfans, & par conſéquent, le donataire n'eſt pas propriétaire incommutable des héritages compris dans la donation, juſqu'au jour du partage des biens de ſon pere: Cela a été ainſi jugé dans la coutume d'Orléans, qui dit dans l'article 126, que les relevoiſons à plaiſir ſont dûes à toutes mutations
52 procédantes de la part des cenſitaires. La cour a jugé par un arrêt du quinze juin 1607, que pour les héritages donnés entre-vifs par le pere à un de ſes enfans, le droit de relevoiſon n'étoit point acquis au ſeigneur, & que pour l'exiger, il devoit attendre le décès du pere. Cet arrêt eſt cité par M. Lalande, dans ſon commentaire ſur la coutume d'Orléans, art. 126.

53 La coutume de Blois, dans l'article 89, décide nettement cette queſtion. Je crois qu'il eſt à propos de rapporter les propres termes de la coutume: *Par donation faite par pere, ou par mere, ou autres parens, en avancement de ſucceſſion, n'eſt dû profit; mais ſi après le trépas du donateur, le donataire ſe tient à ſon don, ledit donataire ſera tenu payer au ſeigneur féodal tel profit qu'il ſeroit dû, ſi ledit héritage lui fût avenu par ſucceſſion.*

Pontanus, dans ſon commentaire ſur la coutume de Blois, *de obvent. feud.* § 14, rend raiſon de cette diſpoſition. Il dit que le fils, en acceptant une donation en avancement de la ſucceſſion future de ſon pere, n'eſt pas encore héritier, puiſque la ſucceſſion n'eſt pas encore ouverte, & qu'il a la liberté d'accepter la ſucceſſion, ou d'y renoncer, pour ſe tenir à ſon don; *acceptando autem donationem in anticipationem ſucceſſionis, nondùm eſt hæres, cùm nondùm aperta ſit hæreditas. Utpotè vivo adhuc donatore, & ſic adhuc durat facultas donatoris, optando an hæreditatem acceptare velit, an eâ repudiatâ, quod donatum eſt accipere.*

Ce même auteur ajoute que nos anciens ont réglé ſur le même pié les donations en avancement d'hoirie, & les ſucceſſions. *Majores noſtri hujus rachatûs ſolutionem, qui ex rebus donatis deberi poterat, in tempus mortis, quo hæreditas incipit, diſtulerunt, & commodum donationis ad normam commodi quod ex hæreditate debetur, velut trutinarunt, in quo ſanè viſi ſunt hanc ſpeciem donationis juri ſuccedendi adæquaſſe.*

Le parlement de Toulouſe a établi la même juriſprudence à l'égard des acaptes & arriere-acaptes: Elles ne ſont dûes que pour les mutations qui arrivent par mort, ſuivant le témoignage de M. Catelan, tom. 1, liv. 3, chap. 8, où il dit que ce droit d'acaptes, & arriere-acaptes, n'eſt dû que par la mutation de main, qui ſe fait par

BIU Cujas

mort, & que cela fut ainſi jugé en la ſeconde chambre des enquêtes, en l'année 1655, au rapport de M. de Caſſaing, après partage, compartiteur M. de Caulet-Roques.

Enfin, dans les cas où les mi-lods ſont dûs, s'il arrive pluſieurs mutations dans une même année, ſoit de la part des ſeigneurs, ou des emphitéotes, comme cela ſe 54
peut faire fort naturellement, & arrive très-fréquemment; ſçavoir, ſi pluſieurs droits ſeront dûs, il faut dire qu'il n'eſt dû qu'un ſeul droit.

Cette queſtion ſe trouve traitée par pluſieurs auteurs des pays de coutume par rapport aux fiefs. Dans les mutations qui arrivent en ligne collatérale, il eſt dû un droit de relief ou de rachat, qui eſt le revenu d'une année. Il a été queſtion de ſçavoir, quand il arrive pluſieurs mutations dans une année, s'il eſt dû pluſieurs reliefs: M. Charles du Moulin, à qui j'ai toujours recours dans ces matieres, comme à l'oracle, traite la queſtion ſur le § 22 de l'ancienne coutume de Paris, nomb. 111, 112 & 113. Sur la fin de ce dernier nombre, il conclut en ces termes: *Ex quibus infero concluſionem ſummè notandam, quòd ſi fortè intrà annum à morte vaſſalli ſucceſſivè moriantur plures ei gradatim ſuccedentes à latere, nullum relevium propter eorum ſucceſſiones, quæ non durarunt, debetur, ſed ſolum unicum relevium per ultimum mediatum hæredem, etiamſi ſeptimus vel fortè decimus ſit in ordine.* Il ajoute qu'il n'en eſt pas dû, même des mutations réïtérées, qui arrivent par des contrats volontaires.

La coutume d'Orléans a deux articles qui décident cette queſtion. Le premier eſt l'article 17, qui parle du droit de relief; il dit que ſi dans une même année un fief tombe en pluſieurs rachats par mort, il ne ſera dû qu'un ſeul rachat. Le deuxiéme eſt l'article 139, qui parle du droit de relevoiſon. Il dit que pour pluſieurs mutations, qui arrivent par mort dans une même année, il n'eſt dû qu'une relevoiſon.

Dans le journal des audiences, il y a un arrêt du 20 mars 1662, qui n'adjuge qu'un ſeul relief pour le mariage de deux ſœurs mariées dans la même année.

Le compilateur des commentateurs de la coutume de Paris, art. 33, nomb. 58, dit qu'il n'eſt dû qu'un ſeul relief, quand pluſieurs mutations arrivent dans une même année par contrats volontaires. Il cite un arrêt du 18 mars 1610, qu'il dit l'avoir ainſi jugé. Il cite auſſi l'arrêt du 20 mars 1662, rapporté dans le journal des audiences; mais c'eſt un cas particulier, qui ne doit point être tiré à conſéquence pour tous les autres contrats volontaires.

Le même du Moulin, ſur le § 53, nomb. 12, juſqu'au 34, propoſe une eſpece qui a encore beaucoup de rapport à notre queſtion. Dans la coutume de Blois, il y a des cens à cher prix; ce cens ſe paye à toutes mutations, même en ligne directe; & il eſt au douziéme denier de la valeur des héritages; ainſi c'eſt la même choſe que notre mi-lod. Ce ſens a été introduit par les eccléſiaſtiques, contre l'avarice deſquels du Moulin & Pontanus déclament fortement; ils déclament auſſi contre les commiſſaires qui furent employés à la réformation de la coutume, qui eurent la complaiſance pour les eccléſiaſtiques, d'inſérer dans la nouvelle coutume, un cens qui n'étoit pas dans l'ancienne, au préjudice de l'oppoſition du tiers-état, à la tête duquel étoit Pontanus, qui eut le courage d'appeller de l'ordonnance des commiſſaires, & de venir à Paris pour faire juger ſon appel. Il s'adreſſa à M. Charles du Moulin, qui écrivit au procès: Ils eurent l'avantage d'obtenir un arrêt contradictoire le treize juin mil cinq cens trente-cinq, par lequel l'ordonnance des commiſſaires fut déclarée nulle; & faiſant droit ſur l'oppoſition du tiers-état, il fut ordonné que ces mots, *à cher prix*, ſeroient rayés de la coutume, ſauf aux ſeigneurs à établir leurs droits par autres titres que la coutume. J'ai cru devoir rap- 55
porter cette hiſtoire, pour faire honneur à ces deux bons citoyens, que l'on peut appeller les derniers des Romains; car on ne trouve plus perſonne qui ait un zéle ſi ardent pour le bien de la juſtice, & un amour ſi ſincere pour la patrie. Cela doit auſſi ſervir à déſa- 56
buſer les partiſans du droit coutumier, qui croyent que les coutumes ſont les loix du monde les plus juſtes, comme étant l'ouvrage des perſonnes les plus expérimentées de chaque province, à l'aſſemblée deſquelles ont préſidé les commiſſaires de la cour, nommés par le roi. 1°. Les cahiers étoient rédigés avant l'arrivée des commiſſaires, par les officiers des lieux, la plupart gens ignorans, ou intéreſſés. 2°. Les commiſſaires n'avoient pas le tems d'examiner toutes les difficultés, ni les moyens d'empêcher les cabales; enfin, s'ils étoient exemts du vice de l'avarice, ils n'étoient pas exemts de tous les ſentimens qu'inſpirent l'amitié, la faveur & le crédit; ainſi l'on peut fort bien nommer les coutumes, *decreta ambitioſa.*

Mais pour revenir à notre queſtion, du Moulin, dans le nomb. 33, dit que ſi dans une même année le cenſitaire meurt, & ſes enfans auſſi, il ne ſera dû qu'un ſeul cher cens: *unde ſi eodem anno deceſſerit cenſuarius, mox ejus filius, deinde nepos plures ſucceſſivè hæredes, non debent tot hujuſmodi relevia exigi, quot fuerunt mortes, non ſolum ne*

BIU Cujas

abſorbeatur proprietas, ſed etiam ne in anno ultrà reditus anni exigatur. Unde hoc caſu pro mortibus omnium eodem anno contingentium, quotquot ſint, non poterit Dominus ultrà unum relevium exigere ab ultimo & ſuperveniente hærede.

57 Au parlement de Toulouſe on juge la même choſe pour ce qui concerne les acaptes & arriere-acaptes, ſuivant le témoignage de M. Maynard, liv. 4, chap. 45, vers le milieu; de M. d'Olive, liv. 2, ch. 30, à la fin; & de M. Graverol, dans ſes obſervations ſur M. de la Roche-Flavain, des droits ſeigneuriaux, ch. 12, art. 1, ſur le mot, *par mort*: ce qu'il faut entendre, dit-il, *par mort avenante une fois dans une année, ne gravamen hominibus nimium fiat.*

58 Le parlement de Bordeaux a paſſé plus avant; il juge que le droit d'acaptes ne peut être exigé qu'une ſeule fois en dix ans; ainſi, quelque fréquentes que puiſſent être les mutations, tant de la part des ſeigneurs, que des emphitéotes, ce droit ne peut être demandé que de dix ans en dix ans, ſuivant un arrêt du 4 février 1628, cité par M. Lapeirere, ſur ce mot, n. 5, à la marge.

Je ne doute pas que les praticiens de la province, que l'on appelle commiſſaires-à-terriers, ne déſaprouvent les diſtinctions que j'ai faites, parce qu'elles vont à diminuer de beaucoup les droits de mi-lods, qui font la plus grande partie de la ſcience de leur grimoire. Je ſuis perſuadé auſſi que la plupart des ſeigneurs, qui cherchent à étendre leurs droits *per fas & nefas*, ne les approuveront pas; mais tous ceux qui aiment la paix & la juſtice, & qui ne cherchent point à s'enrichir des dépouilles des malheureux, ſeront bien-aiſes de ſçavoir au juſte les cas où le droit de mi-lod eſt dû, afin d'éviter les procès, qui arrivent fréquemment pour ces ſortes de droits, qui les fatiguent eux-mêmes, & ruinent les emphitéotes. Mais quoiqu'il en puiſſe arriver, je m'en conſolerai, en diſant, comme Pontanus, ſur l'article 109 de la coutume de Blois, à la fin, *bene enim ac feliciter mecum actum ſemper eſtimavi, ſi quid eſt quod patriæ à me bene conſultum fuerit.*

Mi-lods, à cauſe des diſpoſitions faites au profit des étrangers.

59 Dans la queſtion 26 du liv. 3, tom. 1, j'ai obſervé que pour les diſpoſitions faites au profit des étrangers, il n'eſt dû qu'un ſimple droit de mi-lods, non-plus que pour les diſpoſitions faites en faveur des collatéraux. Et ſur la queſtion 60 de la ſuite de ce livre, j'ai remarqué qu'il y a une exception en faveur des legs faits au profit des pauvres, ſuivant l'arrêt rapporté par l'auteur. Mais j'ai omis d'examiner, ſi la juriſprudence établie par cet arrêt, doit avoir lieu pour les diſpoſitions univerſelles, auſſi-bien que pour les particulieres.

60 Je ſçai que les ſeigneurs ſont en droit de faire payer des mi-lods aux hôpitaux, lorſqu'ils ſont inſtitués héritiers; mais je ne comprends pas quelle différence il peut y avoir à cet égard entre les legs & les inſtitutions d'héritiers; & je crois que la même raiſon qui a fait exemter les legs faits aux pauvres du droit de mi-lods, en doit faire décharger les inſtitutions d'héritiers; c'eſt toujours le même principe, ſçavoir, le ſoulagement des pauvres. Il faut ajouter que les ſeigneurs ſont obligés de nourrir les pauvres, ſur tout les enfans expoſés, ainſi que la cour l'a jugé par pluſieurs arrêts; & par conſéquent, ils ne ſont pas en droit d'exiger des droits pour une diſpoſition qui les décharge de leur propre obligation. Dans la vûe d'un devoir auſſi pieux, le roi ne fait point payer les droits d'amortiſſement aux hôpitaux; les ſeigneurs doivent tenir à honneur d'imiter en cela la conduite du roi.

61 Cette déciſion doit auſſi avoir lieu pour les diſpoſitions faites pour les beſoins des égliſes paroiſſiales, & pour la commodité ou l'utilité publique, ſuivant les arrêts du parlement de Toulouſe, rapportés par Meſſieurs Maynard, liv. 4, ch. 43; la Roche-Flavain, des droits ſeigneuriaux, ch. 38, art. 1, & d'Olive, livre ſecond, chapitre ſeiziéme de ſes notes.

* L'on peut appliquer à cette queſtion l'édit de l'empereur Trajan, dont Pline fait l'éloge dans le panégirique de ce prince. L'empereur Nerva avoit déchargé les ſucceſſions en ligne directe du droit de vingtiéme. Trajan étendit cette décharge aux ſucceſſions des freres & ſœurs. *Nec verò contentus primum cognationis gradum abſtuliſſe vigeſimæ, ſecundum quoque exemit, cavitque ut in ſororis bonis frater, & contra in fratres ſoror, & invicem illi ſervarentur immunes.*

Fin de la ſuite du troiſiéme livre.

BIU Cujas

DES

RESTITUTIONS EN ENTIER, CESSIONS ET TRANSPORTS, CONSTITUTIONS DE DOT, RENONCIATIONS, HYPOTHEQUES, ACTIONS ET PRESCRIPTIONS.

LIVRE QUATRIEME.

DES RESTITUTIONS EN ENTIER.

QUESTION PREMIERE.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les mineurs ne doivent pas être reſtitués ſur le fondement de la ſeule minorité, il faut qu'il y ait léſion.*
2. *Eſpèce de l'affaire ſur laquelle l'arrêt ſuivant eſt intervenu.*
3. *Les tranſactions ſont favorables ; celles paſſées avec les mineurs ne doivent pas être reſcindées, s'il n'y a une léſion évidente.*
4. *La léſion ne doit pas ſe préſumer dans les tranſactions paſſées par le pere, en qualité de légitime adminiſtrateur de ſes enfans.*
5. *Arrêt du 3 mars 1629, qui a ordonné l'exécution d'une tranſaction paſſée par un pere pour ſes enfans mineurs.*
6. *Autre arrêt du 6 avril 1623, qui a interloqué, pour connoître s'il y avoit de la léſion dans une tranſaction paſſée par une mere tutrice de ſes enfans.*
7. *La tranſaction doit être entretenue, juſqu'à ce que la léſion ait été prouvée.*
8. *Il y a pluſieurs cas où la léſion n'a pas beſoin d'être inſtituée.*
9. *1°. Dans le cas de l'acceptation d'une ſucceſſion faite par un mineur purement & ſimplement.*
10. *2°. Dans le cas d'un emprunt fait par un mineur.*
11. *3°. Dans le cas de l'aliénation des immeubles des mineurs.*
12. *4°. Dans le cas d'une donation entre-vifs par un mineur.*

BIU Cujas

CHAPITRE I.

Des reſtitutions en entier, tant pour mineurs, que majeurs.

QUESTION I.

Si la ſeule minorité ſuffit pour la reſtitution en entier, & s'il eſt néceſſaire, avant que de caſſer le contrat, d'entrer en connoiſſance de cauſe de la léſion.

1 LORSQUE les mineurs reclament contre quelque acte fait par eux ou leur tuteur, les juges le plus ſouvent s'arrêtent trop légerement à la ſimple minorité, & ſous le prétexte d'icelle, remettent les parties au premier état, ſans entrer en l'examen de ce qui a été fait, & ſans connoître quel préjudice le mineur peut avoir reçu; contre ce que dit le juriſconſulte, *in lege* 44. *ff. de minor. non omnia quæ cum minoribus geruntur irrita eſſe, ſed tantum cauſâ cognitâ*, comme la cour auroit jugé en la queſtion ſubſéquente.

2 Thomas Boulard & Sybile Vinole ſa femme, étant décedés ſans teſter, délaiſſent quatre enfans héritiers par égale portion, ſçavoir Claire, Françoiſe, Gaſpard & Marguerite Boulard. Claire Boulard épouſe maître Charles de Villiers avocat au bailliage de Forêts, & conjointement avec ſon mari, pendant la minorité des autres enfans, ſe ſaiſit des biens, & en jouit juſqu'à ce que ledit Gaſpard Boulard, tant en ſon nom, que de Françoiſe & Marguerite ſes ſœurs, comme ayant leur droit cédé, auroit convenu ladite Claire Boulard, & ledit de Villiers ſon mari, pour l'expédition & relâche de leurs portions contingentes. Sur quoi leſdits mariés de Villiers ayant donné quelque contentement audit Gaſpard Boulard, l'auroient arrêté par contrat de l'année 1601, lors duquel il étoit encore mineur. Ne s'étant voulu tenir à l'accord, comme préjudiciable, le procès auroit été renouvellé, & après quelques jugemens, autre tranſaction auroit été paſſée entre les parties, le 6 Mars 1615, par laquelle ledit Gaſpard Boulard auroit remis tous ſes droits paternels & maternels, & deſdites Françoiſe & Marguerite ſes ſœurs, tant en principal qu'intérêts, moyennant la ſomme de quinze cent livres. Et parce que lors ladite Claire Boulard étoit décédée, & avoit délaiſſé Claudine & Marguerite de Villiers, ſes filles & héritieres. ledit ſieur Villiers auroit tranſigé pour elles en qualité de pere & légitime adminiſtrateur.

3 De ſon vivant on ne reclame point, ayant ledit de Villiers payé quelques intérêts; mais après ſon décès, & dudit Gaſpard Boulard, Françoiſe Tricot ſa femme & héritiere, ne pouvant ſe faire payer de la ſomme ſuſdite de quinze cens livres, elle fut néceſſitée de convenir pardevant le juge des lieux, maître Benoît Mitaud, pere & tuteur de Charles Mitaud ſon fils, & de ladite Claudine de Villiers, & Guillaume Boulard, Curateur de Marguerite de Villiers, pour voir déclarer la tranſaction exécutoire ſur les biens de ladite Claire Boulard leur mere. C'eſt qu'ayant obtenu par ſentence du juge de Nervieu, & enſuite fait ſaiſir & mettre en criées les biens, leſdits Mitaud & Guillaume Boulard ès qualités ſuſdites, en auroient appellé au bailliage de Forêts, & incidemment obtenu lettres pour la caſſation de la tranſaction paſſée avec ledit Charles de Villiers, au nom de ſes filles, pour lors mineures & ſous la tutelle, afin que ce fondement caſſé, la condamnation, ſaiſies & criées fuſſent renverſées, contre leſquelles criées, ils objecterent d'abondant quelques nullités, mais foibles & legeres.

Ladite Tricot, & Gilbert Duchal ſon ſecond mari, ſoutiennent les appellans non recevables, puiſque la tranſaction avoit été paſſée par le pere au nom de ſes filles, & à leurs benéfice, pour terminer un procès, & conſerver à ſeſdites filles la totalité des biens deſquels lui & ſa femme avoient joui longues années, & demeureroient comptables des fruits, pour leſquels ladite Tricot auroit droit d'hypothéque ſpéciale, ſur la part de ladite Claire Boulard, pour lui faire imputer leſdits fruits, ou moins prendre.

Sur cette conteſtation le bailli de Forêts rend ſa ſentence, & par icelle infirmant celle dont étoit appel, & entérinant les lettres, remet les parties au même état qu'elles étoient auparavant la tranſaction, & déclare quitte les appellans de la ſomme y contenue, avec dépens; ſauf à ladite Tricot à ſe pourvoir pour ſes prétentions, & ſur l'inſtance de garantie, contre M. Jean de Verney, pour répondre de la forme des criées, les parties hors de cour & de procès, ſans dépens.

De cette ſentence leſdits mariés Duchal appellent par mon avis à la cour, où ils remontrerent, ou pouvoient remontrer pour griefs & moyens d'appel, qu'il n'y a rien de plus favorable que les tranſactions; l'obſervation deſquelles concerne l'intérêt public, & le repos des familles, *ne lites de litibus fiant*: & c'eſt pourquoi de droit elles ne peuvent être caſſées, ſous pretexte de léſion, tant ſoit-elle énorme, *l. in ſumma paragraph.* 1. *ff. de condict. indebiti, l. Lucius* 78. *paragraph. ult. ff. ad Senatuſc. Trebell.* ce que l'édit des tranſactions d'Henri ſecond avoit confirmé: de ſorte que comme entre les majeurs la léſion d'outre moitié ne ſuffit, s'il n'y a dol perſonnel, pour reſcinder une tranſaction: auſſi entre mineurs la ſeule minorité ne doit ſuffire, s'il n'y a léſion concurrente. Ce qu'il faut de même obſerver pour tous autres contrats, moins favorables, paſſés avec mineurs, ou leurs tuteurs & curateurs: *ſciendum eſt enim, non paſſim minoribus ſubveniri, ſed cauſa cognita, ſi capti eſſe proponantur*, dit le juriconſulte, *in l. verum, paragraph.* 3. *ff. de min.* C'eſt pourquoi il eſt néceſſaire d'entrer en connoiſſance de cauſe, & voir s'il y a léſion évidente, *nec enim utique qui minor eſt, ſtatim & circumſcriptum ſe docuit*, dit Ulpien, *in l. nam poſteaquam, paragraph. minor, ff. de jurejurando*, où il oblige le juge de connoître ſi le mineur à été trompé.

Les appellans ſoutenoient donc qu'il avoit été mal jugé d'avoir caſſé une tranſaction favorable, ſans qu'il ſoit apparu qu'il y eût aucune léſion, attendu même que ladite tranſaction n'avoit été paſſée 4
avec un ſimple tuteur & curateur, mais avec un pere qui étoit avocat & juge du lieu: ce qui la rendoit hors de ſoupçon, & faiſoit préſumer qu'elle avoit été plûtôt avantageuſe que préjudiciable à ſes filles, à cauſe qu'on ne préſume jamais en mauvaiſe part contre le pere, & tout ce qu'il fait tend toujours à l'avancement des ſiens, par la force de

BIU Cujas

cette affection naturelle qui descend toujours & ne monte point. Ainsi *in l.* 11. *paragraph.* 20. *ff. quoa falso tutori*, le pere mariant sa fille avant l'âge de douze ans contre la prohibition de la loi, est présumé l'avoir fait en bonne intention, *affectu enim propensiore magis quàm dolo id videri fecisse*; & cette présomption tirée des entrailles de la nature, *facit omnia patri videri concessa*, *l. Aurelius paragraph. Titius ff. de lib. legat.* si bien que le pere est censé faire ses affaires, quand il fait ceux de ses enfans, *quia paterna pietas consilium pro liberis capit*, *ut dicitur in l. nec ea ff. ad leg. Juliam de adult.* & cest pourquoi le fils est appellé, *pars corporis paterni*, *in leg. cum scimus* 22. *de agric. & cens.* & par conséquent l'intérêt étant commun, le préjudice de l'un retombant sur l'autre, on ne doit pas croire que ledit feu de Villiers ait voulu faire tort à ses filles, mais bien plûtôt qu'il a fait leur condition meilleure, leur ayant conservé tous les biens pour une somme legere, eu égard aux fruits perçûs.

Que si de droit *non videtur decipi qui transigit amicis præsentibus. l.* 23. *Cod de transf. si quidem amicorum præsentia securitatis testimonium est*; il y a bien plus d'apparence de dire cela d'une transaction faite avec le pere, *quis enim talis affectus extraneus ut vincat paternum*? comme parle l'empereur, *in l. cum furiosus Cod. de curat. furiosi*: ayant même égard à la qualité du pere qui étoit avocat; car l'affection étant concurrente avec la science & prudence, le pere ayant voulu procurer le bien de ses filles, l'ayant pû & sçu, il ne peut rester aucun scrupule, & la considération de ces deux qualités jointes ensemble, doit suffire pour le mal jugé. Outre qu'il semble ridicule que de nouveaux tuteurs trouvent à redire ce qu'un précédent tuteur, plus affectionné, plus expert & mieux instruit qu'eux, a fait, sans justifier sur le champ de la lésion. Ce qu'en effet, la cour auroit jugé par son arrêt, ci-après inséré, quoique les intimés eussent soûtenu, qu'il se trouveroit de la lésion par l'examen du droit des parties, à reprendre les choses au premier état, & que même le pere avoit composé de son fait, & à sa décharge, en tant que les fruits qu'il avoit perçus & qu'il devoit rendre, se trouvoient confus dans la transaction.

Louis, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces présentes lettres verront, Salut. Sçavoir faisons, que comme de trois sentences données par le juge de Nervieu, la premiere du 13 juin 1622 entre Gilbert Duchal, demandeur, d'une part, & Guillaume Boulard, curateur de Marguerite de Villiers, défendeurs, d'autre; par laquelle après l'affirmation dudit Duchal, Decherbland, procureur de Françoise Tricot, femme dudit Duchal, auparavant veuve de Gaspard Boulard, & dudit Guillaume Boulard audit nom, l'obligation du 6 mars 1615, dont étoit question, auroit été déclarée exécutoire sur les biens dudit Charles de Villiers, pour moitié appartenant à ladite Marguerite de Villiers, ce faisant ledit Boulard, audit nom, condamné personnellement pour telle part & portion que ladite de Villiers étoit héritiere dudit Charles de Villiers, & hypothécairement pour le tout, payer audit Duchal, au nom & comme mari de ladite Tricot, en deniers ou quittances valables, la somme de seize cens soixante livres, contenue en l'obligation & les intérêts de quinze cens livres au denier seize, depuis le 25. mars 1617. jusques à l'actuel payement, sauf audit Boulard, audit nom, son recours contre Charles Mitaud, aussi héritier pour l'autre moitié dudit Charles de Villiers, & ès dépens liquidés à trois livres : Autre sentence rendue le 19 septembre audit an contre Benoît Mitaud, par laquelle il est débouté de toutes exceptions & défenses qu'il eût pû dire ou proposer auparavant, & ladite obligation déclarée exécutoire sur les biens dudit feu Charles de Villiers, & ledit Benoît Mitaud, audit nom, condamné personnellement pour telle part & portion que ledit Charles Mitaud étoit héritier dudit Charles de Villiers, & hypothécairement payer audit Duchal & Tricot sa femme, en deniers ou quittances valables, la somme de seize cens soixante livres tournois, contenue en ladite obligation & transaction, & les intérêts de quinze cens livres depuis le 25 mars 1617, jusques à l'actuel payement, sauf audit Mitaud, audit nom, son recours contre ladite Marguerite de Villiers aussi héritiere pour l'autre moitié dudit Charles de Villiers, & aux dépens de l'instance dudit défaut, ou ce qui s'en étoit ensuivi. La troisiéme du 2. décembre 1624, entre lesdits Duchal & Tricot sa femme, esdits noms, demandeurs & poursuivant la saisie & criées des biens & immeubles dudit défunt de Villiers, & de défunte Claire Boulard sa femme, d'une part; & lesdits Guillaume Boulard & Benoît Mitaud, esdits noms, défendeurs; & les opposans & prétendans droits sur lesdits biens, défaillans, d'autre; par laquelle les défauts à faute de présentation auroient été déclarés bien & duément obtenus, & pour le profit d'iceux, lesdits Boulard, Mitaud & opposans, déboutés de tous moyens de nullité contre lesdites saisies & criées, & de toutes oppositions, à fin d'annuller & distraire qu'ils eussent pû faire & proposer auparavant; & ce faisant, lesdites criées certifiées bien & valablement faites, & comme telles seroient parfaites & parachevées en la maniere accoutumée, & lesdits défendeurs & défaillans condamnés ès dépens, tant desdits défauts, que de ladite sentence, & de ce qui s'en étoit ensuivi : auroit été appellé pardevant notre bailly de forêt ou son lieutenant à Montbrison, lequel par sentence du 22 septembre 1626 entre ledit Mitaud & Boulard, esdits noms, appellans & incidemment demandeurs en enthérinement de lettres de nous obtenues le 27 janvier 1626 d'une part; & lesdits Duchal & Tricot intimés & défendeurs ès dites lettres, incidemment demandeurs en garantie; & Jean du Verney, défendeur, d'autre : par laquelle auroit été dit qu'il avoit été mal jugé, saisi & procédé; émendant lesdites saisies & criées auroient été revoquées, & lesdits Duchal condamnés ès dommages & intérêts, & dépens faits, tant pardevant le juge de Nervieu, que pardevant lui; & faisant droit sur nosdites lettres, icelles entérinant, les parties remises en tel état qu'elles étoient auparavant les obligations & transactions du 6. mars 1615, ce faisant ledit Mitaud & Boulard ès dits noms déclarés quittes du contenu en icelles, sauf ausdits Duchal & Tricot se pourvoir comme ils aviseront, sans dépens de nosdites lettres, & sur la demande en garantie les parties hors de cour. Vu le procès d'entre lesdits Duchal & Tricot sa femme, appellans, d'une part; & lesdits Benoît Mitaud, & Guillaume Boulard esdits noms, & Verney intimé, d'autre, si bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès; prétendus moyens de nullité, & production nouvelle, que les appellans pourroient bailler dans le tems de l'Ordonnance, auxquels griefs, prétendus moyens de nullité, lesdits intimés pourroient répondre, &

BIU Cujas

contre ladite production nouvelle, bailler contredits aux dépens deſdits appellans; icelui procès vu, production nouvelle deſdits Duchal, Tricot, Mitaud, & Boulard, eſdits noms; contredits d'icelle, ſalvations deſdits Mitaud & Boulard; arrêt du 20 août 1627 entre leſdits Mitaud & Boulard, appellans de deux ſentences données par notredit Bailli, le 18 décembre 1599 & 23 Février 1601, d'une part, & leſdits Duchal & Tricot intimés, d'autre; par lequel leſdites parties auroient été appointées au conſeil, bailler cauſes d'appel, réponſes & produire: Requêtes deſdits Mitaud & Boulard, du premier ſeptembre 1627, employée pour cauſes d'appel, forcluſions de fournir de réponſes, production deſdits Mitaud & Boulard, ſur leſdites appellations verbales, après que pour production leſdits Duchal & Tricot auroient employé la requête du vingt août mil ſix cent vingt-ſept, & ce qu'ils auroient écrit & produit, contredits deſdits Duchal & Tricot, contre leſdites productions deſdits Mitaud & Boulard, ſuivant l'arrêt du 8. février, 1628: Autre arrêt, par lequel auroit été ordonné, que la copie rapportée de ladite ſentence du 18 décembre, ſuivant ledit arrêt du 18 février, vaudroit original: acte de renonciation à la ſucceſſion dudit Charles de Villiers, par leſdits Mitaud & Boulard eſdits noms, du 9 août 1627 communiqué auſdits Duchal & Tricot: Tout joint & diligemment examiné: Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur le procès par écrit, en tant que touche l'appel deſdits Duchal & Tricot ſa femme, à l'égard deſdits Mitaud & Boulard, eſdits noms, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant, ſans amende; émendant, ſans avoir égard à noſdites lettres, de l'effet & enthérinement deſquelles a débouté & déboute leſdits Mitaud & Boulard, a ordonné & ordonne, que les ſentences des 13 juin 19 ſeptembre & 2 octobre, ſortiront leur plein & entier effet; & ce faiſant, que ſur les ſaiſies & criées ſera paſſé outre à la vente & adjudication par décret des héritages ſaiſis, & tant ſur l'appel deſdits Duchal & Tricot, à l'égard dudit de Verney, que ſur leſdites appellations verbales, a mis & met leſdites parties hors de cour & de procès, ſans dépens des cauſes principales & d'appel. Si donnons en mandement à notre bailli de Forêts, ou ſon lieutenant à Montbriſon, à la requête deſdits Duchal & Tricot, le préſent arrêt mettre à exécution, ſelon ſa forme & teneur, & au premier de nos huiſſiers ou ſergent, faire les exploits qu'il conviendra: de ce faire vous donnons pouvoir. Donné à Paris en notre Parlement le troiſiéme jour de mars l'an de grace 1629. & de notre regne le dix-neuviéme. Par jugement & arrêt de la cour. RADIGUES.

L'arrêt qui ſuit tombant ſur le même point, & par icelui ayant été jugé, qu'il ne faut légerement caſſer les contrats, dont les mineurs reclament, & qu'il faut d'abord ſçavoir s'il y a du préjudice ou non; j'ai jugé à propos de joindre ici ledit arrêt.

Extrait des regiſtres du parlement.

6 Entre meſſire Balthazar de Levy, ſoit diſant héritier de défunt meſſire jacques de Levy ſon pere, aſſiſté de l'autorité de meſſire Pierre Rival ſon curateur, & ledit Rival, audit nom, appellans des actes de miſes en poſſeſſion des 11 & 12 octobre 1620, enſemble des ordonnances du bailli de Forêts ou ſon lieutenant; & encore, comme d'abus, de juge incompétent & recuſé, de la permiſſion d'obtenir monition, de la publication d'icelle, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, intimé & demandeur en lettres des 5^e^ jour de Mai 1621 & 24 mars 1623, & défendeur, d'une part; & meſſire Louis de ſaint Prieſt, chevalier ſieur & Baron dudit lieu, & de ſaint Etienne de Feuran, pere & légitime adminiſtrateur d'Aymard de ſaint Prieſt, héritier par benéfice d'inventaire dudit feu meſſire Gaſpard de Levy ſon oncle, intimé, défendeur appellant de l'acte de miſe en poſſeſſion du 9 octobre 1620, & demandeur en requête du Juin 1621, à fin de réintégrande, d'autre, ſans que les qualités puiſſent préjudicier. Grenet pour de Levy & Rival ſon curateur, a dit, qu'au préjudice des récuſations propoſées contre maître Lambert Grouppet, juge de Montbriſon, il a mis en poſſeſſion l'intimé des terres de Couzan, Bouin, Champ, Chalain-d'Uſore; èſquelles il ſuccede comme héritier inſtitué de Jacques de Levy ſon pere, qui eſt ſon appel, auquel conclut: comme auſſi en la requête de réintegrande, & lettres de caſſation de la tranſaction faite par ſa mere qui étoit en poſſeſſion deſdites terres: Et pour le regard de l'appel comme d'abus par lui interjetté de la publication de la monition, qu'il n'y entend perſiſter. Cornoaille pour le ſieur de ſaint Prieſt, que ſon fils eſt héritier de Gaſpard de Levy, fils du premier mariage, lequel a fait teſtament, qui a été ſouſtrait; lequel lors de ſon décès étoit en poſſeſſion deſd. terres, qu'il tenoit par ſubſtitution faite par ſon biſayeul: & partant Jacques de Levy n'a pû inſtituer héritier Baltazard de Levy, & ne les peut poſſéder, d'autant que Gaſpard étoit celui qui devoit jouir, étant au quatriéme dégré, de la ſubſtitution d'Euſtache de Levy, & Alix de Couzan; ce que la mere de l'appellant reconnoiſſant, a tranſigé avec ledit Gaſpard de Levy, par l'avis de trois Gentils-hommes de leurs parens, de l'avocat du roi, de deux avocats du ſiége de Montbriſon, & dudit Rival, curateur dudit Baltazard de Levy; en vertu de laquelle tranſaction faite en juillet 1619, ledit défunt Gaſpard de Levy avoit joui paiſiblement deſdites terres de Couzan, Bouin, Chalain d'Uzore & Champ, juſques au jour de ſon décès, advenu au mois d'octobre 1620: laquelle tranſaction étoit grandement avantageuſe pour ledit Baltazard; & toutefois quand elle recevroit difficulté, ſoutient que pendant le procès, ledit de ſaint Prieſt, tuteur de ſes enfans, doit jouir des terres en la poſſeſſion deſquelles étoit ledit Gaſpard au jour de ſon décès, en laquelle il demande être réintegré avec reſtitution des fruits; ſupplie la cour le recevoir appellant de la miſe en poſſeſſion dudit Baltazard, comme héritier de défunt meſſire Jacques de Levy ſon pere, faite par l'aſſeſſeur criminel de Montbriſon. Servin pour le procureur général du roi a dit, qu'au principal la cauſe n'eſt en état de juger, d'autant que les parties ne ſont pas d'accord en quel degré la premiere ſubſtitution eſt demeurée: mais néanmoins pour la reintégrande, ſemble douteux lequel d'eux etoit en poſſeſſion, ſoit par la conſidération de la mere, qui n'a pû tranſiger pour la propriété des terres, ſoit auſſi que Gaſpard eſt demeuré en jouiſſance d'icelle deux ans, eſtime qu'il y a lieu de ſequeſtrer le tout, juſques à ce qu'il ait été fait droit au principal. La cour ſur l'appel comme d'abus, après la déclaration de Grenet, a mis & met les parties hors de cour & de procès; a reçû & reçoit la partie de Cornoaille appellant de la miſe en poſſeſſion, l'a tenu & tient pour bien relevé, a évoqué & évoque l'inſtance principale, & pour faire droit enſemble ſur les ſuſdites appellations, appointe les parties au conſeil, communiqueront

BIU Cujas

queront leurs plaidoyers, y ajouteront ce que bon leur semblera, produiront au mois, bailleront contredits & salvations dans le tems de l'ordonnance, & sur les lettres en droit, à écrire par avertissement, & produire, & joint audit appointé au conseil, auquel elle a semblablement joint la requête à fin de réintegrande, pour y être fait droit ainsi que de raison : & cependant sans préjudice des droits des parties au principal, a ordonné & ordonne, que de saint Priest jouira des terres mentionnées en la transaction, tous dépens reservés. Fait en parlement le sixiéme avril 1623. Signé, RADIGUES.

7 Encore que la transaction semblât être nulle de prime abord, pour avoir été passée avec une mere & tutrice, sans autre connoissance de cause, & pour contenir l'aliénation des immeubles du mineur; & qu'en conséquence il y eût apparence d'enthériner les lettres, casser ladite transaction, & remettre les parties au premier état; néanmoins la cour voulut connoître le fonds, & sçavoir s'il y avoit eu lésion ou non, le mineur n'étant recevable à reclamer, s'il n'a reçû du préjudice, & c'est pourquoi la transaction fut entretenue par provision : *statur enim instrumento, donec contrarium probatur* : & encore qu'on dise communément, que le contrat ne doit subsister, lorsque l'exception est aussi prompte que l'action, *ut in l. si is à quo ff. ut in possess. legator.* toutefois on ne pouvoit dire que la nullité du contrat fût si visible qu'il fallût sans autre inquisition le casser d'abord, s'il est nécessaire de présupposer & connoître le concours de la lésion & de la minorité, comme la cour fait par sa prudence.

OBSERVATIONS.

L'Auteur dans ce livre traite des actions, des contrats, quasi contrats, & de la résolution d'iceux; il commence par le bénéfice de restitution en entier.

Dans cette question il établit, que les mineurs ne doivent être restitués en entier, qu'avec connoissance de cause, lorsqu'il y a de la lésion, qu'ils souffrent quelque préjudice.

La décision de l'auteur est véritable, & les deux arrêts qu'il rapporte s'appliquent à la question qu'il propose. Il faut néanmoins ajouter quelques exceptions à la maxime générale : elles sont singulieres, & on doit nécessairement les savoir, pour ne pas tomber dans la confusion des principes ou dans la contradiction.

Il y a des cas où le mineur est présumé de droit avoir été lesé, sans qu'il soit nécessaire 8 de justifier la lésion.

Acceptation d'hérédité.

La premiere est l'acceptation d'une hoirie faite par le mineur, de laquelle il doit être relevé par le seul moyen de sa minorité, sans qu'il soit obligé de faire voir en quoi il est lesé. 9 Cette exception est fondée sur deux raisons : la premiere se tire de la loi *hæreditatem* 19 *ff, de acquir. hæredit.* où il est dit : *qui adit, debet scire ex qua causa adeat, quod minor per se scire non potest, cùm infirmum sit illius ætatis consilium, & multis captionibus obnoxium.* Ainsi le mineur n'ayant pas toute la prudence nécessaire pour le bien de ses affaires, il n'est pas présumé avoir sçû choisir le parti qui lui étoit plus avantageux, ou d'accepter purement & simplement, ou d'accepter par bénéfice d'inventaire. La seconde raison se tire de l'effet que produit l'acceptation, *qui adit, eo ipso se obligat omnibus oneribus hæreditariis ;* & cette obligation d'acquitter les dettes & les charges d'une hoirie est censée être onéreuse au mineur, *qui licet videatur conditionem suam facere meliorem adeundo, facit tamen deteriorem se obligando, leg. Arianus* 4, *ff. de obligationib.*

Emprunt fait par un mineur.

Le second cas est l'emprunt fait par le mineur. Il y a une présomption de droit, que 10 l'argent qu'on lui a prêté n'a pas été employé à son profit; c'est la doctrine d'Accurse *in leg. 1, in verbo locupletiorem. cod. si adversus creditorem.* C'est aussi le sentiment de Balde, sur le titre du code, *si adverss. creditor.* où il est dit que, *minor in mutuo læsus præsumitur, ex qua præsumptione restitutio ei datur & data justificatur.* M. le Prêtre, cent. 3, chap. 45, atteste que c'est à celui qui dit que son argent a tourné au profit du mineur, à le prouver, sans que le mineur soit obligé à aucune preuve, parce que la présomption de son âge fait pour lui, & que son âge lui est une suffisante défense; & il assure que c'est la jurisprudence du parlement. M. Louet & son commentateur, let. M, ch. 19, rapportent plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.

* C'est aussi la jurisprudence du parlement de Provence, suivant les arrêts rapportés par Boniface, tom. 1, liv. 4, tit 6, ch. 1.

Notre auteur établit cette maxime dans la suite de ce livre 4, quest. 182 : Sur la fin il dit que le créancier doit veiller à l'emploi de ses deniers, *debet esse curiosus de versione in rem.*

BIU Cujas

Aliénation des immeubles du Mineur.

11 Le troiſiéme cas eſt l'aliénation des immeubles du mineur faite par lui ou ſon tuteur. Ce cas eſt le plus favorable pour la reſtitution, puiſque ſuivant la maxime vulgaire & l'uſage conſtant, les immeubles du mineur ne peuvent être aliénés, quelque néceſſité qu'il y ait, ſinon par décret du juge, & après de grandes formalités précédentes, telles que ſont la diſcution des meubles, la néceſſité de rendre compte par le tuteur, & pluſieurs autres qui doivent préceder la vente; juſques-là que l'acheteur des fonds n'eſt pas reçu à vérifier contre le mineur la néceſſité de la vente volontaire, ni l'utilité de l'emploi des deniers qu'il a délivrés pour le prix.

On conſidere même dans la reſtitution d'un mineur, l'intérêt d'affection qu'il a pour les héritages de ſes ancêtres: c'eſt ainſi que les interprétes le décident ſur la loi 22, au code *de adminiſtrat. tutor.* Il eſt auſſi décidé dans la loi 35, *ff. de morib.* que cette raiſon ſuffit pour reſtituer, ſans qu'il ſoit beſoin de prouver d'autre léſion, Godefroi, *ibid.*

M. le Prêtre, au même endroit ci-deſſus cité, & dans le chapitre 42 de la même centurie, établit fortement cette juriſprudence. Il dit qu'autrefois cela avoit fait une grande conteſtation entre meſſieurs de la premiere & de la ſeconde chambre des enquêtes; que ce différend donna lieu à un arrêt célebre, qui fut rendu en la grand'chambre, deux de meſſieurs de chaque chambre appellés, par lequel il fut arrêté que le mineur étoit reſtituable contre l'aliénation de ſes immeubles faite ſans autorité de juſtice: *non ſolùm ex capite læſionis, ſed etiam ex capite minoris; minor alienando læditur, etſi nullam aliam læſionem notet, quia eſt intereſſe affectionis.*

A préſent la juriſprudence eſt encore plus favorable aux mineurs; l'on juge que les mineurs peuvent être reſtitués contre l'aliénation de leurs immeubles, quoiqu'elle ait été faite par autorité de juſtice & par avis des parens, ainſi que notre auteur l'établit ci-après, queſtion vingt-deuxiéme.

Donation entre-vifs.

12 4°. Dans les donations entre-vifs faites par les mineurs, il n'eſt pas néceſſaire d'entrer en connoiſſance de cauſe, parce que, *donare, eſt perdere, & qui non poteſt alienare, non poteſt donare, l. 163 & 165, de reg. jur. & l. cod. de prad. & al. reb. min. ſine decr. non al.*

A l'égard du ſecond arrêt & de la remarque que l'auteur y a faite, l'un & l'autre ſemblent contraire à la maxime que l'on a établie ci-deſſus; ſavoir, que de droit le mineur eſt préſumé leſé par l'aliénation de ſes immeubles, ſans qu'il ſoit néceſſaire d'examiner au fond quel eſt le préjudice qu'il en ſouffre.

Mais pour être perſuadé que cet arrêt n'y déroge pas, il ne faut qu'entrer dans le motif qui a déterminé la Cour à prononcer de la ſorte. Il y avoit au procès pluſieurs faits & incidens à diſcuter qui étoient joints, & qui dépendoient de la tranſaction dont il eſt parlé: en ſorte que ſi cette tranſaction eût d'abord été caſſée, ſans pénetrer plus avant, ce jugement auroit fait un préjugé contre les autres queſtions qui reſtoient à décider entre les parties, & les auroit jetté dans des inconvéniens irréparables; ainſi il faut regarder cet arrêt comme une exception à la regle, de laquelle même monſieur l'avocat général Servain ne s'étoit pas voulu départir, puiſque ſon ſentiment étoit d'ordonner un ſéqueſtre.

BIU Cujas

RESTITUTION D'UNE HOIRIE,

Acceptée par un majeur.

QUESTION DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpèce du procès, ſur lequel l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
2. *Raiſons & autorités pour montrer qu'une perſonne majeure qui a accepté une ſucceſſion qui paroiſſoit bonne, & qui devient mauvaiſe par le haſard des jugemens, doit être reſtituée.*
3. *Raiſons & autorités contraires.*
4. *Arrêt du 24 juillet 1635, qui a enthériné les lettres.*

QUESTION II.

Si une perſonne majeure, qui a accepté une hoirie purement & ſimplement, en peut être relevée, & reçue à la répudier en comptant de ce qu'elle a manié.

NOUS ne nous arrêterons pas ici à une déduction plus particuliere du fait, qui a donné ſujet à cette queſtion, & à l'arrêt que nous rapporterons ſur icelle : nous réſervons d'en faire un récit plus au long aux autres queſtions, qui tombent dans la même hypothéſe de l'arrêt, & que nous eſpérons traiter plus commodément en leur lieu.

1 Il nous ſuffira donc de préſuppoſer ſeulement ici, que Jacques Perrin, écuyer, ſieur de la Corée, par ſon teſtament holographe du 30 juillet 1608. inſtitua ſon héritiere univerſelle damoiſelle Hilaire de Levy ſa femme, à la charge de faire & nommer héritier un de ſes enfans : qu'enſuite de ce pouvoir ladite de Levy nomma Jean Perrin héritier, par ſon contrat de mariage avec damoiſelle Jeanne de Sauſey ; que depuis, ledit Jean Perrin étant venu à décéder ſans enfans, ladite Hilaire de Levy, héritiere inſtituée par le teſtament par lui fait, accepta l'hoirie purement & ſimplement, & néanmoins fit faire inventaire des titres, papiers & obligations de ſon fils tant ſeulement, & non des effets mobiliers, deſquels elle diſpoſa comme elle voulut ; qu'en ladite qualité d'héritiere, elle fit quelques payemens à ladite damoiſelle Jeanne de Sauſey, veuve du fils, & même lui ceda ſur & en déduction de ſes droits dotaux, des obligations de l'hoirie, juſques à la ſomme de treize mille & tant de livres.

Comme après le décès de Jean Perrin décédé ſans enfans, comme dit eſt, Marguerite Perrin, fille aînée de Jacques, ſe vit appellée à la ſubſtitution de ſes biens par ſon teſtament, elle en avoit auſſi demandé l'ouverture à ſon profit pardevant le bailli de Forêts, & icelle obtenue, à la charge de la diſtraction des dettes, charges & limites acquittées par la mere, & encore de la légitime, & quarte Trebellianique du fils, par ſentence du 21. Juillet 1631. Mais ladite Marguerite Perrin en ayant appellé, par arrêt du 7 ſeptembre 1632, la cour n'adjugea à la mere pour toutes diſtractions, que la ſomme de trois mille livres, pour la légitime de Jean, au moyen de quoi ſon hoirie reçut une diminution notable, par le retranchement des droits, deſquels on avoit crû avec beaucoup d'apparence qu'elle dût être compoſée.

C'eſt ce qui obligea la mere voyant l'hoirie de ſon fils inſolvable, à changer de note, & d'obtenir lettres pour être relevées de l'acceptation par elle faite, & reçûe à compter de ce qu'elle avoit manié : & comme Jeanne de Sauſey, veuve du fils, l'avoit fait aſſigner pour voir déclarer ſon contrat de mariage exécutoire, & cependant avoit fait ſaiſir des effets de l'hoirie, enſuite de l'art. 169 de la coutume de Paris, auſſi ladite de Levy ayant appellé de la permiſſion de ſaiſir, & de la ſaiſie, c'eſt à la cour que ſes lettres furent conteſtées.

Elle les fondoit ſur l'évenement de l'arrêt du 2 ſept ſeptembre mil ſix cent trente-deux, & diſoit qu'elle n'avoit accepté la ſucceſſion de ſon fils, que dans l'aſſurance des droits dont elle étoit compoſée ; ſçavoir, de ſa légitime, & de ſa quarte, & de plus, des dons & avantages faits à elle, & qu'elle avoit quittés à ſon fils ; & néanmoins que la cour en reformant la ſentence du bailly de Forêts, avoit retranché preſque tous ces droits, & réduit la ſucceſſion de Jeau Perrin à ſa légitime, liquidée à trois mille livres ſeulement ; au moyen de quoi la mere ſe trouvant déchue d'une opinion légitimement conçue, il y avoit lieu de reſtitution, par cette raiſon générale, *ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videtur*, enſuite de laquelle le préteur étend le bénéfice de ſon édit aux majeurs, *l* 1. *in fine ff. ex quibus cauſis majores.* Auſſi quand il n'y a point de ſoupçon de fraude, que le majeur s'eſt jetté dans une hoirie en apparence ſolvable, qu'il avoit juſte cauſe d'en préſumer la ſuffiſance, & que c'eſt par un évenement inopiné qu'il ſe trouve trompé en ſes eſpérances ; il n'y a pas apparence de lui dénier le bénéfice de reſtitution, la loi ſeroit trop rigoureuſe, ſi elle ne lui prêtoit ſon ſecours, *ne vel obſit, vel profit, quod evenit*, à cauſe que les évenemens futurs nous ſont incertains, & que la viciſſitude des choſes, le changement des affaires, & la diverſité qui ſe rencontre aux jugemens des hommes, n'en pouvant permettre une connoiſſance aſſurée, on ne peut errer, que l'erreur ne ſoit excuſable ; on ne peut faillir, que la même conſidération qui cauſe la faute, ne ſerve à s'en faire relever : ainſi en une adition d'héredité, ſi elle ſe trouve chargée de grandes dettes, qui étoient cachées, & que l'héritier ne pouvoit pré-

BIU Cujas

voir, il eſt raiſonnable que le majeur ſoit reſtitué. Ainſi par un procès ou autre accident inopiné, une partie de l'hoirie étant éclipſée, le principal & meilleur héritage étant évincé, la reſtitution en entier, même pour un majeur, ne peut qu'être favorable, pourvû que les autres biens de la ſucceſſion ſoient en leur entier, & que par un compte fidèle on puiſſe lever le ſoupçon de fraude.

C'eſt ce que la demandereſſe en lettres diſoit avoir été decidé en ſa faveur par l'empereur Juſtinien au §. *ſciendum, inſtitutionib. de hæredum qualitate, & differentia.* Car après avoir décidé que le préteur doit ſon ſecours aux mineurs qui acceptent une ſucceſſion onéreuſe, il ajoute : *Sciendum eſt tamen Hadrianum, etiam majori viginti quinque annis veniam dediſſe, cùm poſt aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempare latebat, emerſiſſet.*

Ladite Hilaire de Levy propoſoit encore un autre moyen, ſçavoir que par le teſtament de ſon fils elle étoit chargée de rendre l'héredité à ſes filles, ſœur du défunt, par la clauſe de ſon teſtament couché en ces termes, *qu'il ne faiſoit aucun legs à ſes ſœurs, parce qu'il s'aſſuroit que ladite de Levy ſa mere leur rendroit ce qui lui appartenoit, auſſi bien que ce qui venoit d'elle ;* laquelle cauſſe elle diſoit équipoler à la charge & condition expreſſe d'un fideicommis, par l'interprétation de la volonté du défunt, & ſuivant la déciſion de la loi, *unum ex familia* §. *ultimo ff. de leg.* 2. où il eſt dit, que ſemblables termes dont un teſtateur avoit uſé : *Je ne doute pas que mon héritier ne rende*, ſont un fideicommis : *Marcus imperator reſcripſit, verba quibus teſtator ita caverat, non dubitare ſe, quodcumque uxor ejus cepiſſet, liberis ſuis reddituram, pro fideicommiſſo accipienda.* Et c'eſt pourquoi elle déclaroit qu'elle rendroit le fideicommis à ſes filles, & en conſéquence demandoit d'être déchargée de toutes charges héréditaires, parce que *reſtituta hæreditate, actiones, & onera tranſeunt in fideicommiſſarium.*

3 Jeanne du Sauſey défendereſſe aux lettres de reſtitution ſoutenoit au contraire, que la demandereſſe n'étoit recevable à répudier la ſucceſſion de ſon fils après l'avoir acceptée purement & ſimplement, après s'être immiſcée dans icelle, & fait divers actes héréditaires, majeure & certaine de ſes droits, comme auſſi des effets que le défunt avoit délaiſſés : que ſi on avoit quelquefois reçu de grace, & ſans aucun fondement de droit, l'héritier par benéfice d'inventaire à répudier en rendant compte ſuivant l'inventaire ſolemnel par lui fait, on n'a jamais étendu ce paſſe-droit aux majeurs, & à l'égard de l'héritier ſimple, contre lequel cette maxime générale & infaillible, *qui femel eſt hæres, numquam deſinit eſſe hæres*, milite toujours : & telle eſt l'obſervance commune conforme aux termes de la loi 4. *Cod. de repudianda hæred.* en laquelle, *ſicut major, antequam adeat hæreditatem delatam, repudians ſucceſſionem poſt quærere non poteſt, ita quæſitam renunciando nihil agit, ſed jus quod habuit retinet.* Ce paſſage une fois franchi, on ne peut plus faire une démarche en arriere, le repentir y eſt inutile, il en faut demeurer là.

Et ſi en la loi premiere, *ff. ex quibus cauſis majores*, il eſt dit que les majeurs ſont quelquefois reſtituables par une juſte conſidération, c'eſt avec cette condition, que cela ne répugne aux loix ; c'eſt-à-dire, que les loix ne le prohibent expreſſement, & c'eſt ainſi que le juriſconſulte Ulpien *in l.* 28. §. 2. du même titre, explique cette clauſe, *quod jus per leges licebit :* cette clauſe, dit-il, *non illud pollicetur reſtituturum, ſi leges permittant, ſed ſi leges non prohibeant* : de ſorte que la prohibition de la loi y étant expreſſe, la loi voulant que l'héritier majeur demeure toujours héritier ; que cette qualité ſoit attachée à ſes os comme la lépre ; que comme l'ayant répudiée, *non datur amplius regreſſus*, qu'auſſi l'ayant acceptée, il ne s'en puiſſe plus dédire. Il s'enſuit que tout eſpoir de reſtitution demeure interdit, nonobſtant la déciſion ſinguliere qu'on tire du §. *ſciendum inſtit. de hæredum qualitate, & differentia.* D'autant qu'à bien prendre le ſens de l'empereur, ſa déciſion fait plûtôt contre la demandereſſe en lettres, qu'à ſon avantage. Car ayant rapporté la conſtitution de l'empereur Adrien, il ajoute : *ſed hoc quidem D. Hadrianus cuidam ſpeciali beneficio præſtitit* : ce qu'on ne peut partant tirer à conſéquence. Et c'eſt pourquoi le même Juſtinien dit, que l'empereur Gordien fit reſtriction de cette grace en faveur des gens de guerre ſeulement ; en ſuite de quoi il témoigne bien l'avoir entierement retranchée, quand il rappelle la conſtitution par lui faite pour le benéfice d'inventaire, qui eſt la loi derniere, *Cod de jur. deliber.* & donne cette concluſion : *cujus tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit* : Comme s'il vouloit dire, qu'il eſt à preſent inutile de parler du bénéfice de reſtitution en entier pour les majeurs ; puiſqu'ils ont d'ailleurs un remede pour ſe mettre à couvert, & ſe garantir du péril qu'il y a d'accepter une hérédité : de ſorte qu'ils ſont indignes de toute grace, s'ils ont négligé ce remede, & *ſeſe veteri aditionis gravamini ſupponere maluerint.* Ainſi le remede général a exclus le particulier ; & depuis que le benéfice d'inventaire a été introduit, l'excuſe ceſſant, la grace doit auſſi ceſſer, comme l'a décidé le même empereur au §. précédent, *extraneis autem*, du titre préallegué.

N'étant au ſurplus conſidérable l'inventaire fait par ladite de Levy, puiſqu'il eſt défectueux, & n'eſt que des titres ſeulement : outre que pour avoir fait inventaire, on n'eſt pas héritier par benéfice d'inventaire pour cela, ſi on n'a apprehendé l'hérédité, en qualité d'héritier par benéfice d'inventaire, avec les ſolemnités que la loi preſcrit, & qu'on obſerve ſur les lieux.

Et quant au ſecond moyen fondé ſur le prétendu fideicommis, diſoit la défendereſſe qu'il étoit imaginaire, & que la clauſe dont on le tiroit n'étoit qu'une ſimple clauſe d'honneur, pour s'excuſer par le teſtateur de ce qu'il ne leguoit rien à ſes ſœurs : & que quand elle pourroit être priſe pour fideicommis, elle ſeroit toujours inutile, parce que de droit l'héritier inſtitué & chargé d'un fideicommis eſt cenſé vrai héritier, *interim hæres eſt l. non ideo minus ff. de rei vind* : il peut compromettre, il peut tranſiger, & le fidéicommiſſaire lui doit bailler caution d'obſerver ce qu'il a fait, *l.* 36. *ff. ad Trebellianum.* Le tems qui a couru avant la reſtitution de l'hérédité, contre l'héritier direct, ne laiſſe pas d'être imputé au fideicommiſſaire, comme s'il avoit couru contre lui-même, *l. ſi hæres inſtitutus in fine ff. eodem.* Bref, Juſtinien dit nettement au §. 3. *de fideicommiſſ. hæreditatib.* en ſes inſtitutions, que *reſtituta hæreditate, is qui reſtituit nihilominus hæres permanet :* & c'eſt pourquoi tel héritier eſt toujours tenu aux créanciers de l'hoirie en la qualité qu'il ſe trouvoit l'avoir acceptée, & c'eſt à lui de rechercher ſon recours contre celui auquel il a rendu les biens, & qui demeure obligé de l'indemniſer en la qualité qu'il a accepté la reſtitution du fideicommis.

Néanmoins la cour a jugé que la mere devoit être reçue à répudier l'hoirie de ſon fils, & avec

BIU Cujas

une équité manifeſte, puiſqu'en effet elle s'étoit jettée dans la ſucceſſion avec bonne foi; qu'elle avoit eu lieu de la préſumer aſſez opulente; que les droits étoient apparens, & non ſeulement plauſibles, & que le ſujet qu'il l'obligeoit à répudier, venoit de l'évenement d'un procès; outre qu'ayant fait inventaire des principaux effets, & la valeur du reſte ſe pouvant aſſez colliger, les créanciers demeureroient ſans intérêt.

Mais auſſi comme il y avoit de la faute de la part de ladite Levy de n'avoir fait inventaire entier, & qu'il étoit plûtôt raiſonnable qu'elle en portât la peine, que de ſe prévaloir de ſon imprudence, au détriment des légitimes créanciers; la cour par ſon arrêt l'a condamnée à payer pour la valeur des meubles non inventoriés la ſomme de trois mille livres, au ſerment des parties intéreſſées, & joint la preuve de la commune renommée, ſuivant la diſpoſition du droit, *in l. 5. ff. de in litem jurando*, parce qu'on ne peut mieux faire; & qu'il vaut mieux croire celui qui n'a failli, & qui demande le ſien, que celui qui eſt en faute, & ne ſe peut plaindre d'en ſouffrir une ſatisfaction ſi légere, à l'égal de celle qu'il porteroit s'il demeuroit héritier.

ARREST.

4 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navare: Au premier huiſſier de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, SALUT. Sçavoir faiſons, que comme le jour & date des preſentes, comparens judiciairement en notredite cour de parlement, Marguerite du Perrin, femme autoriſée par juſtice, au refus d'André d'Aurelle, ecuyer, ſieur de Terrenoire ſon mari, appellante d'une ſentence donnée par le bailli de Forêts ou ſon lieutenant à Montbriſon le 22 jour de décembre 1632, intimée, & défendereſſe, d'une part: Et damoiſelle Charlotte du Perrin femme d'Hector de Barges, écuyer, ſieur de Merlieu, & de maître Pierre Allard l'un de nos conſeillers, & lieutenant particulier, aſſeſſeur criminel au bailliage de Forêts, & contrôleur général des finances eu la généralité de Lyonnois, Forêts, & Beaujolois, autoriſée par juſtice à leur refus, intimées & demandereſſes à l'enterinement des lettres par elles obtenues en chancelerie le 17 jour de ſeptembre, & requête par elles préſentée ſur icelles au bailliage le 19 jour d'Octobre 1632, appellantes de l'ordonnance & ſentence donnée par l'un des conſeillers audit bailliage de Forêts le 12 de juillet 1629, & encore demandereſſes en requête du 14 jours de mars 1634 & oppoſantes à l'exécution de la ſentence rendue audit Montbriſon du 21 juillet 1631, & de l'arrêt confirmatif d'icelle du 7 ſeptembre 1632. d'autre part: Et entre damoiſelle Hilaire de Levy femme de Jacques du Perrin ſieur de la Corée, héritiere de feu Jean du Perrin ſon fils, qui étoit héritier dudit défunt Jacques ſon pere, appellante de l'ordonnance rendue par ledit bailli de Forêts ou ſon lieutenant le 13 janvier 1634, & de la ſaiſie faite de ſes biens en vertu d'icelle ordonnance, & auſſi demandereſſe en lettres par elle obtenues en chancelerie ledit jour 17 ſeptembre 1632, d'une part; & damoiſelle Jeanne du Sauſey, veuve dudit défunt Jean du Perrin fils, intimée, & leſdites Marguerite, Louiſe & Charlotte du Perrin, eſdits noms & qualités qu'elles procedent, deffendereſſes, d'autre: Et encore ladite du Sauſey demandereſſe en ſommation ſuivant la commiſſion du 5. jour de mars 1634, d'une part; & ladite Marguerite du Perrin défendereſſe, d'autre: Et entre ladite de Levy demandereſſe à l'entérinement des requêtes par elle préſentées à notredite cour le 28 de février & 30 mars 1635, d'une part; & leſdites damoiſelles, Marguerite, Louiſe & Charlotte du Perin, & ladite du Sauſey, défendereſſes, d'autre. Vû par notredite cour la ſentence dont eſt appel par leſdites Louiſe & Charlotte du Perrin, donnée par maître Etienne Papon plus ancien conſeiller audit bailliage de Forêts, ledit jour 12 juillet audit an, 1629, par laquelle il auroit déclaré la ſubſtitution contenue au teſtament fait par ledit défunt Jacques du Perrin ſieur de la Corée pere, le penultiéme jour de juillet 1608, ouverte en la perſonne de damoiſelle Marguerite du Perrin, & condamné ladite Hilaire de Levy ſa veuve à lui faire délivrance des biens délaiſſés par ledit feu de la Corée ſon mari, enſemble des titres, papiers & enſeignemens concernant leſdits biens ſubſtitués, ſurſeoir néanmoins l'exécution de ladite ſentence pendant ſix mois, pendant leſquels ladite damoiſelle de Levy feroit, ſi bon lui ſemble, liquider les droits par elle prétendus ſur leſdits biens ſubſtitués; leſdites lettres obtenues par ladite de Levy en Chancelerie ledit jour 17. ſeptembre audit an 1632, pour faire caſſer l'acceptation par elle faite de l'hérédité dudit Jean du Perrin ſon fils, & tous autres actes faits en conſéquence, & que les parties fuſſent remiſes en tel & ſemblable état qu'elles étoient auparavant icelle; & en ce faiſant ladite de Levy reçûe à renoncer purement & ſimplement à la ſucceſſion dudit Jean du Perrin ſon fils, en rendant & reſtituant tous les fruits par elle pris & perçûs; enſemble le contenu en l'inventaire qu'elle avoit de ſes biens, titres & papiers, après ſon décès; ſauf & ſans préjudice des frais funéraires, & autres dettes privilegiées, qu'elle peut avoir payé après le décès de ſondit fils; requête par ladite de Levy préſentée audit bailli de Forêts le 19, jour d'octobre audit an 1632, pour l'entérinement deſdites lettres: leſdites lettre auſſi obtenues en Chancelerie par leſdites Louiſe & Charlotte du Perrin, ledit jour 17. ſeptembre 1632. pour être reſtituées contre les acceptations, quittances & renonciations faites par leur contrat de mariage aux ſucceſſions de Jacques du Perrin leur pere, & Jean du Perrin leur frere, les ſucceſſions deſquels ſoient partagées *ab inteſtat* entr'elles & Marguerite du Perrin leur ſœur, pour être à chacune d'elles baillé leur part & portion, avec reſtitution des fruits & revenus, à telle eſtimation que de raiſon; en rapportant toutefois & défalquant ſur leſdits fruits & autres biens, ce qu'elles ſe trouveront avoir eu & reçu au moyen deſdits contrats, & ce qui ſe trouvera être tourné à leur profit; ladite requête préſentée audit bailli de Forêts ou ſon lieutenant, ledit jour 19 octobre audit an 1632, par leſdites Louiſe & Charlotte du Perrin eſdits noms, pour faire aſſigner ladite damoiſelle Hilaire de Levy, veuve dudit défunt Jacques du Perrin, tutrice de ſes enfans, à fin de rendre compte de ladite adminiſtration des biens de ſon mari pendant leur minorité; enſemble ladite damoiſelle Marguerite du Perrin leur ſœur, & ledit d'Autelle ſon mari, pour l'autoriſer aux fins deſdites lettres, pour icelles enthérinées venir à diviſion & partage des biens délaiſſés par le décés *ab inteſtat* dudit Jacques du Perrin leur pere, & de Jacques & Françoiſe du Perrin leur frere & ſœur, auſſi decedés *ab inteſtat*; avec reſtitution des fruits par elle perçûs, pour la part afferante auſdi-

BIU Cujas

tes Louiſe & Charlotte, en rapportant par elles, ou moins prenant comme deſſus : la ſentence dont eſt appel par ladite Marguerite du Perrin, du vingt-deux décembre audit an 1632, par laquelle il eſt ordonné, ſans avoir égard aux déclinatoires & récuſations générales formées par ladite Marguerite du Perrin, que les parties procéderoient au ſiége de Montbriſon, & qu'icelles défendroient auſdites lettres dans la quinzaine, dépens réſervés : la requête préſentée par ladite du Sauſey audit Bailli de Forêts le trentieme jour de janvier 1634, tendante à ce que ladite de Levy au nom & comme héritiere dudit défunt Jean du Perrin ſon fils, qui avoit épouſé ladite du Sauſey, fût aſſignée, pour voir ordonner que ſon contrat de mariage avec ledit Jean du Perrin fils, en tant que beſoin eſt ou ſera, fut déclaré exécutoire ſur les biens généralement des hoiries deſdits du Perrin pere & fils, & de ladite damoiſelle de Levy, comme il étoit de ſon vivant; & cependant qu'il lui fût permis de faire ſaiſir les biens tant meubles, qu'immeubles d'icelles ſucceſſions ſujets à la reſtitution de la ſomme de dix-ſept mille livres dûs de reſte de la ſomme de trente deux mille livres pour ſon dot & augment, & pour intérêts échus & à écheoir : l'ordonnance dont eſt appel par ladite de Levy étant au bas de ladite requête, portant aſſignation, & cependant permiſſion de faire ladite ſaiſie : ladite requête deſdites Louiſe & Charlotte du Perrin dudit jour 14 mars audit an 1634, tendante à ce qu'elles fuſſent reçues oppoſantes à l'exécution de la ſentence rendue pardevant ledit bailli de Forêts ou ſon lieutenant, entre ladite de Levy & Marguerite du Perrin le 21 juillet 1632, & de certain arrêt intervenu ſur l'appel d'icelle le 7 ſeptembre 1632, demandereſſe en ouverture de fideicommis apposé à leur profit au teſtament dudit défunt Jean du Perrin leur frere commun du trois avril 1619, chacune pour leur tiers, ladite Marguerite condamnée reſtituer les deux tiers des fruits par elle indûement perçus en la ſucceſſion dudit défunt, depuis le dix-neuvieme octobre 1632, que ladite de Levy héritiere inſtituée par ledit teſtament, a renoncé à ladite ſucceſſion, & icelle Marguerite condamnée aux dépens : Arrêt du vingt-quatre dudit mois de mars, par lequel notredite cour auroit reçu leſdites Louiſe & Charlotte appellantes de la ſentence, par laquelle la ſubſtitution avoit été ouverte au profit de ladite Marguerite, les auroit tenues pour bien relevées; & pour faire droit ſur cet appel, enſemble ſur icelui de Marguerite du Perrin, appointé les parties au conſeil, évoqué à elle le principal; & ſur icelui, enſemble ſur l'appel & requête deſdites Louiſe & Charlotte en droit, & joint, Cauſes & moyens d'appel, réponſes, écritures & productions deſdites parties, contredits reſpectivement fournis, ladite commiſſion obtenue par ladite du Sauſey, audit jour 11 mars 1634, tendante à ce que ladite Marguerite du Perrin fut condamnée faire ceſſer l'appel interjetté par ladite de Levy, de la ſuſdite ordonnance du trentiéme jour de janvier, & faire enſorte qu'elle fût payée d'icelle de Levy, comme héritiere dudit défunt Jean du Perrin ſon fils, tant de la ſomme de 24000 livres qu'elle auroit apportée en dote avec ledit défunt Jean du Perrin ſon mari, que de huit mille livres d'augment à elle conſtitués par ſon contrat de mariage, & des interêts deſdites ſommes, à compter du jour du décès dudit défunt Jean du Perrin : les concluſions ſubordinément priſes par ladite du Sauſey en plaidant le vingt-quatrieme jour de juillet 1634, à l'encontre de ladite Marguerite du Perrin, à ce que comme héritiere ſubſtituée, ſondit contrat de mariage fût déclaré exécutoire à l'encontre d'elle, & comme héritiere inſtituée dudit défunt Jean du Perrin ſon frere : l'arrêt dudit jour trente-un juillet audit an 1634, par lequel notredite cour ſur l'appel, auroit appointé les parties au conſeil, évoqué à elle le principal, & ſur icelui, enſemble ſur les lettres de ſommation, en droit, & joint à l'inſtance principale cauſes & moyens d'appel de ladite de Levy, réponſes, écritures & productions deſdites Marguerite, Louiſe & Charlotte du Perrin, & de ladite du Sauſey, ſuivant ledit arrêt : leſdites requêtes de ladite de Levy des 28 février & 30 mars, tendantes à ce qu'il plût à notredite cour lui donner acte de ce qu'elle déclaroit par icelles, qu'elle ſe départoit du fidéicommis apposé à ſon bénéfice par le teſtament dudit du Perrin ſon fils, & qu'elle remettoit l'hoirie de ſondit fils auſdites Marguerite, Louiſe, & Charlotte du Perrin, ſes ſœurs, auſquelles elle étoit chargée de reſtituer, offrant de rendre compte de ſon adminiſtration, tant à elle, qu'aux autres parties intéreſſées en ladite ſucceſſion, & ce faiſant, ordonner qu'elle demeurera valablement déchargée envers & contre tous : Défenſes, appointement en droit, & joint : Production deſdites Marguerite, Louiſe & Charlotte, & de ladite du Sauſey, ſur leſdites requêtes, & de ladite de Levy, tant ſur icelle requête, que ſur ledit arrêt du 24 juillet : Contredits des parties : Autre contredit de ladite de Levy, par requête du 15 juin dernier, où elle répete encore les offres par elle faites cideſſus : Production nouvelle deſdites Charlotte & Louiſe du Perrin : Contredits de ladite Marguerite, production nouvelle par elle faite, forcluſion de fournir de contredits : Et tout conſidéré, notredite cour, en tant que touche l'appel de ladite ſentence du vingt-deux décembre 1632, a mis & met ladite appellation & ce dont a été appellé au néant; & faiſant droit ſur l'appel de ladite ſentence du douze juillet 1629, & procès évoqué, ſans s'arrêter auſdites lettres, oppoſition & requête deſdites Louiſe & Charlotte du Perrin, a mis & met ladite appellation au néant, ſans amende, a ordonné & ordonne que ce dont a été appellé ſortira ſon plein & entier effet : Et ſur le ſurplus des demandes, tant de ladite de Levy, que de ladite du Sauzey, ayant aucunement égard auſdites requêtes & lettres obtenues par ladite de Levy, a remis & remet icelle de Levy en pareil & ſemblable état qu'elle étoit auparavant l'acceptation par elle faite de l'hérédité dudit Jean du Perrin, ſon fils, & à icelle permis d'y renoncer, à la charge de rapporter & faire valoir tout le contenu en l'inventaire par elle fait après ſon décès, & ſans pouvoir prétendre aucune choſe à la légitime par elle adjugée par ledit arrêt du 7 jour de ſeptembre 1632. Et pour le regard des meubles & autres biens inventoriés, ſera pareillement tenue les rapporter, à la valeur deſquels ladite du Sauſey & ladite Marguerite du Perrin ſeront crûes à leur ſerment, juſques à la concurrence de la ſomme de trois mille livres, joint à la commune rénommée; pour être tous leſdits deniers payés & délivrés à ladite du Sauſey, en l'acquit de ce qui lui reſte dû de ſes conventions matrimoniales, ſur ce déduit la ſomme de treize mille livres, par elle ci-devant reçue de ladite de Levy; & où leſdites ſommes ne ſeroient ſuffiſantes pour la reſtitution deſdites conventions matrimoniales, ſubſidiairement, & diſcuſſion préalablement faite d'iceux, & autres qui lui ſeront indiqués par ladite Marguerite du Per-

BIU Cujas

rin, à ſes perils & fortunes, a déclaré & déclare tous leſdits biens ſubſtitués, affectés & hypothéqués au payement & reſtitution de la ſomme de 24000 livres ſeulement, que ladite du Sauſey s'eſt conſtituée en dot par ſondit contrat de mariage : Sur laquelle ſomme de 24000 livres leſdites treize mille livres ſont premierement imputés, enſemble les autres ſommes des deniers, contenues audit inventaire : Comme pareillement la ſomme de trois mille livres, & tous les autres deniers qui ſe trouveront avoir appartenu audit Jean du Perrin, à la charge deſdits biens ſubſtitués : Et payant par ladite de Levy les ſommes auſquelles elle eſt condamnée par le préſent arrêt, lui fait main-levée de la ſaiſie faite à la requête de ladite du Sauſey, & ſans dépens entre toutes leſdites parties. Donné à Paris en notre parlement le vingt-quatriéme de juillet, l'an de grace mil ſix cens trente-cinq, & de notre regne le vingt-ſixiéme. Signé Radigues.

SI LE BÉNÉFICE DE RESTITUTION

Du mineur profite au majeur.

QUESTION TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpèce du fait dont il étoit queſtion.*
2. *Raiſons de la mere, pour montrer que s'étant obligée par rapport à une ſucceſſion acceptée par ſon fils, qui depuis s'étoit fait reſtituer contre ſon acceptation, elle devoit être auſſi reſtituée contre ſon engagement.*
3. *Raiſons contraires du créancier, pour établir que dans cette occaſion le bénéfice de reſtitution accordé au fils, ne peut ſervir à la mere.*
4. *Les juges jugent différemment, ſuivant les différentes circonſtances, & ne doivent pas s'attacher trop ſcrupuleuſement aux minuties du fait.*
5. *Arrêt du 7 ſeptembre 1635, qui a débouté la mere de ſes lettres.*

QUESTION III.

Si la mere qui s'eſt obligée pour ſon fils mineur, venant icelui à ſe faire relever, peut en conſéquence parvenir à la même reſtitution en entier.

1 MESSIRE Jacques de Levy étant décédé dans la poſſeſſion de la baronie de Couzan, & autres ſeigneuries, & ayant inſtitué ſon héritier Baltazar de Levy, ſon fils aîné du ſecond lit, à l'excluſion de Gaſpard fils aîné du premier lit, cela donna ſujet à un grand procès, ainſi que l'arrêt rapporté ſur la premiere queſtion de ce livre, le fait voir, & dont nous eſpérons parler plus amplement en un autre endroit. Tant y a que Baltazar de Levy ayant recueilli la ſucceſſion du pere, ſous la charge & autorité de dame Louiſe de Rivoire, ſa mere & tutrice, celle-ci, dans la créance que le défunt avoit pû diſpoſer des biens par lui délaiſſés, s'obligea, tant comme tutrice, qu'en ſon propre & privé nom, aux dettes dudit feu Jacques de Levy, & même envers dame Françoiſe du Cros, mere & tutrice de ſes enfans & de feu meſſire Jacques de la Broſſe,

Depuis, les choſes changerent de face, parce que Gaſpard de Levy ayant pourſuivi l'ouverture de la ſubſtitution faite par Euſtache de Levy & Alix de Couzan, en faveur des aînés mâles & deſcendans mâles de la maiſon, ladite dame de Rivoire fut contrainte de s'accommoder avec lui, & par tranſaction du 26 Juillet 1619, de quitter audit Gaſpard les principales terres & ſeigneuries, à la réſerve de quelques-unes, qui demeurerent audit Baltazar.

Mais encore depuis, le ſeigneur de ſaint Prieſt ayant ſuccédé à Gaſpard, & fait confirmer la ſubſtitution & tranſaction faite ſur icelle; comme Baltazar vit & reconnut que les terres à lui délaiſſées ne venoient pas de la ſucceſſion de Couzan, mais d'un autre côté; & par ſubſtitution de la maiſon de Ladvieu, & que partant, il ne tenoit rien de ſon pere, il obtint lettres pour être relevé de l'acceptation de l'hoirie d'icelui, & reçu à répudier icelle; & comme il tendoit à faire caſſer par même moyen les obligations par lui conſenties pour les dettes du pere; auſſi la mere, qui étoit intervenue & s'étoit obligée pour ſon fils, eut de même recours aux lettres du prince.

Sur ce, Baltazar de Levy étant venu à décéder, & ayant fait & inſtitué ſa mere héritiere, comme la dame de la Broſſe eut fait ſaiſir & mettre en criées les terres de Curraiſe, Precieu, & Chalain-le-Contal, ladite dame de Rivoire ſe pourvut contre la ſaiſie, en conſéquence des lettres par elle obtenues, tant en ſon nom, que comme héritiere dudit Baltazar, à fin d'être remiſe au premier état, & déchargée de ſon obligation.

Elle ſoutenoit donc que la reſtitution du chef de ſon fils étoit indubitable; car ayant appréhendé une hoirie du mineur, tout ce qu'il avoit fait en conſéquence ne le pouvoit obliger, parce qu'étant relevé de l'hérédité, il le doit être auſſi de tout ce qui a été fait enſuite, *initio inſpecto*, & parce que c'eſt une dépendance néceſſaire, comme réſout le juriſconſulte, *in l. 3, § ſcio, ff. de minorib.*: outre que le fils ne s'étoit rendu héritier du pere, que dans l'aſſurance qu'il étoit décédé vrai maître & ſeigneur de tous les biens par lui délaiſſés; de ſorte que l'éviction en étant depuis ſurvenue, par une ſubſtitution tirée de loin, & qu'on ne pouvoit deviner, non-ſeulement un mi-

2

BIU Cujas

neur, mais encore un majeur, ſeroit reſtituable, puiſque la cauſe en eſt juſte.

D'où ladite dame de Rivoire inféroit qu'elle devoit être pareillement reſtituée de ſon chef propre, en conſéquence de la reſtitution du mineur, & que ſi le mineur doit en quelque cas relever le majeur, c'eſt notamment en cette rencontre, qu'il faut que le bénéfice de l'un ſerve à l'autre. Car en effet, la mere n'eſt pas obligée ſeule, elle n'eſt intervenue que pour ſon fils, & comme ſa tutrice, & en tant qu'il étoit héritier du pere, & comme tel préſumé ſaiſi des grands biens de la maiſon de Couzan : Si bien que ce fondement ayant manqué par l'éviction ſurvenue deſdits biens, & la qualité d'héritier ceſſant, comme l'obligation du fils, qui eſt la principale, ne peut ſubſiſter, celle de la mere, qui eſt acceſſoire, ne le peut non plus; & la même conſidération qui releve le mineur, vient au ſecours du majeur en un fait tout connexe & inſéparable.

Auſſi, en la loi 43, § premier, *ff. de adminiſt. tutor.* le juriſconſulte parlant d'un curateur qui a conſtitué à ſa niece & mineure une dot trop ample, & au-deſſus des forces de ſon patrimoine, & demandant, *an ſuccurrendum ſit ei, poſtea ære alieno emergente ſupra vires patrimonii*, il réſout encore que *patruus idem & tutor ſtipulanti promiſit*; qu'il y a lieu de reſtituer celui qui s'eſt obligé, *non ut de ſuo daret, ſed cum crederet rationem pupillarem ſufficere.* Ce que la dame de Rivoire adoptoit pour elle, & diſoit qu'elle s'étoit obligée avec ſon fils, *non ut de ſuo daret, ſed cum crederet rationem pupillarem ſufficere.* Et de fait, ſi ſon fils n'eût été héritier du pere, ſi elle n'eût cru la ſucceſſion du pere opulente, elle ne ſe fût pas obligée; & c'eſt pourquoi le contraire étant arrivé, la répudiation du fils procédant d'une contrainte & néceſſité; il faut que le bénéfice qui influe pour la reſtitution du fils, s'étende à la mere, & que *debitore liberato, fidejuſſor quoque per conſequentias indemnis dimittatur.*

De fait, en la loi 89, *ff. de acquir. vel omit. hæred. ſi pupillus ſe hæreditate abſtineat, ſuccurrendum eſt & fidejuſſoribus ab eo datis*; par cette raiſon, que *nihil creditoribus deperit*, & que leur action demeure ſur les biens de l'hérédité; & par la même conſidération, l'un des deux cohéritiers qui étoit mineur, s'étant fait relever de l'acceptation en l'eſpece de la loi 61, *ff. eodem, ejus partis onus cohæres ſuſcipere non cogitur, ſed bonorum poſſeſſio creditoribus datur* : où l'on voit que le mineur releve le majeur, & qu'en conſéquence de la reſtitution du premier, le dernier eſt reçu à quitter les biens aux créanciers. Cela eſt bien plus favorable à l'égard d'un fidéjuſſeur, qui n'a entendu s'obliger qu'en tant que l'obligation d'un autre ſubſiſte, & que la cauſe en ſoit véritable & légitime. Et c'eſt pourquoi *quæ proſunt reo, proſunt & fidejuſſori, l. omnes, ff. de exceptionib.* ſans qu'il faille diſtinguer ici les exceptions, parce que le mineur ne s'eſt pas fait relever ſeulement comme mineur, & par un bénéfice qui ſoit attaché à ſa perſonne; mais il s'eſt fait relever par un fondement tiré de la choſe même, à cauſe de l'éviction des biens de l'hoirie, & de la répudiation d'icelle. Comme cela ſuffiroit pour un majeur, pourquoi ne pourroit-il ſuffire pour un fidéjuſſeur, pour une mere qui ne s'eſt obligée que par une affection trop grande, mais naturelle & digne plutôt de louange, que de la peine qu'on lui veut donner : Outre qu'étant héritiere du mineur, qui s'eſt fait relever de l'adition d'hérédité, elle eſt d'autant mieux reſtituable, parce qu'autrement la ſucceſſion de ſon fils lui ſeroit inutile. Et de fait, c'eſt un des cas auſquels la reſtitution du mineur doit profiter au fidéjuſſeur, ſuivant la doctrine des interpretes, parce que ce n'eſt qu'une même perſonne qui repréſente le débiteur principal & le fidéjuſſeur; l'une & l'autre obligation y eſt confondue, & partant, la reſtitution indiviſible.

La dame de la Broſſe ſoutenoit au contraire, qu'on avoit toujours fait diſtinction des exceptions qui ſont perſonnelles, & de celles qui ſont réelles, ſuivant la loi ſeptieme, *ff. de exceptionib.*, pour inférer que les exceptions *quæ cohærent perſonæ*, ne paſſent point du mineur au majeur; & c'eſt pourquoi communément la reſtitution du mineur ne profite au majeur, *niſi in individuis*, ou lorſque le mineur ſe fait relever par quelque nullité & vice de l'acte. Mais autrement, comme le créancier ne s'eſt pas aſſuré ſur l'obligation ſeule du mineur, & qu'il a recherché l'intervention d'un majeur; auſſi faut-il que celui-ci réponde de la dette pour laquelle il eſt volontairement intervenu. Comme au fait de la controverſe, la dame de Rivoire s'étant obligée pour ſon fils, à cauſe qu'il étoit mineur, & que ſon obligation n'étoit aſſurée, elle ne peut ſe prévaloir d'un bénéfice qui eſt perſonnel au fils, & ne peut s'étendre. C'eſt ainſi qu'il faut entendre les textes cottés qui préſuppoſent, ou que la reſtitution ſoit indiviſible, ou qu'elle ſoit tirée *ex re ipſa*, & de quelque don perſonnel au créancier. Et quant à la loi *cum poſt mortem; ff. de adminiſt. tutor.* elle ne peut faire pour ladite dame de Rivoire, à cauſe qu'en icelle le curateur ne s'étoit obligé en ſon nom, mais ſeulement comme curateur, & dans la créance que le patrimoine de ſa mineure ſuffiroit pour la dot qu'il conſtituoit; & c'eſt pourquoi le juriſconſulte ajoute : *Si ſciens curator non ſufficere, promiſerit, non ei ſubveniri debere, non magis quam ſi creditori puellæ pecuniam ſe daturum ſpopondiſſet*; parce qu'en effet, *vel donaſſe videtur, vel quoniam dolo fecit, non illi ſuccurritur.* Or on ne peut pat préſumer l'ignorance de fait dans la dame de Rivoire. Lorſqu'elle s'eſt obligée, la ſucceſſion de la maiſon de Couzan étoit déjà contentieuſe, la controverſe en étoit formée; c'eſt pourquoi elle en pouvoit prévoir le doute & l'événement. D'un autre côté, elle y a apporté de l'artifice & de la mauvaiſe foi; car en un tems auquel la dame de la Broſſe pouvoit ſe faire payer, ayant été ladite dame de Rivoire pourſuivie de rapporter l'inventaire par elle fait, & de rendre compte, elle n'y a voulu ſatisfaire; elle a mieux aimé s'en laiſſer décheoir, & enſuite d'une longue contumace, ſouffrir en ſon nom la condamnation de la dette juſques à arrêt; de ſorte qu'après cela, & pour obvier aux contraintes qu'on pouvoit faire, ayant tranſigé, & ne s'étant obligée qu'à ce qu'elle étoit déja condamnée, *ſciens, & dolo fecit*, & par conſéquent il n'y a lieu à reſtitution; autrement elle profiteroit de ſa contumace & de ſa fraude contre des mineurs.

A cela, la dame de Rivoire répondoit : Qu'ayant fait bon & loyal inventaire, & étant prête de rendre compte des biens de l'hérédité répudiée, comme elle en avoit fait ſes offres au procès, cela ſuffiſoit pour juger ſa contumace, & mettre les créanciers hors de tout intérêt. Ladite dame de la Broſſe repliquoit au contraire que ſes offres venoient à tard, & que les choſes étoient au même état, puiſqu'on l'avoit amuſée pour rendre ſa dette inutile, qui pour lors pouvoit être exigible, même ſur les fruits.

C'eſt en effet à quoi on eſtime que la cour s'eſt plus

BIU Cujas

plus arrêtée pour exclure la dame de Rivoire du bénéfice de ſes lettres : Tellement qu'on voit ici la reſtitution déniée à une mere : Au lieu qu'en la queſtion précédente, elle lui a été accordée par l'arrêt y rapporté, mais avec diverſité de raiſon. La mere s'étoit jettée de bonne foi dans l'hoirie de ſon fils, & dans l'opinion qu'elle étoit plus opulente qu'elle ne s'eſt trouvée par l'événement d'un procès : Ici, la mere pourſuivie comme tutrice, avoit fait diverſes fuites, n'avoit voulu rapporter ni l'inventaire, ni ſon compte, elle s'en étoit laiſſée décheoir, elle avoit été condamnée en ſon nom; & par conſéquent, ce n'étoit pas ſans cauſe, ni pour le mineur ſeul qu'elle en avoit fait ſa dette, mais pour ſe libérer de l'effet de la condamnation & des contraintes qu'on lui pouvoit faire; ainſi 4
bonus judex variè ex perſonis cauſiſque conſtituet, comme dit le juriſconſulte, *l. in fundo, ff. de rei vendicat.*

Les paroles de la loi citée par l'auteur font bien connoître que les arrêts ne doivent pas toujours être tirés à conſéquence, puiſque leur déciſion dépend des circonſtances du fait, & que dans les affaires, preſque jamais les faits ne ſont ſemblables, comme l'a fort bien remarqué Quintilien, dans ſes inſtitutions oratoires, livre 5, chapitre 2, vix autem ulla lis per omnia alteri ſimilis. *C'eſt dans ce même eſprit que du Moulin a dit, qu'une petite différence dans le fait, produit un grand changement dans le droit*, modica enim circumſtantia facti inducit magnam diverſitatem juris, *titre des cenſives*, § 78, *nombre* 164.

Le juriſconſulte Papinien met une notable différence entre les queſtions de fait & celles de droit. Il dit que les premieres ſont au pouvoir des juges, & que les autres dépendent de l'autorité de la loi; cùm facti quæſtio ſit in poteſtate judicantium, juris autem auctoritas non ſit, liv. 15, ad municip.

Extrait des regiſtres du parlement.

5 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront; Salut. Sçavoir faiſons, que comme de trois ſentences données par le bailli de Forêts à Montbriſon le troiſiéme jour de juin mil ſix cent trente-quatre, entre Françoiſe du Cros, veuve du feu Jacques de la Broſſe, tutrice de leurs enfans, demandereſſe & pourſuivant la ſaiſie & criées des terres & ſeigneuries de Curraiſe, Precieu & Chalain-le-Contal, d'une part; & Louiſe de Rivoire, veuve de Jacques de Levy, vivant ſeigneur de Couzan, oppoſante à fin d'annuller ladite ſaiſie, & demandereſſe en lettres du vingt-deux octobre mil ſix cent vingt-ſept, tant en ſon nom, que comme héritiere de Baltazar de Levy, ſon fils, d'autre; & Anne de Roſtain, veuve de Jacques de la Veuë, vivant ſeigneur de Montagnat, & Claude de Levy de Ladvieu, ſieur de Lugny, intervenant; & encore Antoine Bouchu, commiſſaire général, demandeur en requête du treize juin mil ſix cent trente-quatre, d'autre part; par laquelle ledit bailli ayant égard aux lettres, & icelles entérinant, auroit mis les parties au même état qu'elles étoient auparavant l'adition des hoiries de Claude & Jacques de Levy, & la tranſaction du quinze août mil ſix cent vingt-cinq, ſauf à ladite du Cros de faire mettre à exécution les arrêts produits au procès, comme elle verroit, dépens pour ce regard compenſés; & faiſant droit ſur l'intervention dudit Claude de Levy, auroit déclaré la ſubſtitution contenue au teſtament & codicile de Gabriel de Couzan de Ladvieu, des 13 novembre mil cinq cent trente-trois, & 8 octobre mil cinq cent trente-cinq, ouverte en la perſonne dudit Claude de Levy de Ladvieu au quatriéme & dernier degré de ſubſtitution, & en conſéquence de ce, révoqué les ſaiſies faites ſur les terres & ſeigneuries de Curraiſe, Precieu, Chalain-le-Contal, à la requête de ladite du Cros, audit nom, avec dommages, intérêts & dépens depuis la conteſtation en cauſe entr'elle & ledit intervenant, & ordonné que les commiſſaires établis ſur leſdites terres, rendront compte de leur commiſſion dans quinzaine, & auroit converti en définitive la ſentence de proviſion du dix juin mil ſix cent ving-huit, rendue au profit de ladite de Roſtain, & déchargé les cautions par elle baillées, ſans dépens; & avant faire droit ſur la requête dudit Bouchu, ordonné qu'en communiquant ſa requête auſdites parties intéreſſées, elles y défendroient : Eût été par ladite du Cros appellé en notre cour de parlement, en laquelle parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre ladite du Cros, audit nom, appellante, d'une part; & ladite de Rivoire de Roſtain, & Claude de Levy de Ladvieu, intimés, d'autre : Joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle de ladite appellante, qu'elle pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels leſdits intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens de ladite appellante : icelui procès vu, requête de ladite du Cros, & pieces attachées, ordonné le tout être communiqué audit Claude de Levy : Requête employée pour contredits : Arrêt du 19 mai dernier entre ladite du Cros, demandereſſe en requête du premier mars, auſſi dernier, à ce que ladite de Rivoire fût condamnée au payement des ſommes de 3000 livres, d'une part, & 13000 livres d'autre, intérêts d'icelles, & à faire ceſſer l'effet de la ſentence du 13 juin 1634, donnée, tant à ſon profit, que dudit Claude de Levy, dépens, dommages & intérêts, ſans approbation de la prétendue ſubſtitution dudit Claude de Levy, ſon fils, d'une part, & ladite de Rivoire, défendereſſe, d'autre, par lequel ſur ladite demande & défenſes, leſdites parties auroient été appointées en droit, écrire & produire : Ecritures & productions deſdites parties : Inſtance entre ladite du Cros, demandereſſe en requête du 18 juin, auſſi dernier, à ce que ledit Claude de Levy fût condamné, tant en ſon nom perſonnellement, au moyen de la tranſaction du 26 juillet 1619, que comme détenteur & poſſeſſeur des terres & baronies de Lugny & le Pleſſis, payer à la demandereſſe la ſomme de trois mille livres d'une part, & treize mille livres, d'autre, & les intérêts; & ce faiſant, déclaré non-recevables en la demande d'ouverture de prétendue ſubſtitution, & condamné faire ceſſer les pourſuites par lui faites, enſemble la main-levée qu'il auroit obtenue par ladite ſentence du 28 juin

BIU Cujas

1634, dépens, dommages & intérêts, en demandant, & défendant, & de la ſommation, d'une part; & ledit Claude de Levy, défendeur, d'autre: Défaut & appointement en droit, production deſdites parties: Acte par lequel ledit Claude de Levy auroit déclaré, en tant que beſoin ſeroit, qu'il répudioit de rechef la ſucceſſion dudit Jacques de Levy, ſon pere: Requête de ladite de Rivoire, du premier jour du préſent mois, contenant offres par elles faites de rendre compte de la geſtion & adminiſtration qu'elle avoit eu des biens des enfans mineurs dudit défunt Jacques de Levy & d'elle, ſans préjudice de ſes droits: Autre requête dudit Claude de Levy, dudit jour, par laquelle il auroit déclaré qu'il n'avoit jamais poſſédé & ne poſſéde les terres de Lugny & le Pleſſis, qu'il n'y prétendoit part ni portion, & en tant que beſoin ſeroit, il les abandonnoit: Requête de ladite du Cros, employée pour réponſe contre icelle: Requête dudit Claude de Levy & piéces y attachées, ordonné être communiquées: Requête de ladite du Cros employée pour contredits: Le tout joint & diligemment examiné, notredite cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit, tant ſur ledit procès par écrit, à l'égard de ladite de Rivoire & Claude de Levy, qu'inſtance de requête contre ladite de Rivoire, a mis & met ladite appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende; émendant, ſans s'arrêter aux lettres, offres & requêtes de ladite de Rivoire, l'a condamné & condamne, tant en ſon nom, & comme héritiere de Baltazar de Levy, ſon fils, que comme détentrice des terres de Lugny & le Pleſſis, part ou portion d'icelles, payer à ladite du Cros, audit nom, la ſomme de trois mille livres, d'une part, & treize mille livres, d'autre, & ès intérêts aux termes dûs & échus, juſques à l'actuel payement, ſuivant l'ordonnance: A déclaré & déclare la ſubſtitution contenue au teſtament & codicile de Gabriel de Couzan de Ladvieu, du treiziéme novembre 1533 & huitiéme octobre 1535, ouverte en la perſonne dudit Claude de Levy au quatriéme & dernier degré: En ce faiſant, a révoqué & annullé les ſaiſies deſdites terres de Curraiſe, Precieu, & Chalain-le-Contal, faites à la requête de ladite du Cros, & fait main-levée d'icelles audit Claude de Levy, ſans dommages & intérêts: Ordonne que les Commiſſaires lui rendront compte des fruits d'icelle, échus depuis le décès dudit Baltazar de Levy; & en conſéquence de la renonciation par ledit Claude de Levy faite à la ſucceſſion de feu Jacques de Levy, ſon pere, & déclaration qu'il ne détenoit & poſſédoit leſdites terres de Lugny & le Pleſſis, & ne prétendoit aucun droit en la propriété d'icelles; a mis & met ſur ladite inſtance de requête & ſommation, les parties hors de cour & de procès, condamné ladite de Rivoire ès dépens, tant de la cauſe principale, que de ladite inſtance, ſans autres dépens à l'égard deſdites parties; & avant faire droit ſur l'appel de ladite ſentence, à l'égard de ladite de Roſtain, a ordonné & ordonne, que dans un mois après la ſignification des préſentes à perſonne & à domicile, ladite du Cros rapportera l'exploit de ladite ſaiſie réelle & bail judiciaire deſdites terres, & l'acte du décès dudit Baltazar de Levy, pour, iceux communiqués à ladite de Roſtain, être ordonné ce que de raiſon, dépens de la cauſe d'appel pour ce regard réſervés. Si donnons en mandement au premier huiſſier en notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, à la requête de ladite dame du Cros, veuve, mettre le préſent arrêt à due & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur: De ce faire lui donnons pouvoir. Fait & ordonné à Paris en notre parlement le ſeptiéme jour de ſeptembre, l'an de grace mil ſix cens trente-cinq, & de notre régne le 26. Signé, par jugement & arrêt de la cour, RADIGUES. Et ſcellé.

Comme cet arrêt à vuidé d'autres points, & même cette queſtion célébre, *an liberi qui ſunt in conditione, ſint in diſpoſitione*, nous réſervons de la traiter en lieu plus conmode.

C'eſt dans le livre 5, queſt. 26, que l'auteur traite cette queſtion.

DES CONTRE-LETTRES,

En matiere de donation.

QUESTION QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si la contre-lettre donnée à l'inſtant d'une donation faite par un pere à ſa fille mariée, ſans être autoriſée par ſon mari, eſt valable.*
2. *Eſpèce du fait qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Avis judicieux de M. Henrys en qualité d'avocat des parties.*
4. *Sentence du bailli de Forêts, qui juge que la donation n'eſt pas valable au moyen de la contre-lettre.*
5. *Moyens d'appel de la fille donataire, contenant les raiſons & les autorités, pour montrer que la donation doit ſubſiſter, nonobſtant la contre-lettre, faute par la femme d'avoir été autoriſée par ſon mari, pour paſſer la contre-lettre.*
6. *Moyens des intimés, avec les raiſons & les autorités, pour établir que la donation & la contre-lettre ayant été faites en même tems, on ne peut les diviſer.*
7. *Arrêt du 7 mars 1620, qui confirme la ſentence en ce chef.*
8. *Avis de M. Henrys, en qualité de juriſconſulte, contenant une ſçavante diſſertation ſur cette queſtion.*

BIU Cujas

9. *Les contre-lettres ſont valables contre toutes ſortes d'actes, à la réſerve des contrats de mariage.*

10. *Raiſon pourquoi les contre-lettres ne ſont pas valables, à l'égard des contrats de mariage.*

QUESTION IV.

1 *Si la donation faite par un pere à ſa fille, peut être valable, ladite fille ayant, par acte ſéparé, mais à l'inſtant, déclaré ne s'en vouloir ſervir*

Si la fille peut être relevée de cette déclaration, pour n'avoir été autoriſée de ſon mari.

2 CLAUDE Paiſtre ayant payé la ſomme de 902 liv. à l'acquit de Pierre Boëbieu & Marie Paiſtre, ſa femme, & fille dudit Claude Paiſtre, au ſieur Girard, écuyer, ſieur de Treciſſez & Grandis, leſdits mariés Boëbieu conſentirent obligation pardevant Lyonnet, notaire royal, le premier d'août 1611, au profit dudit Paiſtre, leur pere & beaupere, de ſemblable ſomme de neuf cens deux liv.

Ledit Claude Paiſtre vient à décéder, & délaiſſe ſes héritiers univerſels, Jacques, & Anne Paiſtre, ſes autres enfans, leſquels ne pouvant être payés de la ſomme ſuſdite dudit Boëbieu & ſa femme, font procéder à leur préjudice, de l'autorité du bailli de Forêts, par exécution, contre laquelle les autres ſe pourvoyent par demande en révocation; & pour moyens, communiquent une prétendue donation d'icelle obligation, & ſomme de neuf cens deux livres, faite au bénéfice de ladite Marie Paiſtre par icelui Claude Paiſtre, ſon pere & créancier, le vingt-un ſeptembre de la même année mil ſix cens onze, pardevant Loche, notaire royal.

Leſdits frere & ſœur Paiſtre, héritiers du créancier, certains que l'obligation étoit bien dûe, pour en avoir leur défunt pere fait état avant ſon décès, entrerent auſſi-tôt en ſoupçon ſur la vérité de la donation rapportée, & requirent que les demandeurs en révocation euſſent à déclarer s'ils entendoient s'aider de ladite donation, ce qu'ils firent par procuration expreſſe.

Cette déclaration obligea les défendeurs de franchir le ſault, & former inſcription de faux contre la donation, & enſuite de réquerir ſuivant le ſtyle du bailliage, qu'on eût à faire rapporter, & remettre au greffe la ſcede (1) de la piéce impugnée de faux; & de ce faire obtiennent quelques déchéances, ſoit que les demandeurs n'oſaſſent mettre au jour ladite piéce, ou que le notaire uſât de longueur, voyant que ſa réputation demeureroit engagée dans cette pourſuite.

Quoiqu'il en ſoit, deſirant ſe mettre à couvert, il s'adreſſe lui-même au ſolliciteur des défendeurs, lui remontre qu'en vain on s'étoit inſcrit en faux contre la donation, & engagé dans une procédure longue & périlleuſe, de laquelle on vouloit ſe libérer, en ſoutenant la donation nulle & ſimulée, comme elle étoit au moyen du déſiſtement fait à l'inſtant par la donataire du bénéfice de ladite donation, duquel déſiſtement ou plutôt déclaration, que ce n'étoit pas une véritable donation, mais une feinte recherchée pour arrêter les créanciers du débiteur. Ledit notaire délivra une expédition ou groſſe en bonne forme au ſolliciteur deſdits défendeurs, pour la faire valoir à leur conſeil, & par le moyen de ladite déclaration, ſe débarraſſa du faux; & comme iceux défendeurs m'avoient choiſi pour leur avocat en l'inſtance de révocation pourſuivie pardevant ledit bailli de Forêts, ſur l'exécution faite au préjudice dudit Boëbieu, ils me 3
rapportent auſſi-tôt cet acte de déſiſtement, avec intention de le mettre en jeu, & l'oppoſer à la donation : Mais ayant eu quelque appréhenſion qu'il ne fût de pareille trempe, ou peut-être plus ſuſpect, & qu'en le produiſant on ne donnât ſujet aux parties adverſes de le débattre de faux, & par une ſeconde inſcription, accumuler ou confondre la premiere, je demandai la nuit pour y ſonger, & procéder plus ſûrement.

Je ne jugeai donc pas à propos de produire cet acte, à cauſe que venant à le communiquer, les demandeurs ne manqueroient pas de s'inſcrire en faux, & que de néceſſité les défendeurs ſeroient obilgés de ſoutenir la validité & vérité d'une piéce dont ils n'avoient aucune aſſurance, ou bien d'accorder que ledit acte fût rejetté, pour approfondir le faux de la piéce principale; pour à quoi obvier, je fus d'avis que tenant le notaire engagé par l'expédition qu'il leur avoit baillée, tant de la donation, que du département d'icelle, fait au même tems, ils procuraſſent que le notaire pourſuivi de rapporter la minute, rapportât l'un & l'autre comme d'un ſeul acte, duquel il n'étoit à croire qu'il eût fait deux minutes ſéparées. Car, par ce moyen, on prendroit droit par la piéce entiere, & ſans diviſion d'icelle, à la forme qu'elle ſe trouveroit remiſe au greffe.

Le notaire ayant donc rapporté la minute du tout, les défendeurs changent de note, & ſoutiennent, que leur inſcription n'avoit été témérairement formée, puiſque l'expédition communiquée ne ſe trouvoit conforme à la ſcede, en ce qu'au pied d'icelle il y avoit un déſiſtement de l'effet de la donation, qui ne ſe trouvoit en l'expédition, de laquelle il n'avoit pû être retranché, (puiſqu'il faiſoit partie du contrat) ſans tomber au crime de faux, qui ſe commet, *non tantum in committendo, ſed etiam in omittendo.* Quoiqu'il en ſoit, les défendeurs diſoient par leur délibéré ou plaidé, qu'ils n'étoient plus obligés de pourſuivre le faux, & d'en ouvrir leurs moyens, puiſqu'il paroiſſoit que la donation etoit nulle, ou plutôt n'avoit jamais ſubſiſté ni eu effet, au moyen du déſiſtement fait ſans intervalle qui équipolloit à un défaut d'acceptation.

Les demandeurs, au contraire, opiniâtroient que les défendeurs devoient bailler leurs moyens, ou ſe départir du faux, & accorder conſéquemment condamnation des dépens, dommages & intérêts: & ſur ce qu'on leur oppoſoit la nullité de la donation, par le moyen du déſiſtement, ils ſoutenoient qu'il falloit d'abord rendre droit ſur l'incident de l'inſcription formée, & ſubordinément vouloient couvrir la nullité oppoſée, par une autre nullité qu'ils objectoient contre l'acte dudit déſiſtement, pour avoir été fait par une femme non autoriſée de ſon mari, & laquelle ne s'étoit pû départir de ce qui lui avoit été une fois donné & acquis.

Sur cette conteſtation, le bailli de Forêts, par ſa 4

(1) Ce mot vient de *Scheda*, qui ſignifie la minute de l'acte.

BIU Cujas

ſentence du trente octobre mil ſix cens dix-ſept, ſans s'arrêter à la donation faite au profit de ladite Marie Paiſtre, auroit ordonné que l'exécution encommencée ſeroit parachevée, avec dépens ; & au ſurplus, chargé les freres & ſœur Paiſtre de remettre au greffe les mémoires & inſtructions du prétendu faux.

De cette ſentence, Pierre Boëbieu & ſa femme relevent appel à la cour, où ils pouvoient remontrer pour griefs, que le faux préſuppoſoit que la donation n'avoit jamais été faite, que c'étoit une piéce ſuppoſée, au lieu que la nullité qu'on vouloit tirer de l'acte de déſiſtement portoit une conſéquence contraire, que le contrat étoit véritable: tellement que ces deux moyens étoient diamétralement oppoſés ; l'un tendoit au non-être, à la deſtruction, ou plutôt annihilation de l'acte, & l'autre lui donnoit un être, une ſubſiſtance ; & c'eſt pourquoi on s'étoit dû tenir à l'un, ou à l'autre deſdits moyens, attendu la contradiction d'iceux, étant impoſſible que la donation fût fauſſe, & qu'on ſe fût véritablement départi d'icelle, puiſque la philoſophie, ou plutôt la nature apprend que la privation préſuppoſe l'habitude ; la révocation d'un acte, la ſubſiſtance & vérité d'icelui : Tout ainſi que le trépas, la naiſſance. Donc (pouvoient dire les appellans) en ſoutenant par les intimés, que la piéce étoit fauſſe, ils ne doivent pas alléguer qu'on ſe ſoit départi d'icelle ; & par contre-oppoſant un déſiſtement, & s'en voulant prévaloir, ils doivent avouer que la piéce eſt vraie. De-là les appellans pouvoient inférer, que l'inſcription de faux ayant été une fois formée, il falloit s'en départir, & accorder les dommages & intérêts de ladite inſcription téméraire, avant que d'entrer ſur la nullité de la donation ; ou bien, que ſans s'attacher à ladite prétendue nullité, il falloit pourſuivre la pointe du faux, & non accumuler le vrai & le faux, l'être & non-être dans une même conteſtation.

De ce premier grief, les appellans paſſoient à
5 un ſecond, & diſoient, ou pouvoient dire, que quand on ſe fût départi du faux, & qu'on eût accordé condamnation pour ce chef, le juge n'avoit pû confirmer l'exécution, en rejettant la donation : car ſi on demeure, d'accord qu'elle eſt véritable, elle doit ſubſiſter pour valable, nonobſtant le prétendu déſiſtement fait par la donataire, d'autant que ledit déſiſtement eſt nul, & ne peut déroger à la donation, qui a été légitimement faite par un pere, au profit de ſa fille ; bref, par une perſonne capable de donner à une perſonne capable d'accepter ; au lieu que l'acte de déſiſtement eſt fait par une fille, au bénéfice du pere, mais par une fille mariée, *& in ſacris mariti*, ſans l'autorité duquel elle n'a pû rien faire à ſon préjudice, ſe départir de la choſe donnée, renoncer au droit acquis. Elle pouvoit bien accepter ſans l'autorité du mari, puiſque c'étoit à ſon bénéfice ; mais elle ne pouvoit révoquer cette acceptation, pour ſe fruſtrer de la ſomme donnée, puiſque c'étoit à ſon préjudice : Tout ainſi que de droit le mineur peut, ſans l'autorité du tuteur, *meliorem non vero deteriorem conditionem ſuam facere, l. contra 29, ff. de pactis, l. non minus. Cod. de procurat. l. ſervum ff. rem pupilli ſalvam fore.* Pour fortifier la nullité oppoſée contre l'acte de déſintéreſſement, les appellans avoient obtenu lettres royales incidentes, pour faire caſſer ledit acte, comme nul, au défaut de l'autoriſation du mari ; mais par une nullité radicale & eſſentielle, *ex défectu poteſtatis* : Auquel cas, *voluntas ſine poteſtate* n'opere rien.

(1) Ce mot ſignifie *pactes*.

Les intimés, au contraire, employoient ce qu'ils avoient dit en premiere inſtance ; ſçavoir, qu'ils 6
avoient eu juſte cauſe de s'inſcrire contre l'expédition rapportée, puiſqu'elle ne ſe trouvoit entierement conforme à la ſcede ; mais ſoit que ce fût une piéce fauſſe, ou non, il ſuffiſoit qu'il parût de la ſimulation dans l'acte, pour le rendre nul & de nul effet : Et cette voye étant plus prompte & aſſurée pour les intimés, ils avoient pû ſe départir impunément du faux, par double raiſon ; l'une que l'expédition étant tronquée, & ne contenant la déclaration faite à l'inſtant, bien qu'eſſentielle, & qu'elle faſſe partie du contrat, cette omiſſion frauduleuſe, & faite à deſſein d'en ſupprimer la vérité, tenoit du faux : Et l'autre raiſon étoit fondée ſur ce qu'on ne peut dire, qu'avant le rapport de la ſceder l'inſcription ait été vraiment formée, parce que c'eſt contre la minute originale qu'elle doit être dirigée, & non contre la groſſe & expédition, qui peut quelquefois par erreur & vice du clerc, ou par omiſſion, ſe trouver différente ou contraire ; c'eſt pourquoi, pour mieux connoître la vérité, il convient d'avoir recours à la minute, & juſques au rapport d'icelle, les arrêts de la cour ont jugé que l'inſcription n'étoit bien formée, comme remarque Carondas, ſur le code Henri, au titre du crime de faux.

Au principal, les intimés ſoutiennent que la donation ne pouvoit ſubſiſter au moyen de la déclaration faite à l'inſtant, & pardevant même notaire & témoins, puiſque la donataire s'en étoit départie, ou avoit reconnu que la donation n'étoit véritable, mais feinte & ſimulée, à deſſein de faire croire aux créanciers dudit Boëbieu qu'il ne devoit plus rien à ſon beau-pere, & par ce moyen arrêter leur inportunité & vexation : Et cette ſimulation étant évidente par une déclaration expreſſe, il eſt vrai de dire, qu'il n'y apoint eu de donation, que rien n'a été acquis à ladite Marie Paiſtre : Car tant s'en faut qu'elle ait accepté ladite donation, comme il étoit néceſſaire, qu'elle a déclaré ne s'en vouloir aider ; & cette déclaration étant un défaut d'acceptation, il ne faut autre choſe pour renverſer un contrat ſynallagmatique, & qui requiert un conſentement réciproque, au lieu duquel on voit en ce fait, que le pere n'a eu intention de donner, ni la fille d'accepter.

Et quant à ce qu'on dit, qu'elle a bien pû ſtipuler à ſon profit, & accepter la donation, mais non pas ſe départir d'icelle ſans l'autorité du mari ; les intimés répondoient, que cela pourroit être conſidérable, ſi le département étoit un acte ſéparé & divers, comme s'il avoit été fait depuis, & avec un intervalle de tems ; mais n'étant qu'un même acte, il ne s'en pouvoit faire diviſion, & à cet effet remontroient, qu'en toutes paches (1) & conventions, il falloit diſtinguer celles qui ſe font à l'inſtant de l'acte principal, d'avec celles qui ſe ſont faites long-tems après, pour déroger au contrat, l'étendre ou reſtreindre ; & c'eſt ce que les juriſconſultes diſent, *pacta in continenti appoſita, ipſo jure ineſſe contractui, l. juris gentium, § quin imo ff. de pactis, l. in bonæ fidei, cod. eodem*, & autres textes vulgaires : De ſorte que la convention à l'inſtant ajoutée change, altere, renverſe le contrat, & lui donne une nouvelle forme : *Ineſt ſtipulationi, id eſt, continetur in ipſa ſtipulatione, non jure exceptionis ſuppletur, ſed ipſo jure, mero jure quaſi pars ſtipulationis non opponitur*, diſent les docteurs, & c'eſt pourquoi il n'eſt néceſſaire d'oppoſer la convention appoſée à l'inſtant ; & par conſéquent inhérente, *nam quod ipſo jure fit exiſtit* ρητατικῆ, *id eſt, exiſtit*

ſtatim, & vim ſuam exſerit, pour parler avec le docte Cujas, *ad paragraph. pactus ne peteret, l. 27 de pactis*, tout ainſi que les héritiers néceſſaires & en ligne directe, *qui ſui vocantur*, & ſont héritiers, *ipſo jure & velut ex condicto, ſtatim exiſtere dicuntur, l. in ſuis, ff. de ſuis & legit. hæred.*

Etant donc préſuppoſé que la convention appoſée, *in continenti*, eſt inhérente au contrat, & fait partie d'icelui, il faut auſſi préſuppoſer que cette convention, *format, transformat, φαίνεται, ſtipulationem quæ præceſſerit, ut in l. cum dotem, cod. de jure dotium : Ubi pactum additum ex continenti, id quod initio videbatur dos, adducit in formam emptionis :* & comme en ce fait où la donation qui ſembloit être véritable, paroît feinte & ſimulée par la déclaration faite à l'inſtant : Auſſi les docteurs, parlant *de cohærentia pacti*, & de ſon efficace, tiennent pour maxime indubitable, qu'en ce cas, *& in vim cohærentiæ, pactum cùm ſit pars contractûs, elidit obligationem civilem, & actionem mero jure etiam abſque ulla appoſitione impedit, l. nec ex prætorio, ff. de reg. juris.* De ſorte que la convention, *in continenti appoſita*, étant ainſi inhérente, il n'eſt pas néceſſaire d'en oppoſer l'exception, d'en faire preuve; car en produiſant le contrat, il fait foi de ladite convention, comme une partie d'icelui.

Par ainſi s'abuſoient les appellans, de vouloir diviſer la déclaration de l'ancien contrat de donation, puiſque ce n'étoit qu'un même acte, qui ne pouvoit être ſéparé, & conſéquemment les lettres royales, incidemment obtenues contre ladite déclaration étoient inutiles, puiſqu'on ne pouvoit faire ſubſiſter une partie du contrat, pour rejetter l'autre, mais falloit le prendre pour acte unique & indiviſible.

Si, à la vérité, il y eût eu de l'intervalle, & que la diverſité du tems en eût fait deux actes, on pourroit dire que la choſe ayant été une fois acquiſe à la fille, elle n'auroit pû s'en départir ſi légérement; mais puiſque c'eſt à l'inſtant & par un même acte, ſi elle n'a pas été auſſi capable de faire la déclaration, elle n'a pas été capable d'accepter la donation; ou ſi elle a pû ſtipuler l'un, elle a pû faire la reconnoiſſance dérogatoire, étant impoſſible qu'en un même tems, & en une même perſonne, & pour un même acte, il y ait capacité & incapacité de contracter.

Les docteurs, quand ils diſtinguent les paches & conventions appoſées aux contrats, à l'inſtant, ou par intervalle de tems, en font ſix eſpeces, qu'ils qualifient en termes un peu rudes, & écorchés du latin, mais ſignificatifs & pleins d'énergie, *pacta informativa, reformativa, transformativa, conformativa, deformativa, & reſolutiva.* Aux deux dernieres eſpeces convient la déclaration faite par ladite Marie Paiſtre, de ne vouloir s'aider de la donation. Car *ſi pactum deformativum ſive deforme, eſt quod deformat contractum, ut in cap. ad noſtram de empt. cap. finali extra de conditione appoſita*; ne faut-il pas avouer que la déclaration ſuſdite a ôté ſa forme à la donation, l'a rendue informe, & ſans effet, d'autant que ſi l'intention de donner & l'acceptation ſont les parties formelles & eſſentielles de la donation, il s'enſuit que celle de queſtion ne peut être qualifiée telle, mais plutôt une feinte & ſimulation : tout ainſi qu'au chapitre cotté, *ad noſtram, de emptione*, il ſembloit de prime abord que les parties euſſent intention de contracter une vente, mais le pacte appoſé à l'inſtant, *de retrovendendo*, détruit la vendition, la change en impignoration, comme un contrat uſuraire, ou fait en fraude des uſures; & pareillement la convention faite entre le vendeur & l'acquéreur, que ledit vendeur retiendra la poſſeſſion de la choſe vendue, ôte à la vente ſa partie plus formelle & eſſentielle, qui eſt la tradition, *ſiquidem non nudis pactis, ſed traditionibus rerum dominia acquiruntur*; & par conſéquent de la vendition, en fait un engagement, *l. cum manu ſata § ult. de contrah. empt.*

Et pour demeurer dans les termes d'un même exemple, & l'accomoder à la queſtion, les intimés pouvoient dire, qu'un mineur peut valablement acquérir, car il peut faire ſa condition meilleure. Donc, ſi en achetant un héritage, il avoit donné grace de rachat, ou accordé autre convention dérogaroire à la vente, pourroit-il alléguer qu'il a pû acquérir, mais non pas déroger à l'acquiſition? Pourroit-il, ſous prétexte de ſa minorité, ſe faire relever de ladite convention appoſée dans le contrat, au pied d'icelui, *in continenti*? Ne lui ſoutiendroit-on pas que le contrat eſt indiviſible, & que cette convention étant inhérente, & faiſant partie dudit contrat, il ne s'en peut prévaloir qu'à la charge & condition appoſée? Autre choſe ſeroit, ſi le mineur, ayant acquis une fois l'héritage, y dérogeoit par acte poſtérieur & ſéparé : car en ce cas il s'en pourroit faire relever.

Quant à la derniere des eſpeces ci-deſſus déclarées, elle ſe peut mieux adapter à la déclaration ſuſdite, faite enſuite de la donation, & au même tems, parce que par le pacte réſolutoire, *reſolvitur contractus & ab eo receditur omnino, nec reſultat alius.* Comme en effet, la déclaration ruine entierement la donation, & fait voir qu'elle n'a jamais ſubſiſté, ou qu'il n'y a point eu de donation, & que ce n'étoit qu'une image ſimulée; & c'eſt pourquoi les intimés ſoutenoient qu'il ne falloit qualifier cet acte du nom de département; car pour ſe départir d'un droit, il faut qu'il ait été acquis : mais bien plutôt d'une ſimple déclaration de la vérité du fait, ſavoir, que les parties n'avoient intention de ſtipuler une donation; mais ſeulement d'en emprunter l'apparence : ſi bien qu'on peut dire que *ortus & interitus donationis fuit in ipſo contractu*, ou pour mieux parler, *contractus & non contractus*; auquel cas, *contractus non tantùm reducitur ad non cauſam, ſed potiùs fingitur retro non factus.*

Ce qu'auſſi la cour auroit jugé pertinent & conforme au droit, par ſon arrêt qui ſuit, confirmatif de la ſentence du bailli de Forêts.

Arrêt de la Cour.

Comme de ſa ſentence donnée par notre bailli de Forêts ou ſon lieutenant, le trentiéme octobre 1617, entre Jacques & Anne Paiſtre, d'une part; & Pierre Boëbien & Marie Paiſtre, ſa femme, d'autre : Notredit bailli ou ſon lieutenant, ſans s'arrêter à la donation faite au profit de ladite Marie, le vingt-un ſeptembre mil ſix cens onze, auroit ordonné, que l'exécution encommencée ſeroit parachevée, avec dépens; & faiſant droit ſur les concluſions du ſubſtitut de notre procureur général, auroit enjoint auſdits Jacques & Anne Paiſtre remettre au greffe les mémoires & inſtructions concernant le prétendu faux, bailler le nom des témoins, dont il entendoit s'aider pour la preuve d'icelui, pour fournir, par ledit ſubſtitut, ſes moyens de faux : Eût été de la part deſdits Boëbieu, & ſa femme, appellé à notre cour de parlement; en laquelle, parties ouies, & le procès par écrit conclu & reçu, pour juger ſi bien ou mal avoit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle deſdits appellans, qu'ils pourroient bailler 7

BIU Cujas

dans le tems de l'ordonnance; auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, leſdits intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens deſdits appellans : Icelui procès vû, griefs, réponſes à iceux, forcluſions de bailler moyens de nullité, & produire de nouvel par leſdits appellans, incident ſur l'entérinement des lettres obtenues par leſdits appellans, le 20 jour d'avril dernier, pour être relevés de la déclaration paſſée par ladite Marie, au profit de Claude Paiſtre, ſon pere, le 21 jour de ſeptembre 1611, & tout diligemment examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur ledit procés par écrit, ſans s'arrêter à noſdites lettres, a mis & met ladite appellation & ſentence, de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende, en ce que notredit bailli ou ſon lieutenant auroit enjoint auſdits intimés, remettre au greffe les mémoires, inſtructions, & noms des témoins, dont ils entendoient ſe ſervir pour la preuve dudit faux; ladite ſentence au réſidu ſortiſſant ſon effet, & ſans dépens, tant de ladite cauſe d'appel, que dudit incident, la taxe deſdits adjugés pardevers notredite cour réſervée. Prononcé le 7 jour de mars 1720.

Avis de l'Auteur, pour la réſolution de quelques doutes.

8 Afin qu'il ne demeure aucun ſcrupule ſur ce préjugé, nous avons cru néceſſaire d'ajouter quelques loix qui ſemblent contraires; ſçavoir, la loi, *ſi ad reſolvendam. Cod. de prædiis minorum*, conçue en ces termes : *Si ad reſolvendam donationem quam in emancipatum te pater contulerat; minor viginti quinque annis cautionem ei emiſiſti, cum hujuſmodi ſcriptura contra Senatuſconſulti auctoritatem data ſit, non oberit juri tuo :* lequel texte, de prime-abord, paroît formel, pour le ſoutien de la donation en l'eſpece de notre queſtion. Car comme en ladite loi, le mineur n'a pû faire aucune déclaration préjudiciable à la donation faite à ſon profit par le pere, on peut dire le même de la fille mariée, laquelle eſt, *in ſacris mariti, in ejus tutela*, & ne peut rien faire ſans autorité d'icelui, non plus que le mineur, ſans celle du tuteur. La femme auroit donc bien pu accepter la donation à ſon profit, *ſed non ad reſolvendam donationem cautionem emittere*, s'il falloit que cette déciſion fût ainſi priſe nuement : Mais elle ſe doit entendre d'une convention poſtérieure, faite après le droit acquis au mineur : ainſi la loi ſuſdite ne ſe trouve point répugner à l'arrêt que nous avons rapporté ci-deſſus, la différence étant grande entre les pactes appoſées au contrat, en même tems, & qui ſont partie d'icelui, & celles qui ſe font après la perfection d'un contrat. Car comme le mineur ne peut déroger à ce qui lui a été une fois acquis par quelque acte ſubſéquent, auſſi en l'eſpece cottée, ſi la donation eût été poſtérieure à la perfection du contrat, & qu'il y eût eu quelque intervalle entre les deux actes; nous eſtimons que la cour eût jugé autrement en faveur de ladite donation.

Donc, la loi préaléguée n'eſt point contraire; & quoiqu'en diſent *Fachineus*, & quelques autres, le cas d'icelle ſe doit référer *ad pactum reſolutivum ex intervallo factum.* Car encore que les termes ne le diſent expreſſément, ils ne portent pas non plus que la convention fût inhérente au contrat, ou faite à l'inſtant; ſi bien que dans le doute, la raiſon nous oblige à l'explication la plus convenable avec l'autorité de la gloſe, laquelle ſur le mot *emiſiſti*, ajoute *ex intervallo :* outre qu'il eſt aiſé d'inférer du texte, que la donation avoit précédé : car les empereurs ne diſent pas, *ſi ad reſolvendam donationem quam in te pater contulit, minor cautionem emiſiſti :* Mais ils diſent, *quam in te contulerat*, en dénotant qu'elle avoit été faite auparavant, par le rapport de ces deux verbes, qui ſignifient bien un même tems, toutefois avec quelque diſtinction. D'ailleurs, puiſque la loi réprouve *cautionem emiſſam ad reſolvendam donationem, id eſt ad reſolvendam donationem*, la réſolution du contrat ou répudiation du droit préſuppoſe une précédente ſubſiſtance, & qu'il fût acquis, puiſque ce verbe, *reſolvere idem ſonat quod diſſolvere*, ſçavoir, délier ce qui étoit lié, & déſobliger celui qui étoit obligé.

C'eſt ainſi que le ſieur Tiraqueau, *ad finem tituli*, du retrait conventionnel, *n.* 1 *& ſequentib.* explique ladite loi, *ſi ad reſolvendam*, & rapporte l'opinion conforme de *Boërius*, en ſa queſtion cent quatre-vingt-douze, où il tient, que le mineur, en achetant, peut concéder la faculté rédemptive, par une condition, ou plutôt convention inhérente; mais non par acte poſtérieur, & après le droit acquis.

Mais la loi premiere, au § dernier, & la loi ſubſéquente, *ff. de rebus eorum qui ſub tutela*, cauſent un plus grand doute : Car Ulpien, en ladite loi premiere, uſe de ces termes : *Si minor viginti quinque annis emit prædia, ut quod pretium ſolveret eſſent pignori obligata venditori, non puto pignus valere : nam ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari.* Et le juriſconſulte *Paulus*, reprenant la même queſtion, dit : *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæſitum eſt, & ab initio obligatio inhæſit; quod ſi à fiſco emerit, nec dubitatio eſt quin jus pignoris ſalvum ſit. Si igitur talis ſpecies in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus eſt, ut pignus confirmetur.* De ces termes on peut inférer, que la convention de l'hypothéque étoit inhérente au même contrat, & toutefois ces juriſconſultes ſemblent la rejetter, & décider que le mineur a bien pû acquérir l'immeuble, mais qu'il n'a pû le charger d'aucune hypothéque pour l'aſſurance du prix.

Que répondrons-nous ſur des textes ſi exprès? Dirons-nous avec quelques-uns, que c'eſt parce que l'hypothéque préſuppoſe que la propriété a été transférée, & qu'en effet la gloſe explique ces mots, *ubi dominium quæſitum ex minori, poſtquam dominium, &c.* Mais ce n'eſt pas ſatisfaire; car toujours reſte le titre d'Ulpien, *quod cum dominio pignus quæſitum eſt, & ab initio obligati inhæſit*, pour rendre la condition valable, ſans laquelle le vendeur n'eût vendu ſon bien.

Dirons-nous avec quelques autres, que le juriſconſulte Paul, donnant ce conſeil de faire confirmer par le prince la convention & réſerve de l'hypothéque, c'eſt autant que s'il reconnoiſſoit qu'elle eſt raiſonnable & valable de droit? Mais ſi elle eſt valable, pourquoi recourir au reſcrit du prince, pour obliger le vendeur à cette rigueur, puiſqu'il n'a entendu ſe dépouiller de ſon héritage, qu'en tant qu'il lui demeureroit hypothéqué pour ſes deniers, pour leſquels *aliter fidem non habuiſſet.*

Dirons-nous, avec ledit ſieur Tiraqueau, au lieu préallégué, n. 13, qu'il y a faute de texte deſdites loix, & qu'en effet Balde les allégue à ſens contraire en ſon conſeil 415? Mais puiſqu'il ne dénote l'erreur, diſons plutôt avec meſſire Antoine Favre, préſident de Chambery, *l.* 8 *conjecturarum, cap.* 12, que ces deux loix ſont contraires : Qu'en la premiere, Ulpien tient la négative, en la ſeconde; Paul tient l'affirmative; que le dernier diſpute contre le premier qui avoit écrit le contraire; bref, qu'il ne faut point douter que cette addition, *ad Paulum, ſi igitur talis ſpecies in privato, &c*, ne ſoit inepte, & n'ait été ajoutée par Tribonien, n'é-

BIU Cujas

tant pas néceſſaire de faire confirmer par reſcrit du prince, l'hypothéque réſervée pour le contrat de vente : Car encore qu'elle ne fût d'ailleurs valable, toutefois étant appoſée au contrat, elle demeuroit obligatoire, comme il eſt aſſez clairement décidé *in l. venditor, ff. communia præ. & in l. ei fundo, ff. de ſervit.*

Nous nous ſommes étendus ſur ce point, parce que *Fachineus, lib. 2, controv. cap. 3*, traitant la queſtion, ſi le mineur qui achete un héritage, peut accorder un rachat, tient la négative, & ſe fonde ſur les textes préallégués; ce que nous eſtimons injuſte, parce que pour conclure avec Balde, *qui habet auctoritatem in contractu, habet etiam in diſtractu*, quand les actes ſont indiviſibles, & faits en même tems.

Pline le jeune, en l'épitre premiere du livre cinquiéme, rapporte un exemple aſſez convenable au ſujet que nous avons propoſé. *Curianus filius orabat, ut ſibi donarem portionem meam, ſeque præjudicio juvarem, eandem tacitâ conventione ſalvam mihi pollicebatur : reſpondebam, non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere ſecreto.*

Si ce payen parloit de la ſorte, n'eſt-ce pas une leçon aux chrétiens, & n'eſt-ce pas parmi nous que l'honnêteté doit tenir lieu d'obligation, ainſi que diſoit le même auteur ? Il ſeroit donc à deſirer que ces pactions ſecrettes fuſſent rejettées, ou du moins qu'elles ne fuſſent valables qu'à l'égard de ceux qui les ont faites, & non contre un tiers. C'eſt parce qu'elles ſervent de piége à ceux qui les ignorent, & que c'eſt un artifice qui peut tromper des perſonnes. L'on ſe fie à l'acte qu'on voit, & l'on ſe trouve attrapé par l'acte qu'on cache, *quando clandeſtinis ac domeſticis fraudibus aliquid conficitur, vel id quod vere geſtum eſt aboletur*, ainſi qu'il eſt dit *in l. 27, C. de donationib.* C'eſt pour ce ſujet que les contre-lettres & contre-promeſſes ont été défendues, quand elles choquent ou alterent la teneur du contrat de mariage. C'eſt ce que la cour a condamné par divers arrêts, & elle a jugé qu'un contrat de mariage regardoit trop de perſonnes pour y pouvoir déroger par un acte ſéparé & ſecret. Outre que le public y étant intéreſſé, il ne peut ſouffrir qu'on bleſſe ce qui établit la ſociété civile & la loi des familles. Il faut voir ſur ce ſujet le docte Robert, *lib. 2, rerum judicat. cap. 9.* Monſieur Maynard, liv. 3, chap. 9 de ſes queſtions, & après eux, M. Loüet, en la lettre C, nombre 28, & le ſieur Brodeau, ſur icelui.

Enfin, nous n'avons point vû que, hors les pactes 9
& conventions d'un mariage, les contre-lettres ſoient défendues, & M. Lepreſtre, qui en traite encore en ſon recueil, centurie premiere, chapitre 99, ne parle que de celles qui précédent ou ſuivent le contrat de mariage. Il eſt vrai qu'en la ſeconde centurie, chapitre 16, il rapporte un arrêt, par lequel il fut jugé qu'une déclaration ou contre-lettre ne pouvoit préjudicier aux créanciers intermédiaires; mais c'eſt parce que cette déclaration étoit poſtérieure, & qu'il y avoit eu de l'intervalle entre icelle & l'acte principal, auquel elle dérogeoit. Tant y a que quand c'eſt en même tems, *contractus circa idem facti, eadem die etiam in diverſis inſtrumentis cenſentur correſpectivi, & ineſſe mutuâ contemplatione facti & unus contractus*, comme dit maître Charles du Moulin, ſur la coutume de Paris. Auſſi, par l'arrêt intervenu depuis peu entre le marquis d'Urfé, & le ſieur de Mailly, la cour, quoiqu'elle ait approuvé le mariage dudit ſieur de Mailly, avec la ducheſſe de Croy, a réſervé que c'étoit ſans déroger aux actes & contre-lettres qu'elle avoit faites en qualité de veuve, parce que c'eſt en la même qualité qu'elle avoit fait les conventions principales.

OBSERVATIONS.

Contre-lettres.

L'Auteur traite cette queſtion fort doctement. Il décide à la fin, que les contre-lettres 10
ne ſont prohibées, qu'à l'égard des contrats de mariage; parce que ce ſont des loix de famille, auxquelles on ne peut déroger que du conſentement des parens des deux conjoints, ainſi qu'il eſt décidé dans l'art 268, de la coutume de Paris. *Toutes contre-lettres faites à part, & hors de la préſence des parens qui ont aſſiſté au contrat de mariage, ſont nulles.*

Tous les commentateurs de la coutume de Paris traitent cette matiere; ainſi ſuivant le deſſein que je me ſuis propoſé, de ne point parler des queſtions triviales, je ne m'y arrêterai pas.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEpuis peu j'ai été conſulté par monſieur l'abbé de Courtenay, héritier du nom, des armes & des vertus de cette illuſtre maiſon, ſur une queſtion qui a beaucoup de rapport à celle traitée par notre auteur : ſavoir, ſi l'on peut changer ou renvoyer une donation entre-vifs, acceptée & inſinuée.

Cette queſtion a deux parties.

La premiere, ſi quand le premier donataire, après ſon décès, eſt chargé de rendre la choſe donnée à une autre perſonne, l'acceptation du premier donataire eſt ſuffiſante pour faire valoir la donation au profit du ſecond donataire, qui ne l'a pas acceptée

La ſeconde, ſi le donateur ſeul, ou conjointement avec le premier donataire peuvent changer ou révoquer la donation.

A l'égard de la premiere queſtion, il ſemble d'abord que l'acceptation du premier donataire ne peut pas ſervir au ſecond donataire. Car c'eſt un principe certain en droit, que *nemo alteri ſtipulari poteſt.* Or, l'acceptation eſt une ſtipulation; par conſéquent elle

BIU Cujas

ne peut pas être faite par autrui. En effet, l'ordonnance de 1539, déſire qu'elle ſoit faite en vertu d'une procuration ſpéciale.

Néanmoins il faut dire que l'acceptation du premier donataire fait valoir la donation au profit du ſecond donataire, ainſi que cela eſt décidé dans la loi 3, *cod. de donat. quæ ſub modo. Quoties donatio ita conficitur, ut poſt tempus id quod donatum eſt, alii reſtituatur; veteris juris auctoritate reſcriptum eſt, ſi is in quem liberalitatis compendium conferebatur, ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel hæredibus ejus condictitiæ actionis perſecutionem competere. Sed poſtea benigna juris interpretatione divi principes, ei qui ſtipulatus non ſit, utilem actionem, juxta donatoris voluntatem competere, admiſerunt.*

La ſeconde queſtion paroît auſſi d'abord contraire aux principes des donations entre-vifs, qui étant une fois parfaites, ſont irrévocables, *ſemel perfectæ temere revocari non poſſunt. Inſt. de donat. § 2, perfecta donatio conditiones poſtea non capit. leg. 4, cod. de donat, quæ ſub modo.*

Cependant quand la donation eſt fait à une perſonne ſubordonnée, qui n'a point accepté, elle peut être révoquée. Savoir s'il faut que la révocation ſoit faite par le donateur ſéparément, ou conjointement avec le premier donataire qui a accepté.

Le préſident Faber, dans ſon code, ſur le titre *de donat. quæ ſub modo, defin. 2*, eſt d'avis que le conſentement du donateur ſuffit. *Poteſt donator pro arbitrio revocare legem donationis, etiam inter vivos dictam favore tertii, antequam tertius ille acceptaverit.* Il dit que cela a été ainſi jugé par un arrêt du ſénat de Chambery, du décembre 1592.

Maître René Chopin, *de Moribus Pariſ.* liv. 2, tit. 3, nomb. eſt d'avis qu'il faut le conſentement des deux. *Tertio jus quæſitum ex pacto inter duos tolli poſſe eorumdem conventione ſequenti.* Il eſt même d'avis que cela ſe peut dans le cas d'une donation faite par contrat de mariage, par un pere à ſon fils, & aux enfans à naître du mariage. *Quinimo judiciis definitum eſt, nuptialibus filii tabulis à patre donata eidem liberiſque ex tali connubio orituris, mutari novarique potuiſſe filii cum patre tractatu poſteriore, liberorum illorum detrimento: quorum haud præcipuo nempè, ſed filii favore concepta fuiſſet paterna donatio.*

Il ajoûte que cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu en 1572, en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de M. des Landes.

Maître Jean-Marie Ricard, dans ſon traité des donations, part. 1, chap. 4, ſect. 1, nomb. 873, eſt du même ſentiment, & cite le même arrêt.

Il me ſemble que dans le cas d'une donation faite par contrat de mariage au futur époux, & à ſes enfans, il y a beaucoup de difficulté, parce que la femme & ſa famille ſont cenſés avoir accepté pour les enfans; d'ailleurs l'acte de révocation doit paſſer pour une contre-lettre, qui n'eſt pas valable contre un contrat de mariage.

Cependant le ſentiment de ces deux célebres juriſconſultes, & l'arrêt du Parlement, m'obligent à ſoumettre mon jugement à leur déciſion.

DES

BIU Cujas

DES CESSIONS ET TRANSPORTS.

QUESTION ~~SIXIEME~~ *V.*

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Diſtinction entre les ceſſions des droits litigieux & ceux qui ne le ſont pas.*
2. *Eſpèce du fait, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
3. *Sentence du bailli de Forêts, qui interloque ſur la vérité du prix de la ceſſion.*
4. *Arrêt du 22 juin 1624, qui infirme la ſentence en ce chef.*
5. *La diſtinction des droits litigieux d'avec ceux qui ne le ſont pas, improuvée.*
6. *La diſtinction entre co-héritiers avant ou après le partage, improuvée.*
7. *Arrêt du 31 décembre 1695, qui a infirmé la ſentence du ſénéchal de Lyon, laquelle avoit admis les co-héritiers à faire preuve par témoins de la vérité du prix de la ceſſion.*
8. *Les arrêts autoriſent les ceſſions des droits ſeigneuriaux.*

CHAPITRE II.

Des ceſſions des droits litigieux, & bénéfice des loix, pour le rembourſement de ce que le (1) cédataire a payé; enſemble des deniers conſignés, & ſi le privilége d'iceux ſe perd pour avoir pris l'intérêt du receveur des conſignations.

QUESTION V.

Si les loix ab Anaſtaſio, & per diverſas, Cod. mandati, *ont lieu pour toute ceſſion de droits.*

MAITRE Julien Brodeau, ſur monſieur Loüet, en la lettre C, article 13, diſtingue fort bien les ceſſions & tranſports des droits litigieux, de ceux qui ne le ſont point, & dit que les arrêts ont jugé, que l'action que les loix cottées donnent au débiteur, pour demander la ſubrogation, & rembourſer le cédataire, n'a lieu que contre ceux qui recherchent par avarice ou à deſſein de véxer autrui, des actions litigieuſes, *adverſus ergolabos, ſive litium redemptores, vel qui improbè coeunt in alienam litem, l. 6, § de vit. privatâ*; mais non contre ceux qui, ſans aucun mauvais deſſein, acceptent le tranſport d'une dette claire & certaine, bien qu'à moindre prix, afin d'entretenir le commerce & la diſpoſition du droit romain & françois, pour le fait des ceſſions & tranſports. Le même auteur ajoute, que celui qui acquiert une choſe néceſſaire, pour prévenir & éviter un procès, ou pour ſe rédimer de la peine & riſque d'icelui, s'il eſt intenté, n'eſt pas ſujet à la rigueur des loix préalléguées. Et comme ces diſtinctions concilient l'opinion de quelques docteurs & praticiens, qui doutent de l'obſervance deſdites loix, auſſi ce chapitre ne tend qu'à confirmer ce point, en oppoſant des arrêts qui ſemblent divers, comme ils le ſont en effet, ſans que pourtant ils ſe contrarient, à cauſe de la diverſité du cas.

La ſucceſſion d'un Gallard étant contentieuſe entre Jeanne Emin & Barthelemi Plain, qui tous deux ſe prétendoient parens plus habiles à ſuccéder; comme pendant le procès ladite Emin eſt avertie qu'une Françoiſe Gallard pouvoit être plus proche parente, elle prend tranſport de ſon droit pour quelque légere ſomme, afin d'exclure plus facilement ſon adverſe partie, en faiſant une double batterie, tant de ſon chef, que de ſa cédante, & à cet effet, obtient lettres pour être reçue à ſe ſervir du droit d'elle.

Contre ces lettres, Barthelemi Plain oppoſe, que lad. Françoiſe Gallard, cédante, n'étoit pas la plus proche, & quand elle le ſeroit, que la demanderesſe ne ſe pouvoit prévaloir contre lui, d'un tranſport qu'elle avoit tiré ſans rien débourſer, ou au moins à très-vil prix, afin de l'exclure d'une légitime ſuccceſſion; qu'en tout cas il devoit être reçu à la ſubrogation du droit cédé, en rendant ce qui avoit été ſans fraude payé, requérant que l'appellante fût ouie ſur la vérité du prix.

A ces fins, il remontroit qu'il n'étoit pas raiſonnable qu'étant plus proche, il fût exclus de la ſucceſſion par un parent plus éloigné, ſous prétexte d'une ceſſion mendiée & obtenue d'une pauvre femme, réduite à mendicité, ſans avoir rien débourſé pour le tranſport, ou ſi peu, que cela ne pouvoit être mis en conſidération : Et que partant, la demanderesſe ne pouvoit refuſer d'affirmer & faire affirmer ſa cédante ſur la vérité dudit tranſport, & de ce qui avoit été baillé pour en faire rembourſement, ſuivant la conſtitution d'Anaſtaſe, confirmée par Juſtinien, nonobſtant que les loix de ces empereurs ſoient reſtraintes en quelque cas, & qu'elles exceptent quelques perſonnes; car le même Juſtinien, par autre ſubſéquente, qui eſt la loi derniere du même titre, *C. mandati,* reſtituée des baſiliques par Cujas, a rendu ſa déciſion générale, & contre toutes perſonnes.

La demanderesſe diſoit en replique, qu'elle ne demeuroit pas d'accord, que le défendeur fût en degré plus proche : au contraire elle prétendoit montrer qu'il n'étoit que couſin au quatriéme de-

(1) Ce mot ſignifie Ceſſionnaire.

BIU Cujas

gré, au lieu qu'elle ſe trouvoit au troiſiéme; mais quoiqu'il en fût, que ſur ce doute, & pour mieux aſſurer ſon droit, & ſe maintenir en la ſucceſſion contentieuſe, elle avoit pû prendre le droit de ladite Gallard, & le joindre au ſien, ſans que le défendeur ſe pût plaindre du tranſport, puiſqu'elle n'avoit accepté icelui, *animo vexandi*, mais comme intéreſſée, & pour couper plutôt chemin au procès; auquel cas les loix ſuſdites ne pouvoient militer, puiſqu'elles ne donnent l'action de ſubrogation, que contre ceux qui ſans intérêt recherchent un droit litigieux pour véxer autrui, ou troubler un paiſible poſſeſſeur : & c'eſt pourquoi *in l. per diverſas*, l'empereur parle de ceux *qui alienis rebus fortuniſque inhiantes, alios vexationibus afficiunt* : c'eſt à ceux-là que ſa déciſion eſt reſtrainte; en quoi on ne peut dire qu'elle ait été corrigée par Juſtinien. Car s'il a corrigé quelques cas exceptés, même lorſqu'on recherche la couleur d'une vendition & donation, pour déguiſer la ceſſion, il n'a toutefois entendu étendre cette regle contre d'autres, que contre ceux qui ſe font céder un droit litigieux à mauvais deſſein Quoiqu'il en ſoit, les arrêts ont toujours jugé, que les loix ſuſdites n'avoient pas lieu contre celui qui a quelque droit en la choſe, & ne tend qu'à ſe conſerver icelui, comme remarque Mornac, en ſon commentaire ſur les quatre premiers livres du code.

3 Néanmoins, le bailli de Forêts ayant ordonné, que les parties articuleroient plus amplement leurs faits, tant ſur les degrés de proximité, que ſur la vérité du prix de la ceſſion, & ſe feroient ouir ſur iceux, enſemble Françoiſe Gallard, cédante; vérifieroient, produiroient, contrediroient : & ladite Jeanne Emin en ayant appellé à la cour, la ſentence du bailliage auroit été réformée en ce que les parties auroient été appointées à articuler & vérifier ſur la vérité du prix de la ceſſion. La cour ayant par là préjugé que ladite Emin avoit pû prendre ladite ceſſion, & que n'y pouvant écheoir aucune action ou exception pour le rembourſement dudit prix & ſubrogation au droit cédé, c'étoit fruſtratoirement qu'on avoit interloqué ſur ce point : *ſi quidem fruſtrà probatur quod probatum non relevat.*

Arrêt de la cour.

Comme de certaine ſentence donnée par notre 4
bailli de Forêts ou ſon lieutenant le vingt-uniéme août dernier au profit de Barthelemi Plain, défendeur, à l'encontre de Jeanne Emin, demandereſſe, par laquelle notredit bailli, ou ſon lieutenant, auroit, avant procéder au jugement de la cauſe d'entre leſdites parties, & ayant aucunement égard aux lettres obtenues par ladite demandereſſe, ordonné que leſdites parties articuleroient plus amplement leurs faits dans huitaine, tant ſur la proximité que la vérité du prix de la ceſſion; ſe feroient ouir ſur iceux, enſemble Françoiſe Gallard, cédante; vérifieroient, produiroient, contrediroient dans le tems de l'ordonnance, pour, ce fait & rapporté, être fait droit aux parties diffinitivement, dépens réſervés; Eût été de la part de ladite Emin appellé à notre cour de parlement, en laquelle leſdites parties ouies en leur cauſe d'appel, & le procès par écrit conclu, pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé : Joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle de ladite appellante, qu'elle pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance; auſquels griefs, productions, moyens de nullité, ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens de ladite appellante. Icelui procès, griefs & réponſes à iceux, forcluſion de produire de nouvel par ladite appellante, vû & diligemment examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence au néant, en ce que leſdites parties auroient été appointées à articuler & vérifier ſur la vérité du prix de la ceſſion faite à ladite appellante, par ladite Françoiſe Gallard; la ſentence au réſidu ſortiſſant ſon plein & entier effet, dépens réſervés. Prononcé le vingt-deuxiéme jour de juin, l'an mil ſix cent vingt-quatre. Extrait des regiſtres du parlement. RADIGUES.

OBSERVATIONS.

Ceſſions & tranſports de droits litigieux.

L'Auteur, dans cette queſtion & les deux ſuivantes, parle des ceſſions & des tranſports. Il décide que ſuivant la diſpoſition des loix, *per diverſas & ab Anaſtaſio*, les ceſſions & tranſports de droits litigieux ne ſont pas valables, ou du moins, que le débiteur a la liberté de ſe faire ſubroger au lieu & place du ceſſionnaire, en lui rendant la ſomme par lui effectivement payée, avec les intérêts du jour du payement : il en excepte les cas marqués dans nos loix. 1°. Si ce tranſport eſt fait entre cohéritiers. 2°. S'il eſt fait par tranſaction intervenue ſur un procès. 3°. Pour cauſe de dot, de donation, ou autre titre favorable & néceſſaire.

L'auteur ſuivant la diſtinction faite par M. Brodeau, ſur M. Louet, let. C, chap. 13, excepte encore le cas d'une dette claire & certaine, de peur de détruire le commerce des ceſſions & tranſports.

5 Ce cas eſt rare; car il n'y a point de dette ſi certaine, qui ne puiſſe devenir litigieuſe. D'ailleurs, ce ne ſeroit pas un grand mal d'arrêter un commerce, dans lequel on n'entre ordinairement que par un eſprit d'animoſité, ou d'avarice, & qui donne lieu à tant de fraudes, de chicanes & de parjures. Enfin l'on ne fait point de tort au ceſſionnaire, en lui rendant les deniers par lui déboursés, avec les intérêts.

6 Si un cohéritier traite d'une dette de la ſucceſſion; les autres cohéritiers ſont en droit de profiter de la remiſe qui a été faite par les créanciers; parce qu'un cohéritier, auſſi-bien qu'un aſſocié, eſt préſumé faire le bien commun, *commune negotium gerit*. Cependant au palais, l'on prétend que cette maxime n'a lieu que lorſque le traité eſt fait avant le

BIU Cujas

partage ; parce que juſqu'au jour du partage les choſes étant indiviſes, un cohéritier repréſente tous les autres, & travaille pour l'intérêt commun ; mais après le partage, chacun ayant ſa part ſéparée, chaque cohéritier eſt préſumé travailler pour ſoi en particulier.

Cette raiſon n'eſt pas juridique ; car ſuivant la loi des douze tables, rapportée dans la loi 6, au code, *famil. erciſc.* les dettes d'une ſucceſſion ſe diviſent de plein droit entre tous les héritiers, même avant le partage ; ainſi la diſtinction faite du tranſport fait avant ou après le partage, eſt inutile. D'ailleurs cette diſtinction donneroit lieu à beaucoup de fraudes. Un cohéritier avide traiteroit ſecretement avec le créancier, à la charge que le tranſport ne ſeroit paſſé qu'après le partage ; mais quand la raiſon de la loi ceſſeroit, celle de l'équité ſubſiſteroit toujours : il n'eſt pas juſte qu'un héritier profite ſur ſes cohéritiers, *quos æqualis junxit natura, jungat æqualis gratia.*

Mais quand un cohéritier a envie de profiter ſur ſes cohéritiers, il ſait bien trouver 7
les moyens de le faire, nonobſtant la précaution de la loi. Il fait paroître par le tranſport, qu'il a payé la dette dans ſon entier, tant en principal qu'intérêts, & les autres cohéritiers ne ſont pas reçus à faire preuve par témoins de cette fraude, quand la dette excede la ſomme de cent livres, ainſi que cela a été jugé par un arrêt rendu le 31 décembre 1695, au rapport de M. de Monchal, entre les freres Chazard, de la ville de Lyon : Le ſénéchal de Lyon avoit admis la preuve par témoins ſur des préſomptions évidentes de fraude ; cependant ſa ſentence fut infirmée par cet arrêt : J'avois écrit au procès pour les intimés, & M. Ferrary pour l'appellant.

Il y a encore un autre abus ſur les ceſſions de droits. Ceux qui ont envie d'avoir une terre à bon marché, traitent par avance avec le ſeigneur des droits ſeigneuriaux ; en ſorte que ſi quelque autre achette la terre, il faut qu'il paye à ce particulier tous les droits ſans aucune grace ; ce commerce eſt autoriſé par les arrêts rapportés par M. Brodeau, au même endroit, nomb. 1. 8

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MOnſieur Lepreſtre, cent. 3, chap. 92, établit que tout ce qu'un des cohéritiers retire dépendant de la ſucceſſion, doit ſe partager avec les autres cohéritiers, ſans aucune diſtinction.

M. Le Brun ; dans ſon traité des ſucceſſ. liv. 4, chap. 2, ſect. 3, nomb. 65 & 67, eſt d'avis que les cohéritiers ſont recevables à rembourſer à celui d'entre eux qui a traité d'une dette paſſive de la ſucceſſion, le prix du tranſport, ſoit que le traité ſoit fait avant ou après le partage.

Dans le nombre 66, il dit, que ſi un des cohéritiers cede ſes droits en la ſucceſſion à un étranger, les autres cohéritiers ſont en droit de rembourſer cet étranger, pour l'empêcher de ſe venir mêler parmi eux, & pénétrer dans le ſecret des affaires de leur famille. M. Brodeau, ſur M. Louet, let. C. nomb. 2, dit que cela a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts.

Dans le nombre 68, il excepte de cette regle la ceſſion faite par un héritier à un des cohéritiers, parce que la raiſon ceſſe. *Idem*, de la ceſſion faite à la veuve par un des héritiers, de ſa part dans la communauté. Brodeau, *ibidem.*

Dans les parlemens de droit écrit, la juriſprudence n'eſt pas uniforme.

Au parlement de Bordeaux, l'on juge que la prohibition des loix *per diverſas* & *ab Anaſtaſio*, ne regarde que les droits qui ſont litigieux ; ainſi que quand la dette eſt claire & liquide, l'on autoriſe le tranſport, ſuivant le témoignage de Lapeyrere, & de l'auteur de nouvelles notes, let. C, nomb. 6 & 7.

Au parlement de provence, la même juriſprudence eſt ſuivie, ſuivant le témoignage de Boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 8, chap. 4.

Mais dans les Parlemens de Toulouſe & de Grenoble, la diſpoſition de ces loix eſt ſuivie avec quelque modification. Car outre les exceptions marquées dans ces loix, on y admet encore celles-ci : 1°. quand le ceſſionnaire eſt lui-même créancier, & qu'il eſt en perte ; 2°. Quand la ceſſion eſt faite à un tiers, poſſeſſeurs ; 3°. Quand elle eſt faite *animo compenſandi.* Deſpeiſſes, tom. 1. pag. 12, Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 71, Expilly, dans ſes arrêts, chap. 194, Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 20, ch. 1.

Dans le droit il eſt défendu aux préſidens des Provinces, & à tous autres officiers de Province, de prêter leur nom & leur crédit à ceux qui ont des affaires devant eux, ni de prendre ceſſion de leurs droits, ſuivant la loi *non*, livre 36, *ff. de contrah. empt.* & les titres du code *ne liceat potentioribus, patrocinium litigantibus præſtare, vel actiones in ſe transferre*, & *de contract. Jud.*

BIU Cujas

En France, les ordonnances de nos rois ont adopté la diſpoſition du droit. Charles cinquiéme, ſurnommé le ſage, par ſon ordonnance de 1356, défend ces ſortes de tranſports, à peine contre le cédant de la perte des droits & actions cédés; & contre le ceſſionnaire, d'amende arbitraire, & des frais & dépens.

Ces défenſes ont été renouvellées par les ordonnances de François premier, de l'an 1535, ch. 12; de Charles IX, aux états d'Orléans, tenus en 1560, art. 54; de Louis XIII. en 1629, art. 94. Ces deux dernieres Ordonnances comprennent les avocats, procureurs, clercs, & ſolliciteurs, pour raiſons des affaires dont ils ſont chargés.

Le parlement a ſouvent renouvellé ces défenſes, entre autres par un arrêt de réglement, du 10 juillet 1665 art. 13.

La même choſe a été jugée au grand conſeil par un arrêt du 12 mars 1701, rapporté par M. Augeard, Art. 26.

DES CESSIONS ET TRANSPORTS.

QUESTION ~~SEPTIEME~~. *VI^e*

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La caution eſt recevable à offrir de payer au ceſſionnaire le juſte prix du tranſport.*

QUESTION VI.

Si le bénéfice des loix ſuſdites a lieu contre un créancier qui prend un tranſport d'un droit litigieux pour moindre ſomme.

L'ARRÊT rapporté ſur la précédente queſtion, ſert de préjugé pour la confirmation des ceſſions acceptées par perſonnes intéreſſées, & qui n'ont autre but que de ſe maintenir en leurs droits, & retrancher le cours des procès. Mais en cette queſtion, l'arrêt qui ſera rapporté, fera voir que la dette cédée étant litigieuſe, le cédataire ne peut prétendre plus que le prix du tranſport, bien qu'il fût créancier de ſon cédant, & qu'il n'ait recherché le tranſport, que pour s'aider à payer.

Les biens de Claude Chanal ayant été vendus par décret, de l'autorité du bailli de Forêts, Françoiſe Pupier, ſa femme, s'oppoſe pour la reſtitution de ſes droits; & de ſon chef, Etienne & André Chanal, ſes enfans & héritiers, ſont colloqués par la ſentence de diſtribution en ordre utile pour la ſomme de 583 livres pour reſte de plus grande.

Le prix de l'adjudication avoit été conſigné entre les mains de maître Antoine Serralier, receveur des conſignations, & les premiers ordres acquittés, la ſomme ſuſdite étoit demeurée entre ſes mains, au profit de ladite Françoiſe Pupier, ou deſdits Chanal, ſes enfans, leſquels, pour s'acquitter envers le ſieur Juſtin Gayot, marchand de Montbriſon, de la ſomme de trois cens trente livres, lui font ceſſion & remiſe de la ſomme ſuſdite de 583 livres, & des intérêts d'icelle, tant contre ledit Serralier, receveur des conſignations, & ſes héririers, que contre noble Claude Henrys, ſa caution, par tranſport fait audit Gayot le 14 mars 1609.

Enſuite duquel, Pierre Henrys, écuyer, ſeigneur de Greyſieu, & lieutenant, aſſeſſeur criminel au bailliage de Forêts, comme fils & héritier du défunt ſieur Henrys, ayant été convenu, il auroit excipé du vice du tranſport recherché contre une caution après la diſcuſſion du principal débiteur; & de plus, auroit oppoſé que les cédans ayant laiſſé volontairement les deniers entre les mains dudit Serralier, & tiré l'intérêt d'iceux, la dette avoit changé de nature, par la converſion du dépôt en un prêt, pour lequel ledit Henrys ne pouvoit être réputé caution.

Pour le premier point, il ne ſemble pas néceſſaire de s'y étendre, puiſque les raiſons ſe peuvent tirer de ce qui a été prédit, & qu'il ſuffit que la cour ayant reconnu l'action cédée litigieuſe, ait reſtreint la condamnation au prix du tranſport, ſans aucuns intérêts & dépens; ce qui eſt remarquable, puiſque les loix préalléguées, qui ſervent de fondement, obligent celui contre lequel la ceſſion eſt recherchée, à rembourſer le prix du tranſport & les intérêts.

BIU Cujas

DES CESSIONS ET TRANSPORTS.

QUESTION ~~CINQUIEME~~ *VII.*

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Un créancier utilement colloqué, qui, au lieu de faire payer par le receveur des conſignations, ſe contente de recevoir de lui les intérêts, fait novation.*
2. *Le dépôt change de nature, lorſque le dépoſant reçoit les intérêts de la ſomme par lui dépoſée.*
3. *Aucun créancier ne fait novation ſans une déclaration expreſſe.*
4. *Quand le receveur des conſignations eſt en demeure de payer, il doit les intérêts.*
5. *Arrêt du 7 ſeptembre 1627, qui juge que la caution eſt recevable à rembourſer le prix de la ceſſion ſans aucun intérêt.*
6. *Le cédant d'une dette n'eſt pas garant de la ſolvabilité du débiteur, ſans une ſtipulation expreſſe.*
7. *Alphonſe Olea, juriſconſulte Eſpagnol, a fait un traité* ex profeſſo de ceſſione jurium & actionum.

QUESTION VII.

Si, prenant l'intérêt du receveur des conſignations, il y avoit novation.

1 POUR ce ſecond point, la difficulté ſembloit être plus grande, pour la conſidération d'un tiers, qui, comme caution, pouvoit dire qu'à ſon égard, on avoit innové, en tant qu'après la ſentence d'ordre & collation utile au profit du créancier, il avoit négligé de ſe faire payer, mais volontairement, & ſans cauſe néceſſaire, avoit attendu le receveur des conſignations, & tiré de lui intérêt de la dette, au moyen de quoi elle avoit été innovée, & avoit changé de nature. De ſorte qu'au lieu que ledit receveur étoit auparavant dépoſitaire & débiteur, à cauſe du dépôt judiciel, il étoit devenu débiteur pour cauſe différente, ſçavoir, pour prêt, parce que l'attente volontaire & la réception des intérêts avoit autant d'effet, comme ſi le créancier avoit retiré ſes deniers, & iceux prêtés *brevi manu* au même receveur des conſignations, ſuivant la regle de droit, qui préſuppoſe ce qu'on a obmis, *celeritate conjungendorum actuum*,

2 En effet, après l'intérêt payé aux créanciers, après quil s'en eſt contenté, la nature du dépôt & de la conſignation n'a pû ſubſiſter. Car, comme le dépoſitaire ne peut, ou ne ſe doit ſervir de la choſe, auſſi celui qui la dépoſe, n'en doit tirer aucun profit, ou s'il le fait, on peut dire qu'en ce cas, *egredietur ea res depoſiti notiſſimos terminos*, comme parle le grand Papinien, *in l.* 24, *ff. depoſiti*; & conſéquemment, que le dépôt ceſſe d'être dépôt, & prend la nature du prêt, puiſque c'eſt *contra bonam fidem & depoſiti naturam*, qu'on puiſſe tirer l'intérêt d'une ſomme dépoſée, ainſi que dit le même juriſconſulte. S'il ajoute en la même loi, que cela ayant été convenu, *lex contractûs ſervatur*; il ſemble auſſi avouer que cette convention contraire à la nature du dépôt, fait une nouvelle loi, ou plutôt, que cette loi fait un nouveau contrat, qui ne peut être autre que d'un prêt.

C'eſt pourquoi Ulpien, *in l.* 7, *ff. depoſiti*, parlant du privilége de l'action, & de la préférence pour le recouvrement des deniers dépoſés, ne la donne point à ceux qui ont tiré profit de leur argent: *dummodò eorum qui vel poſtea uſuras acceperunt ratio non habeatur*; il en rend cette raiſon: *quaſi renuntiaverint depoſito*; comme s'il vouloit dire que ce n'eſt plus une même dette, & qu'elle a changé de nature. Pareillement le juriſconſulte Ulpien, *in l.* 24, *ff. de bonis auctoritate Judicum poſſid.* dit que ceux qui prennent l'uſure des deniers qu'ils ont dépoſé, *à cæteris creditoribus non ſeparantur*; & ajoute avec emphaſe: *& meritò, aliud eſt enim credere, aliud deponere.* Sur quoi les interprêtes marquent, *depoſitum tranſire in mutuum*, & que c'eſt pour ce ſujet que le privilége ſe perd.

Comme encore l'empereur décide en la loi ſeconde, *C. de jure dominii impetrando*, que le créancier *à beneficio impetrato receſſiſſe videtur*, quand il prend l'intérêt, parce que c'eſt un acte contraire, qui déroge à l'acte principal. A quoi ſe rapporte la déciſion de la loi quatriéme, *C. de pactis inter empt. & vend.* en laquelle l'empereur Alexandre dit élégamment: *commiſſoriæ venditionis legem exercere non poteſt, qui poſt præſtitutum pretii ſolvendi diem, non vendicationem rei eligere, ſed uſuram pretii putationem ſequi maluit*; ce qu'on pouvoit employer contre ledit Gayot, pour l'exclure du privilége de la dette cédée, & de l'action & hypothéque des deniers conſignés; puiſque ſes cédans, au lieu de s'en faire payer, avoient mieux aimé prendre l'intérêt & revenu, & que par ce moyen ils avoient été faits créanciers, *non ex cauſa depoſiti, ſed ex cauſa mutui*, à laquelle l'obligation de caution pour le fait des conſignations, ne ſe pouvoit étendre.

Ledit Gayot ſoutenoit au contraire, que ſi ſes cédans avoient pris l'intérêt d'un an, ou de deux, 3
du receveur des conſignations, ils n'avoient pourtant innové, ni changé la nature de leur dette, parce que de droit, la novation ne ſe peut faire que par une intention expreſſe, accompagnée de termes exprès: Si bien qu'il faut que le créancier *ſpecialiter quidem remittat priorem obligationem*, & qu'il déclare en outre, *quod ſecundam magis pro anteriore elegerit*; en un mot qu'il ſe départe de la

BIU Cujas

premiere, pour contracter une obligation nouvelle, ſuivant la régle établie par Juſtinien, *in l. ultimâ, C. de novationib.* laquelle il pourroit ſuffire d'employer pour toute réponſe aux loix alléguées au contraire, puiſqu'elles ſont tirées de l'ancienne juriſprudence, en laquelle la novation ſe pouvoit faire *nudâ vel tacitâ voluntate*; au lieu que l'empereur, corrigeant ce droit ancien, a défini, *lege ſolùm eſſe non voluntate novandum, etſi hoc verbis exprimatur :* car c'eſt ainſi qu'il faut lire le texte avec Godefroy.

Il ne faut donc plus recourir aux conjectures, puiſque la novation doit être expreſſe, ce qu'on ne peut dire au fait de la cauſe. Car quoique régulierement on ne puiſſe prendre l'uſure d'un dépôt, toutefois l'intérêt ayant été pris, ce n'eſt pas une conſéquence néceſſaire qu'il perde cette qualité, & que le créancier veuille changer la nature de la dette : au contraire, laiſſant ſes deniers entre les mains du receveur des conſignations, il s'aſſure toujours ſur la foi publique, & n'entend qu'il ſoit ſon débiteur qu'en cette même qualité, *& ex cauſa officii.* Quoiqu'il en ſoit, n'étant pas exprimé *nominatim*, la même cauſe ſubſiſte, puiſque *in contractibus ſemper initium inſpicitur, l. 8, ff. mandati, l. ſi id quod, § ſi filius fam. ff. pro ſocio.*

Outre qu'il faut conſidérer que cette attente n'eſt pas tellement volontaire, qu'elle n'ait quelque eſpece de néceſſité : car on ſçait aſſez que les receveurs des conſignations ſont de difficile convention, & que comme ils profitent & font leurs affaires des deniers d'autrui, auſſi ne peut-on ſe faire payer ſi promptement de ce qu'ils doivent. Tellement qu'un pauvre créancier étant contraint d'attendre, pour ne pas s'engager en de grands frais, & de prendre la récompenſe de quelques intérêts, afin que ſa dette ne lui ſoit entierement infructueuſe; il ne ſeroit pas raiſonnable que cette attente lui fût tellement préjudiciable, qu'il perdît le privilége & l'hypothéque de ſa dette.

Attendu même que l'intérêt ne répugne pas tellement à la nature du dépôt, qu'il ne ſubſiſte avec icelui. C'eſt pourquoi, en la loi de Papinien, s'il ſemble établir quelque répugnance; toutefois en ôtant le privilége du dépôt, il laiſſe l'action du dépôt, comme le remarque Cujas, en ſon commentaire ſur les queſtions de Papinien. Et comme il y avoit anciennement deux ſortes de banquiers, que notre droit appelle *nummularios vel argentarios*, car les uns gardoient l'argent, ſans en faire profit, & les autres en rendoient quelque uſure : auſſi il y a un double dépôt, l'un qui eſt régulier, ſans profit de part ni d'autre; & l'autre irrégulier, duquel les loix cottées ſe doivent entendre, & duquel auſſi du Moulin, en ſon traité des uſures, dit que l'intérêt eſt dû *ex morâ*; ce que la cour auroit confirmé par arrêt, que Mornac cotte ſur la loi *in fideicommiſſi, § ult. ff. de uſuris*, laquelle ſemble formelle pour la préſente queſtion. Car encore qu'au commencement du paragraphe, le juriſconſulte diſe que du dépôt *non ſine rubore deſiderabuntur uſuræ*, il reconnoît après qu'en cas de retardement de la part du dépoſitaire, *non oportet fruſtrationem, id eſt moram, impunitam eſſe.* C'eſt pourquoi Cujas, au lieu préallégué, avoue, *in depoſito, uſuras præſtari ex mora & tarda ſolutione*; puiſque dès-lors le dépoſitaire ſe conſtitue en mauvaiſe foi.

4 Comme au fait d'une conſignation, la ſentence d'une diſtribution étant faite, & les deniers adjugés aux créanciers, ſi le receveur ne les paye, il eſt en demeure & doit être reſponſable des intérêts, leſquels les créanciers peuvent prétendre légitimement, ſans déroger à la nature du dépôt, & ſans que ce retardement puiſſe anéantir les actions & hypothéques précédentes. De ſorte que le receveur demeurant toujours obligé *ex cauſa officii & ex cauſa depoſiti*, laquelle comme primitive & principale doit être conſidérée, ſes cautions auſſi demeurent pareillement obligées pour la même cauſe.

Ce que la cour auroit jugé, ne s'étant arrêtée à la prétendue novation, mais au ſeul vice du litige, pour reſtreindre la dette au prix véritable du tranſport, comme elle a fait par l'arrêt ſubſéquent, qui décide l'une & l'autre queſtion.

Arrêt de la cour.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront; Salut. Sçavoir faiſons que comme de la ſentence donnée par notre bailli de Forêts ou ſon lieutenant à Montbriſon le vingt-deuxiéme avril 1620, confirmative d'autre ſentence donnée par notre prevôt dudit lieu, le vingt-cinquiéme Octobre 1619, entre Juſtin Gayot, demandeur en requête, d'une part; & Pierre Henrys, écuyer, lieutenant, aſſeſſeur criminel en notredit bailliage de Forêts, héritier de feu Claude Henrys, ſon pere, défendeur, d'autre : Par laquelle les parties auroient été miſes hors de cour & de procès, ſans dépens, ſauf audit Gayot à ſe pourvoir ſur les biens de défunt Antoine Serralier, receveur des conſignations audit bailliage : Eût été par ledit Gayot appellé à notre cour de parlement; en laquelle, parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre icelles, ſi bien ou mal auroit été appellé : Joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, ledit inrimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant. Icelui procès vû, griefs, réponſes, requête du 23 août dernier, par laquelle ledit Gayot auroit employé pour production nouvelle ce qu'il auroit écrit & produit : Tout diligemment examiné, notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende; émendant, a condamné & condamne ledit Pierre Henrys, comme héritier de Claude Henrys, ſon pere, qui étoit caution dudit Serralier, receveur des conſignations, rembourſer audit Gayot la ſomme de 330 livres par lui payée pour le prix du tranſport à lui fait le quatorze mars 1609, ſur les biens deſdites Serralier & Henrys, par Etienne & André Chanal, qui avoient les droits cédés de Françoiſe Pupier, leur mere, de la ſomme de cinq cens quatre-vingt-trois livres & intérêts, reſtant de la ſomme de onze cens écus conſignés ès mains dudit Serralier, pour le prix de l'adjudication faite à Vital Chapuy, des biens de Claude de Chanal, mari de ladite Pupier, ſans intérêts de ladite ſomme de 330 livres, & ſans dépens, tant de la cauſe principale que d'appel, & ſauf audit Henrys ſon recours ſur les biens dudit Serralier & défenſes au contraire. Si donnons & commandons au premier de nos huiſſiers ou ſergens, à la requête dudit Gayot, le préſent arrêt mettre à exécution dûe, ſelon ſa forme & teneur : De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre parlement le ſeptiéme jour de ſeptembre, l'an de grace mil ſix cens vingt-ſept, & de notre régne le dix-huitiéme. Par jugement & arrêt de la cour. RADIGUES.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si la caution eſt recevable à rembourſer le prix du tranſport.

L'Arrêt rapporté par l'auteur ſur cette queſtion, eſt juridique : Il admet la caution du débiteur à rembourſer à un ceſſionnaire le juſte prix par lui payé.

Le cédant d'une dette n'eſt pas garant de la ſolvabilité du débiteur.

C'eſt une maxime certaine dans toutes la France, que le cédant d'une dette ne demeure 6
point garant de la ſolvabilité du débiteur, à moins d'une ſtipulation expreſſe, ſuivant la loi *ſi nomen 4, ff. de hæred. vel act, vend. ſi nomen ſit diſtractum, Celſus ſcribit locupletem eſſe debitorem non debere præſtare ; debitorem autem eſſe præſtare, niſi aliud convenit.* Cela ſignifie que le cédant eſt ſeulement tenu de garantir, que la ſomme lui eſt véritablement dûe, mais non pas que le débiteur eſt ſolvable, c'eſt-à-dire, qu'il eſt tenu de la garantie de fait, & non pas de celle de droit : Cette queſtion eſt fort bien traitée par M. Charles Loyſeau, dans ſon traité de la garantie des rentes, chapitre premier, ſecond, troiſiéme, quatriéme, cinquiéme & ſixiéme.

Toutes les queſtions qui peuvent concerner la matiere des ceſſions & tranſports, ſont 7
traitées amplement par Alphonſe Olea, juriſconſulte Eſpagnol, dans ſon traité *de ceſſione jurium & actionum.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEpuis j'ai trouvé dans les arrêts de M. Albert, ſur le mot *intérêts*, art. 9, une queſtion fort approchante, ſavoir, ſi un ceſſionnaire, qui, au lieu de ſe faire payer par le débiteur ſur qui le tranſport a été fait, lui donne du tems, en recevant de lui les intérêts, pendant lequel tems le débiteur devient inſolvable, peut avoir recours contre ſon cédant. Cet auteur rapporte deux arrêts rendus au parlement de Toulouſe, les 14 juillet 1638 & 14 mai 1648, qui dans ce cas ont dénié au ceſſionnaire l'action récurſoire contre le cédant.

Cet Auteur apporte une exception à cette regle, quand le débiteur a terme de payer, parce que dans ce cas le ceſſionnaire ne peut pas exiger le capital, avant l'échéance du terme.

Il faut ſuppoſer que le tranſport ait été fait avec garantie, ce qui arrive rarement : car comme ces ſortes de tranſports ſe donnent à bon marché, ils ſe font ſans aucune garantie.

Il faut encore ſuppoſer que la ſomme cédée produit des intérêts, *vel natura, vel lege, vel officio Judicis, vel ex ſtipulatione*, dans les pays où il eſt permis de ſtipuler les intérêts du prêt

DES DOTS,

Si les femmes peuvent obliger leurs biens dotaux.

QUESTION HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpece du fait, ſur laquelle l'arrêt ſuivant eſt intervenu.*
2. *Plaidoyer de l'avocat de la femme.*
3. *Plaidoyer de l'avocat de la créanciere.*
4. *Réplique de l'avocat de la femme.*
5. *Réplique de l'avocat de la créanciere.*
6. *Sentence du bailli de Forêts, qui entérine les lettres de la femme.*
7. *Arrêt du 26 janvier 1621, confirmatif de la ſentence.*
8. *Diſſertation de l'auteur, avec pluſieurs raiſons & autorités, pour établir que les femmes peuvent obliger leurs biens dotaux.*
9. *Raiſons & autorités contraires, pour montrer que les femmes ne peuvent point obliger leurs biens dotaux.*
10. *Sentiment de l'auteur, que les femmes peuvent obliger leurs biens dotaux.*

BIU Cujas

11. *Arrêt du 14 juin 1636, confirmatif de la ſentence du bailli de Forêts, qui avoit débouté une femme de ſes lettres.*
12. *Pluſieurs arrêts contraires.*
13. *Edit du mois d'Avril* 1664, *qui abroge la loi Julia* de fundo dotali, *dans le Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois.*
14. *Arrêt d'enregiſtrement de l'édit du 20 août 1664, nonobſtant l'oppoſition de pluſieurs femmes de Lyon.*
15. *Arrêt particulier, du 7 ſeptembre 1664, confirmatif de la ſentence du ſénéchal de Lyon, qui avoit débouté une femme de ſes lettres.*
16. *De la cauſe qui a donné lieu à cet édit.*
17. *Des différences qu'il y a entre la loi Julia* de fund. dot. *& le juriſconſulte Vellein.*
18. *Le juriſconſulte abrogé avec raiſon.*
19. *Utilité de la loi Julia* de fund. dot.
20. *La loi Julia* de fund. dot. *eſt obſervée dans tous les parlemens de droit écrit.*

CHAPITRE III.

Des dots, conſtitutions de dots, reſtitutions de deniers dotaux; & renonciations des filles.

QUESTION VIII.

Si la femme mariée peut intervenir, & s'obliger pour le fait du mari, aliéner ou engager ſes biens dotaux en pays de droit écrit.

Si la prohibition de la loi Julia *ceſſe, quand la femme renonce à ce privilége.*

MAITRE Louis Petit, receveur des tailles en Forêts, colloquant en mariage damoiſelle Catherine Petit, avec maître François Tantillon, entre autres choſes, lui conſtitue & remet une rente conſtituée à prix d'argent, contre jacques Girard, écuyer, ſieur de Treciſſes, ſous le principal de trois mille livres.

Depuis, étant preſſé de quelques affaires, & deſirant retirer le principal de la rente, il procure que damoiſelle Catherine Petit en paſſe quittance audit ſieur Girard, ſous la promeſſe & aſſurance que la fille tire du pere.

Mais comme lors elle n'étoit autoriſée du mari, qui étoit abſent, auſſi faiſant après ſemblant de ſe vouloir pourvoir contre ſa quittance, laquelle ledit M. Louis Petit s'étoit obligé de faire ratifier, il y eut tranſaction paſſée entre M. Pierre Petit, fils dudit Louis & ſon héritier, & ladite damoiſelle Catherine Petit, à laquelle il s'oblige de payer la ſomme de trois mille livres; & pour plus grande aſſurance, fait intervenir damoiſelle Catherine Paparin, ſa femme, laquelle s'oblige conjointement & ſolidairement avec ſon mari, à la ſomme de quinze cens livres, pour partie de celle de trois mille livres.

Quelques tems après, les biens deſdits pere & fils Petit étant vendus par décret, ladite Paparin, connoiſſant que le prix ne ſeroit ſuffiſant pour les créanciers, & que ladite Catherine Petit, au défaut d'être payée de ſa dette ſur leſdits biens, ne manqueroit pas d'agir contre elle, obtint lettres royaux pour la caſſation de l'obligation, fondées ſur un prétendu dol perſonnel, & ſur la prohibition du droit pour l'obligation des femmes mariées, vente ou engagement de leurs biens dotaux; & parce que le procès fut vuidé ſur le regiſtre & plaidoyer des parties, il ſuffira de les rapporter, afin de voir les raiſons alléguées de part & d'autre.

Entre damoiſelle Catherine Paparin, femme autoriſée par juſtice, au refus de maître Guillaume Rival, conſeiller du roi, & préſident en l'élection de Forêts, demandereſſe en entérinement de lettres royaux, par Grata, ſon procureur, d'une part, & damoiſelle Catherine Petit, femme ſéparée de biens de maître François Tantillon, cidevant receveur des aydes & tailles du pays, auſſi autoriſée par juſtice à la contumace dudit Tantillon, défendereſſe par Bourlard, ſon procureur, d'autre part, aſſignés à plaider.

Beraud, pour la demandereſſe, a dit que les Romains ayant rangé les femmes ſous l'autorité & domination des maris, leur avoient très-équitablement interdit l'aliénation de leurs biens, & l'intervention à toutes les obligations qui ne les concernoient. Ce que la France, que nous appellons coutumiere, garde encore étroitement; mais nous, qui en tous autres points, tenons pour régle néceſſaire la loi Romaine, y faiſons brêche en ce regard, ſous prétexte de quelques innovations que la malice du ſiécle a mis en avant, à la ruine de ce ſexe, qui en ſouffre dans les biens & en la perſonne, la force faiſant extorquer d'elles ce que la raiſon dénie. La demandereſſe en fait expérience: défunt maître Pierre Petit, ſon premier mari, ayant par telle voye extorqué d'elle l'aliénation d'une rente qui lui étoit dotale, & la converſion en une obligation de quinze cens livres envers la défendereſſe, ſa ſœur. Ce qui lui auroit donné ſujet de ſe pourvoir en lettres royaux, pour faire caſſer & reſcinder icelle obligation, fondée non-ſeulement ſur icelle force, mais encore ſur le dol réel & perſonnel, qu'elle a juſtifié & fait voir par pieces authentiques, & principalement par le contexte de la même obligation, en laquelle il eſt référé que la ſomme de trois mille livres, dont celle de queſtion fait la moitié, avoit été reçue par défunt maître Louis Petit, pere tant dudit défunt maître Pierre Petit, que de la défendereſſe, de Jacques Girard, écuyer, ſieur de Treciſſes, ſans innovation d'hypothéque: tandis qu'au contraire, c'eſt la défendereſſe qui l'a elle-même reçue dudit Girard, & en a paſſé quittance, en laquelle ſi ledit défunt Petit pere eſt intervenu, ce n'eſt que pour le défaut de la préſence du mari, & pour l'aſſurance du payement, avec extinction & non continuation à l'hypothéque. Et non-ſeulement ce dol ſe rencontre en ce point, mais encore en ce qu'icelui Petit ne s'étant obligé qu'en qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire de défunt ſon frere, par acte clandeſtin

BIU Cujas

deſtin fait en ce même tems, il ſe départ d'icelle qualité, & s'oblige en ſon privé nom; & pour en ôter la connoiſſance à la demandereſſe, fait recevoir la contre-lettre, non à Granjon, qui avoit reçu l'obligation, mais à maître Jacques Pierrefort, greffier dudit domaine du pays, qui juſques alors, ni même depuis, ne s'eſt ingéré à tels actes, comme il ne le pouvoit, pour n'être de ſa vacation : En cette contre-lettre, Granjon ſert de témoin, ainſi qu'avoit fait Pierrefort en l'obligation; & la ſcede (1) eſt miſe au pouvoir de la défendereſſe, qui l'a toujours tenue ſecrette, juſques à l'oppoſition qu'elle a formée ſur la vente des biens deſdits pere & fils Petit, pourſuivie de notre autorité, afin d'y être employée en ſon rang & ordre : Ce qui a donné la premiere connoiſſance à la demandereſſe du dol, fraude & circonvention, & fait rechercher la vérité de toute l'action, qu'elle a trouvée en tous ſes points frauduleuſe. Auſſi, la défendereſſe ne ſçachant que répondre, s'eſt contentée de dénier la force, ſous l'aſſurance qu'elle a de la difficulté de la preuve; mais pour le ſurplus, ne l'a touchée qu'en paſſant. C'eſt pourquoi ledit Beraud a ſoutenu que ledit dol étant juſtifié par pieces authentiques, il doit être procédé à l'entérinement deſdites lettres : Ce faiſant, l'obligation, au regard de la demandereſſe, caſſée & reſcindée, & les parties miſes au même état qu'elles étoient auparavant : A quoi il conclut, & aux dépens de l'inſtance.

3 Gonin, avocat pour ladite défendereſſe, a dit que, ſi nous avons relâché en ce pays la rigueur de la loi Romaine, touchant l'aliénation du bien total, ce n'a été qu'avec de juſtes conſidérations, leſquelles ont mû la cour de parlement, qui comme ſouveraine pour interpréter, changer ou corriger les loix, en introduire une autre, reconnoiſſant qu'il n'étoit pas raiſonnable qu'une loi faite en faveur de quelques femmes particulieres par l'empereur Juſtinien, que nos interprêtes ſurnomment tous, trop grand amateur des femmes, prévalût à la loi divine & naturelle, laquelle voulant que l'homme & la femme ne ſoient qu'un, & qu'entre eux y ait communication du droit divin & humain, ſemble leur donner le même pouvoir & liberté de ſe témoigner l'affection réciproque aux occaſions, & s'entr'aider mutuellement en leurs affaires domeſtiques, la conſéquence étant trop pernicieuſe de forcer l'amour à ne ſe pouvoir communiquer qu'en une même façon; & que celles qui plus affectionnent leurs maris, ne leur en puiſſent donner aucun témoignage plus que celles qui n'ont affection que ſur les levres; & n'en faut accuſer la malice du ſiécle, mais plutôt admirer avec reſpect les arrêts qui nous ont ſervi de réglemens, leſquels n'ont pas tant lâché la bride aux maris, qu'ils n'ayent auſſi-tôt permis aux femmes de ſe plaindre, ſi elles ont été forcées & violentées à s'obliger contre leur gré : Que ſi on n'a pas égard à la force tirée de la crainte maritale, la cauſe en eſt aſſez évidente, parce que telle force provient le plus ſouvent d'un excès d'amitié, lequel a tout pouvoir ſur nous; mais ce pouvoir doit plutôt être loué que réprouvé : voire quand on s'en voudroit plaindre aujourd'hui, la défendereſſe oppoſeroit une autre force plus grande, tirée de la puiſſance paternelle, qui prenant ſon fondement de la loi divine, qui commande aux enfans d'obéir à leurs peres, les oblige de ne refuſer tous leurs biens à ceux deſquels ils tiennent l'être, qui eſt le ſouverain bien en ce monde; tellement que ſi la dite demandereſſe dit avoit été forcée par défunt ſon mari, & n'allégue autre moyen que la puiſſance maritale, & une chaleur d'affection conjugale, la défendereſſe ſe défendra de même ſur la force paternelle, & aveu de l'amitié & reſpect qu'elle lui portoit. Mais ſi, paſſant plus avant, ladite demandereſſe inſiſte au dol perſonnel & réel, ne vérifiant rien au premier, elle ſe trouvera auſſi mal fondée en ſa demande de ce côté. Car ſi par le contrat duquel elle demande la reſciſion, il eſt énoncé que défunt maître Louis Petit, pere de la défendereſſe, avoit reçu la ſomme de trois mille livres de maître Jacques Girard, ſieur de Treciſſes, la vérité eſt telle, & ainſi ſeroit vérifiée, s'il étoit beſoin : car comme ledit défunt ſe vit preſſé d'affaires, & ne pouvant ſubvenir d'ailleurs, il auroit prié ledit ſieur Girard de lui bailler ladite ſomme, qui faiſoit le principal d'une rente par lui dûe à ladite défendereſſe comme faiſant partie de la conteſtation à elle faite par ſondit pere : Et d'autant qu'au moyen de ladite conſtitution, & du tranſport qu'il en avoit fait, il n'y avoit plus de droit, ledit Girard déſirant avoir ſa quittance de ſa vraie créanciere, elle fut contrainte par les prieres & perſuaſions de ſon pere, de confeſſer d'avoir reçu ladite ſomme, laquelle toutefois il retira, comme il l'a depuis confeſſé par ſa promeſſe communiquée. Quant à l'énonciation de la réſerve des hypothéques, étant mutuelle, & ſtipulée en faveur de toutes deux, il n'y a aucun ſoupçon de dol; joint que quand leſdites hypothéques ſeroient éteintes, l'énonciation de la réſerve d'icelles ne pourroit préjudicier, mais ſeulement, comme inutile, demeureroit ſans effet, ainſi que l'on dit de pluſieurs clauſes, *quæ vitiantur, ſed non vitiant contractum.* Moins peut-on tirer aucun dol de la contre-promeſſe faite par M. Pierre Petit, premier mari de la demandereſſe. Car en premier lieu, il étoit permis à ladite défendereſſe de rechercher ſes aſſurances : En ſecond lieu, il n'en revient aucun préjudice à la demandereſſe, d'autant que par ledit contrat de tranſaction, elle ſera tenue de diſcuter l'hoirie de ſon pere, tellement, qu'après cette diſcuſſion, elle pouvoit agir contre ladite demandereſſe, laquelle n'eût eu ſon recours que contre ſon mari. Si donc ladite défendereſſe a ſtipulé de pouvoir agir ſur les biens du mari, quel tort lui a-t-il été fait? Si elle peut être payée par ce moyen, elle n'attaquera point la demandereſſe; ſi elle ne le peut, comme le pourroit la demandereſſe, inutile de dire que cet acte eſt reçu par un qui ne s'eſt ingéré depuis d'en recevoir de ſemblable. Car en cela, il ne faut pas s'enquerir de ce qu'il a fait, mais de ce qu'il pouvoit faire, demeurant d'accord qu'il avoit pouvoir de recevoir tous contrats; on ne peut par conſéquent arguer ledit acte d'aucune nullité. Moins peut-on rien inférer de ce que la ſcede eſt demeurée à ladite défendereſſe, car ce n'étoit point la cacher à ladite demandereſſe, mais aux créanciers du pere du défunt, afin qu'ils ne l'attaquaſſent comme héritier pur & ſimple. Que s'il y avoit du dol, ce ſeroit de la part de la demandereſſe, laquelle, par le moyen de ſon intervention & obligation audit contrat, ayant attiré la défendereſſe à tranſiger avec ſon frere, accorder la ratification de la quittance qu'elle avoit paſſée audit ſieur Girard, & laquelle il lui étoit aiſé de faire caſſer, en obtenant des lettres fondées ſur le défaut de l'autoriſation de ſon mari, & ainſi faire tomber tout le faix ſur ſondit frere, mari de la demandereſſe; l'ayant ainſi attirée par un beau ſemblant, ayant

(1) C'eſt-à-dire, la minute.

BIU Cujas

agrée ladite tranſaction avec une face toute riante & remplie d'un témoignage de contentement, & voyant maintenant qu'elle ne peut agir pour les aſſurances contre ledit ſieur Girard, attendu ladite ratification, lui voudroit faire perdre une ſomme qui lui eſt bien & juſtement dûe, ſous prétexte des raiſons tirées ſubtilement d'un contrat paſſé de bonne foi, par le conſeil & avis de perſonnages relevés en qualité, même de M. Pierre Rival, conſeiller du roi, aſſeſſeur du ſieur prévôt des maréchaux, frere dudit ſieur préſident, à préſent mari de ladite demandereſſe, la préſence duquel fera toujours ceſſer tout ſoupçon: Joint le peu d'apparence qu'il y a que ladite défendereſſe ait voulu uſer de fraude en un contrat, ſans lequel elle étoit plus aſſurée de ſa dette, qu'elle n'eſt à préſent, par le moyen du recours qu'elle avoit contre ledit Girard. C'eſt pourquoi ledit Gonin a ſoutenu que ladite demandereſſe doit être déboutée de l'entherinement deſdites lettres, avec dépens; à quoi il conclut.

4 Ledit Beraud, pour repliques, a dit que l'amour & la force ſont tellement contraires, qu'il eſt impoſſible qu'elles ſe rencontrent en un même ſujet, l'amour étant une action de libre volonté, & l'autre, un acte de force & violence à icelle. Auſſi dit-on que *voluntas coacta non eſt voluntas*. Et la puiſſance paternelle, que la défendereſſe oppoſe à la maritale, ne vient à propos, parce que l'une fait totalement ceſſer l'autre, le mariage ôtant au pere tout pouvoir, pour le donner à un mari; & tant s'en faut que la demandereſſe ait avec joye & contentement approuvé ce contrat de queſtion, qu'au contraire, il y fut par elle apporté tout le refus & empêchement qu'il lui fut poſſible, comme il ſeroit vérifié, s'il étoit de beſoin, la préſence du ſieur aſſeſſeur Rival n'y faiſant obſtacle, parce que lors, entre lui & la demandereſſe, il n'y avoit aucune alliance, mais étoit le conſeil, comme il a été auparavant, & depuis de la défendereſſe, & de ſon mari; & ſi l'on eût deſiré de relever tout doute de dol, force & contrainte, il eût fallu appeller audit contrat les ſieurs de Chaumont & de la Vinode, freres de la demandereſſe, avec les ſieurs de Chenevoux, Monloupt, de Rouſier & Régis, ſes couſins, lors habitans de ladite ville, ou du moins lui donner le tems de leur en communiquer, & paſſer le contrat en plein jour, & non à heure nocturne. Eſt ſuppoſé, ſauf correction, que défunt maître Louis Petit ait pratiqué & recherché le payement, pour ſe prévaloir des deniers; parce qu'au contraire c'eſt ledit ſieur Girard qui a deſiré s'acquitter, ainſi que les ſommations par lui faites à la défendereſſe feront foi. Comme auſſi eſt ſuppoſé, que lors de la quittance, les deniers fuſſent par lui retirés, parce qu'outre qu'il appert du contraire par icelle, ſon écriture privée fait voir la vérité, qui eſt d'un an, ou environ après la quittance. Au fond, le dol réel & perſonnel eſt tout viſible; le réel conſiſte en ce que la demandereſſe n'avoit aucun intérêt en la dette de queſtion, & n'a d'icelle aucune choſe été convertie à ſon bénéfice; & pour le perſonnel, il eſt juſtifié par pieces non contredites. Si la défendereſſe eſt en danger de perte de la ſomme de queſtion, la cauſe n'en peut être imputée à la demandereſſe, *quæ certat de damno vitando*, là où la défendereſſe, *de lucro captando*, ſes prétentions ne dépendant que d'une libéralité paternelle ſi immenſe, que tous les autres enfans en ſont demeurés ſans légitime, & par exprès, ceux de la demandereſſe, qui ne tiennent de leur pere & aïeul que le nom & l'être, au lieu qu'il reſtera encore à la défendereſſe plus de 8000 livres de ladite libéralité, là où, ſi l'obligation ſubſiſtoit, la demandereſſe ſeroit du tout indotée. C'eſt pourquoi ledit Beraud à perſiſté à l'enthérinement deſdites lettres & aux dépens.

Ledit Gonin, pour réplique au contraire, que la puiſſance maritale n'étant qu'un droit particulierement civil, ou pour mieux dire, introduit par une coutume générale en ce pays, qui ne s'obſerve aux parlemens, qui ſuivent exactement le droit Romain, ne peut changer le droit naturel, qui oblige les enfans à chérir & aſſiſter leurs parens, comme il a remontré; & bien que la force proprement ne convienne avec l'amour, toutefois improprement on l'uſurpe de cette façon, l'appellant une douce force, laquelle auſſi n'a lieu de faire caſſer les actes qui ſe font ſous icelle. C'eſt pourquoi il a dit que cette force n'étoit conſidérable en cette action; & pour l'autre, qui auroit été au long propoſée par les lettres royaux de ladite demandereſſe, elle lui a été déniée. Auſſi reconnoiſſant bien qu'il lui étoit plus difficile de la vérifier, qu'il ne lui avoit été facile de la préſuppoſer, elle ſe rend au dernier moyen, fondé ſur le dol réel & perſonnel, qui ne paroît toutefois, non plus que la prétendue force. Car pour le réel, ſi elle n'avoit intérêt en la choſe principalement, elle l'avoit acceſſoirement, pour empêcher que ſon mari ne ſuccombât en une condamnation de grands dommages & intérêts envers le ſieur Girard; que ſi ce prétendu dol avoit lieu, il s'enſuivroit que tous ceux qui interviennent aux contrats, comme fidéjuſſeurs, interceſſeurs, certificateurs, expromiſſeurs, adpromiſſeurs, conſtituteurs, & autres ſemblables, ſeroient tous relevés, d'autant qu'ils n'ont autre intérêt auſdits contrats, que celui qu'ils y veulent avoir de leur gré, pour faire plaiſir à leurs parens ou amis: ce qui toutefois ne peut être dit. Car quoiqu'au commencement ils puiſſent s'exempter de s'obliger, toutefois étant obligés, ils ne s'en peuvent libérer, nonobſtant la régle qui dit, que *contractus ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto neceſſitatis;* de façon que l'on ne peut accuſer de dol un créancier, pour rechercher l'aſſurance de ſa dette, & nul n'eſt recevable à dire que rien n'eſt tourné à ſon profit du contrat qu'il a paſſé, ſinon les mineurs, au rang deſquels la demandereſſe ne ſe peut mettre, ni conſéquemment, jouir de leur privilége. Quant au prétendu dol perſonnel, il ne s'y peut remarquer, par les raiſons alléguées par ladite défendereſſe, qui ſont ſi pertinentes, que ladite demandereſſe n'y a ſçu que répondre, ſinon en gliſſant. Ce qu'elle a dit, touchant l'aſſiſtance du ſieur aſſeſſeur Rival n'eſt grandement conſidérable, vû qu'il n'a pas été nommé, pour dire qu'il étoit parent, mais pour montrer que ſa qualité & ſa réputation doit faire ceſſer toute préſomption de dol. Que ſi les parens de ladite demandereſſe n'y ont été appellés, la défendereſſe ne l'a pas empêché; & s'il y avoit eu de la précipitation, ce que non, elle étoit de la part de ladite demandereſſe & de ſon mari, qui craignoit que ladite défendereſſe, voyant le péril auquel elle ſe ſoumettoit, de perdre la moitié de ſa dette, ſe départant de ſes premieres actions contre ledit Girard, ne refuſât l'accord qui lui avoit été long-tems offert, à la forme qu'il a été paſſé. Il ne faut pas qu'elle dénie que le ſieur Petit eût recherché d'avoir la ſomme dûe par le ſieur Girard, & qu'il ne l'a reçue dès-lors; car s'il étoit beſoin, il ſeroit facile de le vérifier; ce qui n'eſt aucunement néceſſaire, la vérité paroiſſant aſſez par ſa promeſſe. S'il ne la paſſa lors de la réception; toutefois elle fait aſſez voir qu'il avoit reçu ladite ſomme auparavant, *ex eo* même qu'il promit la rendre,

BIU Cujas

lorſque ladite défendereſſe feroit ratifier la quittance paſſée audit ſieur Girard par ſon mari; d'où l'on peut aiſément colliger, par une conſéquence néceſſaire, que puiſqu'il vouloit garder ladite ſomme pour ſon aſſurance, il l'avoit dès le commencement : Que s'il n'en fit dès-lors ſa promeſſe, on ne doit rien imputer à ladite défendereſſe, laquelle demeurant avec ſon pere, ne pouvoit lui dénier ce qu'il demandoit, ni le preſſer de faire ladite promeſſe qu'à ſa commodité & volonté. Les ſommations alléguées, & non communiquées, ne ſçauroient nuire à la défendereſſe, car ſi ledit ſieur Girard l'a ſollicitée de lui paſſer quittance, ou plûtôt de faire ratifier à ſon mari celle qu'elle avoit paſſée, c'étoit après ladite tranſaction, & de crainte qu'il avoit qu'elle ne le recherchât, & ne ſe fît relever de lad. quittance, comme faite ſans l'autorité du mari. Mais quand il y en auroit quelque précédente, qui ne jugeroit que c'étoit à deſſein, pour induire plus facilement ladite défendereſſe à permettre que ſon pere retînt ladite ſomme. Apparoiſſant donc qu'il l'a reçue, & qu'il étoit garant audit ſieur Girard, contre lequel ladite défendereſſe eût été facilement relevée, quel dol peut-on préſumer contre elle, d'avoir cherché ſes aſſurances, pour ne perdre pas entiérement ce qui lui étoit dû bien juſtement; quoi faiſant, elle ne cherchoit pas un gain, mais tâchoit d'éviter une perte. Inutile de dire qu'elle a été trop avantagée, & qu'il ne reſte rien aux enfans de ladite demandereſſe, que le nom & l'être de leur pere aïeul. Car la premiere, elle ne l'étoit pas aſſez, eu égard aux moyens de ſon pere, lors de ſon mariage; & pour l'autre, elle n'en eſt pas la cauſe : on doit plûtôt l'imputer au changement de la fortune. Perſiſte partant ledit Gonin à ſes fins & concluſions. Sur quoi par nous Claude Livet, Pierre Henrys, & André Lauraire, il eſt dit que les parties dreſſeront leurs plaidoyers dans trois jours, pour être vuidés ſur le regiſtre.
6 Fait en jugement le ſamedi 28 mars 1620. Depuis, vuidant le regiſtre, il eſt dit, qu'ayant eu égard aux lettres royaux obtenues par ladite demandereſſe, & icelle enthérinant, l'obligation du 15 novembre 1615, dont eſt queſtion au procès, eſt à ſon égard caſſée & reſcindée; ce faiſant, les parties miſes au même état comme elles étoient auparavant, ſans dépens. *Signé*, HENRYS.

ARRÊT.

ENTRE damoiſelle Catherine Petit, femme
7 ſéparée de biens de François Tantillon, appellante d'une ſentence donnée par le bailli de Montbriſon le 12 janvier 1620, d'une part, & damoiſelle Catherine Paparin, femme de maître Guillaume Rival, intimée, d'autre : Sans que les qualités puiſſent préjudicier. Pageau, pour l'appellante, a conclu à ſon appel, de ce que l'obligation de l'intimée du 15 novembre 1615, a été caſſée, attendu qu'elle l'a paſſée majeure, autoriſée par ſon mari, & n'eſt obligée que comme caution de ſondit mari, héritier par bénéfice d'inventaire du pere; en laquelle qualité ſeulement l'entend exécuter, ſoit dit mal jugé, & débouté de ſes lettres fondées ſur faits non véritables, & ayant fait entendre la promeſſe ſous ſeing privé, & l'obligation éxécutée. Tillier, pour l'intimée, a dit que l'obligation dont il s'agit, eſt une pure ſurpriſe, faite à l'intimée, contre toute apparence, & demeurant icelle obligation, ſe trouveroit dépouillée de tous moyens, même de ſes deniers dotaux, au préjudice deſquels elle ne ſe pouvoit obliger, même à Montbriſon, qui ſe régle par le droit écrit : En quoi le premier juge a vu ſi clair, que ſans entrer aux faits de force, & autres prétendus, il a trouvé lieu de la caſſer, en quoi il a bien jugé : La cour a mis l'appellation au néant, ordonné que ce dont eſt appel ſortira ſon effet; condamné l'appellante ès dépens de la cauſe d'appel. Fait en parlement, le 26 janvier 1621. *Signe*, VOISIN.

Avis de l'Auteur.

Il eſt aiſé de voir par le diſcours des plaidoyers, 8
qu'en premiere inſtance on avoit fait le principal fondement ſur un dol perſonnel, & autres faits de ſurpriſe, qui réſultoient des actes; bref, qu'on en avoit fait plûtôt une queſtion de fait, que de droit : au lieu qu'en cauſe d'appel, le raiſonnement des avocats ſe trouve ſi fort abrégé dans l'arrêt, qu'on ne peut bonnement juger ſi la cour s'eſt arrêtée au point de droit, ou bien aux circonſtances; ſi c'eſt une déciſion de la queſtion générale, ou de l'hypothéſe ſeulement. C'eſt ce qui m'a obligé de rapporter & inſérer ici la ſentence du premier juge, & les plaidoyers ſur leſquels elle a été rendue, afin que le lecteur puiſſe juger par-là que la cauſe n'étoit pas renfermée dans le point de droit, & que les particularités du fait y prédominoient. Et ſi l'arrêt n'en contient pas une déduction préciſe, on peut toutefois aiſément colliger que ce qui avoit été remontré en premiere inſtance, n'a pas été oublié en cauſe d'appel. De ſorte qu'on peut dire dudit arrêt, ce que les juriſconſultes diſent des teſtamens, *plus dictum, minus ſcriptum.*

C'eſt pourquoi, n'eſtimant pas la queſtion jugée par cet arrêt, il eſt à propos de rechercher plus exactement quelles ſont les régles du droit, pour l'intervention & obligation des femmes mariées, & pour l'aliénation & engagement de leurs biens dotaux, afin de juger plus ſainement quelle conſéquence on peut tirer de l'arrêt de la cour, qui a donné ſujet à la premiere queſtion de ce chapitre.

Il faut donc préſuppoſer que par la loi d'Auguſte, *quæ vocatur lex Julia*, il n'étoit permis au mari de vendre le fonds dotal de la femme contre ſon gré, ni de l'engager ou hypothéquer ſans ſon conſentement : *Dotale prædium italicum maritus invitâ uxore nec alienare, nec conſentiente eâ obligare*, diſoit cette loi, *quam refert Paulus, l. 2. ſent. tit. 22, & Gajus, in l. 4, ff. de fundo dotali.*

La loi prohiboit plûtôt l'obligation & l'hypothéque, que l'aliénation; car elle ne prohiboit la derniere qu'au défaut du conſentement de la femme; au lieu qu'elle défendoit l'autre, encore même que la femme prêtât ſon conſentement; parce que la femme conſent bien plus aiſément à engager ſon fonds dotal, qu'à le vendre : c'eſt pourquoi la loi en vouloit reſtraindre la facilité trop grande : Tout ainſi que le Velleien aſſiſte plûtôt la femme qui s'oblige pour autrui, que celle qui donne, *quia faciliùs mulier ſe obligat, quàm alienis donet*, dit le juriſconſulte, *in l. 4, ff. ad Velleianum*

Juſtinien rapportant la même loi *Julia in l. unicâ, § & cùm lex Cod. de rei uxoriæ act.* étend ſa prohibition à tous les héritages dotaux, en quelque lieu qu'ils ſoient ſitués; & en outre, prohibe la vente, encore que la femme y conſente, ôtant par ce moyen la différence des obligations & aliénations, *ne fragilitate naturæ, ſive in repentinam deducatur inopiam.* Ce que le même empereur a confirmé plus expreſſément en ſes inſtitutions, au tit. *quibus alienare licet*, au commencement, dont il rend une même raiſon : *ne ſexûs muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur.* Et encore en la novelle, conſtitution 6, il réitere la même prohibition, ſans autre exception, qu'au cas que la femme ait con-

BIU Cujas

ſenti par diverſes fois, *non per levitatem, ſed certo animi judicio, ut in l. 22, Cod. ad Velleianum:* toutefois, à condition de recours ſur les biens du mari; duquel recours, *ſi nihil aliud ſuperſit, neque ſic læſionem ſuſtinere mulierem permittimus*, dit Juſtinien.

Il faut encore préſuppoſer que le ſénatuſconſulte Velleien avoit été introduit au bénéfice des femmes, pour les affranchir des obligations & interceſſions qu'elles peuvent faire pour autrui; auquel bénéfice elles pouvoient toutefois renoncer, ſuivant la conſtitution de l'empereur Anaſtaſe, *in l. 21, Cod. ad Velleianum*, laquelle Juſtinien réforme, *in d. l. unic. Cod. de rei uxoriæ act.* ou plûtôt l'interpréte, *ut eam intelligi oporteat, in rebus quibus mariti, vel dotis quidem æſtimatis, in quibus dominium, & periculum mariti eſt; in fundo autem non æſtimato qui & dotalis propriè nuncupatur, maneat jus intactum.*

Et parce que le Velleien n'étoit pas encore aſſez ample pour le ſecours des femmes, & la conſervation de leurs biens, Juſtinien, en ſa novelle, conſtitution 134, ch. 8, duquel a été tirée l'autentique *ſi qua mulier*, autrefois ſi commune aux renonciations des contrats, ne permet pas que pour le fait du mari, la femme ſe puiſſe obliger, & ſa ſubſtance, en façon quelconque, s'il n'appert évidemment que les deniers ayent été convertis au bénéfice d'icelle.

Tout cela préſuppoſé, on peut dire contre la femme, que comme le Velleien & la loi *Julia* ont voulu aſſiſter les femmes, & prevenir une ſurpriſe; auſſi le même droit n'a point voulu les lier de telle ſorte, qu'elles ne puiſſent contracter & s'obliger, en renonçant au bénéfice des loix introduites en leur faveur, ſuivant la conſtitution d'Anaſtaſe ci-devant référée, à laquelle Juſtinien n'a pas entierement dérogé, *in l. unic. Cod. de rei uxoriæ.* Car faiſant diſtinction ſi la dot conſiſte en héritages ou en deniers, & héritages pris & acceptés par le mari, avec eſtimation, il a ſeulement retranché le pouvoir de renoncer, pour les héritages dotaux & propres à la femme: *in fundo autem non æſtimato, qui & dotalis propriè nuncupatur, maneat jus intactum.*

Auſſi le juriſconſulte, *in l. res in dotem ff. de jure dotium*, dit que les choſes dotales *quæ pondere, numero, & menſurâ conſtant*, appartiennent au mari, & qu'elles lui ſont données, *ut ad arbitrium ſuum diſtrahat;* & c'eſt pourquoi *Harmenopulus, lib. 4*, tient que la prohibition de la loi *Julia, ad res mobiles non pertinet*; & ſon opinion eſt autoriſée des termes de la loi même, laquelle uſe du mot *prædium*, ainſi qu'Ulpien, *in l. 1, ff. de fundo dotali, pro prædio dixit fundum.* Tellement, qu'à ſuivre au vrai la rigueur du droit romain, il n'y a que le ſeul immeuble & fonds dotal, qui n'a été pris par eſtimation, qui ſoit inaliénable; car pour les deniers & meubles, *quorum vilis & abjecta poſſeſſio*, les femmes peuvent renoncer au bénéfice de la loi *Julia*, ſuivant la diſtinction que Juſtinien en a fait lui-même, quoiqu'enclin à favoriſer les femmes; & cette diſtinction a été ſuivie par la gloſe *inſtit. quibus alienare licet, in princ.*

En effet, cet empereur ayant confirmé la prohibition de la loi *Julia*, en ſa novelle 6, il ne l'a pas étendue plus avant. C'eſt pourquoi la rubrique, de laquelle on peut tirer un argument valable, eſt conçue en ces termes: *Ut immobilia ante nuptialis donationis, &c.* Ce que le compilateur des autentiques a bien peſé, puiſque l'autentique, *ſive à me*, ſe trouve couchée en cette ſorte: *& multò magis idem in dotibus locum habet, ut non aliquid immobile pro ea alienetur, neque obligetur:* Et Cujas remarque, que les interprêtes Grecs ne parlent au cas ſuſdit que *de rebus dotalibus immobilibus*, outre qu'il étoit permis de renoncer à ce privilege. Et c'eſt pourquoi monſieur Loüet, en la lettre D. article 3, rapportant avoir été jugé par arrêt, que la loi *Julia* eſt obſervée au pays de droit écrit, pour la conſervation de la dot; il ajoute auſſi-tôt, que ce n'eſt pas mettre les femmes en tutelle, ni leur ôter la diſpoſition de leurs biens, puiſqu'elles peuvent renoncer à ladite loi *Julia*, notamment quand la dot conſiſte en meubles & deniers, ou en fonds, qui par l'eſtimation, tiennent lieu de deniers, comme dit eſt.

Que s'il faut du droit romain paſſer au droit François, il eſt encore plus favorable pour la renonciation du même privilége. Car au lieu que celui-là réqueroit une renonciation expreſſe & certaine, *in d. l. jubemus. C. ad Velleianum*, celuici ſe contente d'une renonciation tacite, ſuivant l'édit du feu Henri le Grand, par lequel défenſes ont eté faites aux notaires, d'inſérer en leurs minutes ſemblables renonciations, & d'en faire mention, demeurant néanmoins les femmes bien & dûement obligées.

D'où s'enſuit, que le droit Romain ayant été heureuſement corrigé en ce point par le droit François, les femmes peuvent à préſent diſpoſer de leurs biens, & s'obliger, étant ſeulement autoriſées, ainſi qu'elles le pouvoient autrefois, en renonçant au bénéfice de la loi *Julia*, notamment lorſque la dot ne conſiſte qu'en héritages, ou que les héritages ſont eſtimés. Autrement, ſi on vouloit établir cette maxime, que la femme mariée ne peut vendre & engager ſes biens, il faudroit avouer que l'édit de Sa Majeſté ſeroit inutile & fruſtratoire. Car pourquoi diſputer s'il eſt néceſſaire de renoncer expreſſément au Velleien, à la loi *Julia*, à l'autentique *ſi qua mulier*, & autres priviléges des femmes? Pourquoi défendre aux notaires d'en faire mention, s'il eſt vrai que l'obligation d'une femme, & l'engagement de ſes biens ne peuvent ſubſiſter en façon quelconque?

Donc, la conſéquence ſeroit dangereuſe à la ſociété civile, puiſqu'on ne pourroit contracter avec les femmes mariées, & que le commerce en recevroit une notable diminution, ou plûtôt une ceſſation totale. Car ſi la femme ne peut vendre, ſi elle ne peut s'obliger ni contracter, qui voudra s'aſſurer ſur l'obligation & hypothéque du mari? la femme ayant une précédente hypothéque, & ne pouvant y renoncer, chacun craindra la préférence des droits qu'elle a, à la ruine du mari & de ſa famille, par là perte du crédit.

Finalement, on peut dire que c'eſt à ce ſujet que les docteurs diſtinguent *metum reverentialem*, d'avec la crainte qui eſt accompagnée de force & contrainte; & tiennent que le ſeul reſpect du mari ne peut faire caſſer le contrat que la femme a paſſé, s'il n'a uſé de violences ou de menaces: *Metum enim accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, ſed majoris calamitatis, l. 5, ff. quod metûs cauſa*, & en la loi 13, *de tranſactionib. non quilibet metus ad reſcindendum ea quæ conſenſu terminata ſunt, ſufficit, ſed talem metum probare oportet, qui ſalutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.*

Au contraire, pour la femme on peut dire, que ce n'eſt que pour les conrrats qui ſont valables & permis de droit, qu'il faut diſputer ſi la crainte révérentiale ſuffit, on non, pour parvenir à la reſciſion, mais non pour ceux qui ſont nuls, *ipſo jure:* car la nullité étant intrinſéque, & réſultant de l'acte même & de la qualité des parties, ou de la choſe

BIU Cujas

même, il seroit frustratoire de rechercher un remede extraordinaire & plus éloigné.

Donc l'aliénation des biens dotaux, ou l'obligation & hypothéque d'iceux, étant interdite aux femmes par le droit romain observé dans quelques provinces, il n'est pas nécessaire qu'elles prouvent avoir été contraintes & forcées par le mari; le seul remede de la loi suffit pour la cassation du contrat, n'y ayant apparence de distinguer entre les biens dotaux qui sont immeubles, & ceux qui ne consistent qu'en deniers ou meubles. Car encore que cette distinction semble être fondée sur le droit ancien, toutefois cette erreur a été corrigée par Justinien en sa novelle 61, où il ne distingue point si la dot consiste en immeubles ou non: *idem multo potius hæc in dote valebunt, sic ut aut alienetur, aut supponatur*: car cette locution générale comprend tout ce qui peut dépendre de la dot, & doit avoir plus de force que la rubrique, & l'authentique que *Irnerius* en a tirée, comme on ajoute plus de foi aux originaux, qu'aux extraits, & à la relation d'autrui.

Ainsi la glose *in l.* 1 *ff. soluto matrim.* & la glose *in l. libertatis, ff. de jure dotium*, tiennent indistinctement, que les choses dotales, soit meubles ou immeubles, sont aliénables par cette raison générale, *ne mulieres indotatæ sint, interest enim reipublicæ dotes mulieribus conservari, dil. ff. solut. matrim.*

Et à ce propos Bartole & quelques autres interprétes disent, que la dot *est quid universale, arg. l. quod dicitur*, §. 1. *ff. de impensis*, où la glose met en parallele, *dos, hæreditas, & peculium*: tellement que sans s'attacher aux corps particuliers de la dot, il la faut considérer comme un droit universel, qui est inaliénable de sa nature par un privilége attaché à la chose, auquel la femme ne peut renoncer valablement, selon l'opinion du même Bartole. Car par la même facilité que la femme est portée à consentir au contrat, elle est aussi induite à renoncer à ce privilége; & la même erreur qui se trouve en la promesse & obligation principale, se rencontre en la renonciation qui est accessoire, *arg. l. Stichus*, §. *idem quæsiit ff. de condict. indebiti*: sur laquelle Godefroy remarque que la même cause d'erreur qui rend nulle la convention principale, annulle aussi la renonciation faite pour la validité d'un acte nul.

Outre qu'à présent la dot étant le plus souvent constituée en deniers, & cette constitution tenant lieu de légitime, & de la portion d'une succession future, qui seroit dûe en corps héréditaire, cette subrogation la doit faire censer de même nature, & rendre la prohibition de la loi générale, puisqu'autrement la dot de quelques femmes exceptée, presque toutes les autres se trouveroient indotées par la fragilité du sexe, & l'autorité que les maris ont sur elles.

Et tant s'en faut que l'édit de Henry le Grand fasse préjudice, qu'au contraire, ayant reconnu l'abus des renonciations, il les a abolies: & s'il porte, que nonobstant le défaut d'icelles, les femmes ne laisseront pas d'être valablement obligées, c'est parce qu'il présuppose qu'elles puissent contracter & s'obliger. Aussi l'édit ne se doit entendre que pour les cas permis de droit, & hors l'aliénation & engagement des biens dotaux, puisque les femmes peuvent avoir d'autres biens adventifs ou parafernaux, desquels elles ont à présent la disposition plus libre, sans qu'il soit besoin d'aucune renonciation pour ce regard: tout ainsi qu'en la France coutumiere l'obligation des femmes est reçue à cause de la communauté des biens, dans laquelle les dotaux sont confondus: & c'est pourquoi du Moulin *tractatu de usuris quæst.* 38 parlant du Velleien, & de l'observance d'icelui, avoit auparavant remarqué qu'il falloit faire distinction des provinces régies par coutumes, & de celles qui suivent le droit civil.

Au surplus, il ne semble pas que le prétexte du commerce doive faire cesser la faveur des femmes, puisque l'intérêt public est joint au leur, pour la conservation de la dot, sans laquelle les mariages ne se font plus à présent; & qu'en effet il est plus expédient qu'un mari demeure décredité, que si après la dissipation de ses biens, il porte sa femme à faire la même chûte, & à vendre ou engager ses biens dotaux, au lieu de les conserver pour une derniere table après son naufrage: outre que les femmes peuvent avoir, comme dit est, d'autres biens que la dot, pour en disposer & assister leurs maris.

Nonobstant ces raisons, j'ai toujours crû que la 10
femme pouvoit valablement s'obliger, & vendre ses héritages, encore qu'ils fussent dotaux: car puisqu'elle le pouvoit auparavant, en renonçant à la loi *Julia*, & au benéfice d'icelle, pourquoi ne le pourroit-elle à present, que la renonciation n'est plus nécessaire, ou qu'elle est sous-entendue? De fait, c'étoit l'usage commun de la province, & depuis que j'ai suivi le barreau, je n'ai point appris qu'aucune femme ait été relevée de l'aliénation de son bien dotal, qu'en proposant, & vérifiant des faits de force ou d'une crainte suffisante, & autre que celle qui résulte de l'autorité maritale. Il est vrai, qu'après l'arrêt donné contre Catherine Petit, on avoit voulu faire passer un jugement particulier pour une loi générale, & changer l'usage qu'on avoit jusques alors observé: néanmoins comme cette nouveauté, préjudiciable au commerce & au repos commun, étoit de difficile digestion, on n'a pas laissé d'agiter de rechef la même question.

De fait Agathe de Celles, femme de Pierre Crozet, ayant obtenu lettres royales pour être relevée de la vente de ses héritages dotaux par elle consentie, & ayant fondé ses lettres, tant sur la qualité & privilége des biens alienés contre la disposition du droit, que sur une prétendue force & contrainte du mari, elle en fut déboutée par sentence du bailli de Forêts, parce que d'une autre part elle n'avoit sçu prouver les faits de force; & parce que d'autre part la rigueur de la loi *Julia* n'est plus suivie.

Et nonobstant que l'arrêt donné contre ladite Petit ait porté ladite de Celles de se pourvoir contre cette sentence, elle n'a pû pourtant en tirer aucun avantage, ladite sentence ayant été confirmée par l'arrêt qui suit, que j'estime d'autant plus assuré pour l'aliénation du bien dotal, que le premier arrêt avoit été produit, & que ladite de Celles avoit incidemment appellé de la sentence interlocutoire, par laquelle elle avoit été reçue à verifier les faits de crainte & de force, afin de renfermer la cause dans le point de droit, & réduire ses moyens d'appel à la seule faveur & considération du bien dotal; encore que la preuve par elle faite, bien qu'insuffisante, semblât rendre sa poursuite plus favorable.

ARRÊT.

Comme de la sentence donnée par notre bailli 11
de Forêts ou son lieutenant à Montbrison, le 4 jour de décembre 1634, entre Agathe de Celles femme de Pierre Crozet, autorisée par justice, demandereſſe en enterinement de lettres de nous obtenues le dernier jour de février 1631, d'une

BIU Cujas

part : & Jean Jay l'aîné, & Anne Champolin tutrice de ſes enfans, & de défunt Jean Chaſere ſon premier mari, autoriſée par juſtice au refus de M^e. Denis Ganieu à préſent ſon mari, défendereſſe : & contre ledit Jay demandeur en aſſiſtance de cauſe & ſommation, & ladite Champolin audit nom défendereſſe, d'autre, par laquelle, ſans avoir égard à noſdites lettres, de l'effet & entérinement deſquelles ladite Celles auroit été déboutée, leſd. Jay & Champolin, audit nom auroient été renvoyés des fins & concluſions par eux priſes contre ladite de Celles, & ladite de Celles condamnée ès dépens ; & ce faiſant ſur la ſommation dudit Jay contre ladite Champolin, les parties hors de cour & de procès, ſans dépens : Eût été de la part de ladite Celles appellé à notre cour de parlement ; en laquelle parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger en icelle ſi bien ou mal auroit été appellé ; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle de ladite appellante qu'elle pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance : auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, les intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens de ladite appellante : icelui procès vu, les griefs, réponſes, forcluſions de fournir de nouveau par lad. appellante ; arrêt du 4 jour de janvier dernier, entre ladite de Celles, appellante d'autre ſentence donnée par notredit bailli, le 18 jour de ſeptembre 1632 d'une part ; & ladite Champolin audit nom, & Jay intimés, d'autre : par lequel ſur led. appel les parties auroient été appointées au conſeil, bailler cauſes d'appel, réponſes, & produire, joint les prétendues fins de non-recevoir de ladite Champolin, que ladite de Celles auroit articulé ſes prétendus faits, & fait ſon enquête, écrit & produit en exécution de ladite ſentence, ou autre qu'elle bailleroit dans trois jours, défenſes au contraire ; forcluſions de fournir cauſes d'appel par ladite de Celles, production de ladite de Celles & Jay : requête de ladite Champolin du 5 jour de janvier dernier, par laquelle pour production auroit employé ledit procès : contredits dudit Jay contre la production de ladite de Celles, ſuivant l'arrêt du 2 du préſent mois de juin : Requête de ladite Champolin du 13 jour dudit mois, par laquelle pour contredits contre ladite production, elle auroit employé le procès : Autre requête de ladite Champolin du 5 jour de janvier dernier, par laquelle pour plus amples fins de non-recevoir par ladite de Celles : Autre arrêt du 13 jour de Mai dernier, entre ledit Jay, demandeur en ſommation, ſuivant ſa requête du 6 dudit mois, d'une part : & encore ledit Jay, demandeur en autre requête dudit jour, à ce que ladite de Celles fut condamnée aux dépens préjudiciaux faits depuis l'appointement de ladite ſentence dudit huitiéme jour de ſeptembre, juſques au jour de l'appel interjetté d'icelle, d'une part : & ladite de Celles défendereſſe d'autre : par lequel ſur ladite ſommation & demande des dépens préjudiciaux, les parties auroient été appointées en droit, & l'arrêt commun avec Labeille procureur de ladite de Celles : Production deſdits Jay & Champolin : requête de ladite de Celles du 9 du préſent mois, employée pour production avec ledit procès : Le tout joint & diligemment examiné, Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter auſdites prétendues fins de non-recevoir, faiſant droit ſur le procès par écrit & appellations verbales, a mis & met leſdites appellations au néant, ſans amende : a ordonné & ordonne que ce dont a été appellé ſortira ſon plein & entier effet ; & a condamné & condamne ladite de Celles ès dépens des cauſes d'appel ; & ſur la demande deſdits dépens préjudiciaux & ſommation, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens pour ce regard ; la taxe des adjugés pardevant notredite cour réſervée. Prononcé en parlement, le 14 jour de juin 1636. Signé GUYET.

Voy. ce que le ſieur Brodeau a dit ſur ce ſujet en la lettre D. nomb. 12, où il conclut que l'obligation de la femme mariée dûement autoriſée vaut en pays de droit écrit, & aux coûtumes qui reçoivent la loi *Julia* : Mais il ajoute, que c'eſt pour être exécutée ſur les biens paraphernaux, dont la femme a la diſpoſition libre, & que c'eſt de la ſorte que ſe doivent entendre les arrêts que j'ai cottés. Si bien qu'il reſtraint ce que j'ai voulu étendre, parce qu'en effet dans l'eſpece du dernier arrêt, il s'agiſſoit de l'aliénation d'un fonds dotal, & que la difficulté du procès rouloit ſur ce point.

OBSERVATIONS.

Abrogation de la loi Julia, de fundo dotali, *& du ſénatuſconſulte Velleïen.*

12 L'Auteur dans cette queſtion examine ſi la loi *Julia, de fundo dotali,* qui prohibe l'aliénation des biens dotaux, eſt obſervée dans la province. Il panche à dire qu'elle n'eſt plus ſuivie ; mais dans la ſuite du livre 4, queſtion 141, il rapporte deux arrêts qui ontjugé qu'elledoit être ſuivie. Sur ce fondement il établit par de bonnes raiſons, qu'il eſt avantageux pour les familles qu'elle ſoit gardée inviolablement ; parce qu'en cas de déroute des affaires du mari, la dot de la femme eſt une derniere table du naufrage pour elle & pour ſes enfans..

L'auteur dans ſes additions, ſur la queſtion 141, de la ſuite du livre 4, rapporte un arrêt du 13 Juillet 1658, qui a jugé, que nonobſtant les actes de notoriété délivrés par les officiers des ſiéges de Lyon, de Montbriſon, de Ville-Franche & de Mâcon, la loi *Julia* devoit être obſervée, tant à l'égard de la dot, ſoit mobiliaire ou immobiliaire, que del'augment & intérêts de l'un & de l'autre ; enſorte, dit-il, que ce dernier arrêt ayant été rendu ſur une inſtance de requête civile, avec grande connoiſſance de cauſe, il n'y a plus de doute ; il en faut demeurer là, s'il n'y eſt dérogé par un édit.

La prédiction de l'auteur ſuivit de près l'impreſſion de ſon livre ; car cinq ans après, le roi fit un édit, qui abroge la loi *Julia* dans les provinces du Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconois, que je crois à propos de rapporter ici.

BIU Cujas

Extrait des regiſtres du conſeil d'état.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous préſens 13
& à venir, ſalut. La liberté que nous avons laiſſée à nos peuples de vivre chacun dans leurs provinces ſuivant les loix qu'un ancien uſage leur avoit établies, a fait que quelques-unes ſe ſont conſervées dans la poſſeſſion de décider par les loix Romaines, les affaires ſur leſquelles il n'y avoit point d'ordonnances faites par les Rois nos prédéceſſeurs; les autres ont été régies par coutumes, & les autres, nonobſtant qu'elles fuſſent généralement régies par le droit Romain, n'ont pas laiſſé de recevoir en cerains cas des uſages différens. Notre ville de Lyon & les provinces du Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconois ont été de ces dernieres; leſquelles, quoique gouvernées par le droit Romain, ſe ſont pourtant établi par une longue ſuite d'années, un uſage différent de la loi Julie du fonds dotal, ſuivant lequel elles ont reçu pour valables les obligations paſſées par les femmes, conjointement avec leurs maris, ſans aucune diſtinction des biens dotaux ou paraphernaux, mobiliaires ou immobiliaires; ce qu'ils ont fait, ou pour ſe mieux conformer aux loix de notre état, & à l'édit de notre très-cher & honoré aïeul Henri IV donné en l'an 1606, par lequel elles ont crû juſques ici, que les femmes avoient la liberté d'obliger tous leſd. biens; ou à cauſe qu'elles ont trouvé cet uſage plus accommodant à la ſociété civile, & plus favorable aux affaires des familles, leſquelles dans le tems qu'elles avoient beſoin d'argent, comme il arrive ſouvent parmi la nobleſſe, dont les biens conſiſtent ordinairement en fonds qu'ils peuvent rarement obliger, à cauſe des ſubſtitutions, ne trouveroient aucun ſecours dans les occaſions les plus preſſantes, ni dans celles où il s'agit de notre ſervice, ou de parvenir à des emplois qui les mette en état de nous en rendre, faute de pouvoir donner aſſurance, ſi les femmes n'en pouvoient donner aucunes de leur part ſur les grandes ſommes qu'elles avoient à lever préalablement à tous autres tant pour raiſon de tous les biens qu'on leur conſtitue ordinairement en dot, ſans aucune réſerve, que pour l'augment, qui eſt réglé à la moitié deſd. conſtitutions, & pour celles d'une certaine ſomme que l'on a accoutumé de ſtipuler pour les bagues & joyaux, proportionnément aux conditions & aux biens: Cet uſage n'eſt pas moins néceſſaire au grand commerce qui fleurit en notred. ville de Lyon, & lieux circonvoiſins, à cauſe de l'avantage de la ſituation, lequel procure l'abondance de toutes ſortes de marchandiſes à notre royaume, & donne les moyens, par les correſpondances, de faire tenir à nos Officiers & autres employés à notre ſervice dans les pays les plus éloignés, toutes les ſommes dont ils peuvent avoir beſoin, deſquels les rois nos prédéceſſeurs & nous avons tiré des ſecours très-conſidérables dans les occaſions preſſantes de notre état, dans la guerre & dans la paix, ce qu'il leur ſeroit impoſſible de faire par le peu d'aſſurance qu'ils pourroient donner de leur part des grandes ſommes qu'il leur eſt néceſſaire d'emprunter pour l'entretien du commerce, à cauſe qu'ils ont peu de biens en évidence, & que la plûpart eſt employé dans led. négoce, dont ceux qui peuvent prêter n'ont aucune connoiſſance; au moyen de quoi leur crédit ſeroit bientôt abſolument perdu, & tout le commerce par conſéquent ruiné, au grand prèjudice de notredite ville & détriment de tout notre état, ſi leurs femmes ne pouvoient non plus donner aucune ſureté ſur tous les ſuſd. biens qu'elles ont en leur pouvoir, même ſous ce prétexte, en mettre beaucoup davantage à couvert. C'eſt pour toutes ces conſidérations que nos chèrs & bien amés les prévôt des marchands & échevins de notred. ville de Lyon nous ont fait remontrer, qu'au préjudice de cet uſage établi dans lad. ville & ſuſdites provinces, ſur tant de fondemens autoriſés par une infinité d'autres obligations, jugemens & ſentences confirmées par arrêts & par le tacite conſentement de nos ſujets, qui lui auroient pû donner force de loi, quand il n'auroit point été ordonné par le ſuſdit édit de 1606. Il y auroit eu depuis quelque tems des arrêts, qui auroient détruit leſd. obligations des femmes, juſqu'à la concurrence des biens dotaux, ſuivant la loi Julie du fonds dotal, leſquels, s'ils rendoient la déciſion des procès formés ſur cette matiere incertaine, en donnant atteinte à lad. coutume, engendreroient une infinité de troubles & de procès dans les familles, dont la plûpart ayant engagé preſque tous leurs biens ſous la foi publique, en ſeroient ou beaucoup incommodées, ou abſolument ruinées: A quoi déſirant pourvoir, nous aurions réſolu déclarer ſur ce notre volonté, pour tenir lieu de loi certaine & conſtante en notredite ville de Lyon & pays ſuſdits. A ces cauſes, déſirant que nos ſujets deſdites provinces ſoient maintenus & gardés dans ledit uſage conforme à celui de beaucoup d'autres provinces, interprétant en tant que de beſoins le ſuſd. édit de l'année 1606, & voulant faire ceſſer ſur cela la diverſité des jugemens: Nous, de l'avis de notre conſeil, & de notre certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, avons déclaré, ſtatué & ordonné, déclarons, ſtatuons & ordonnons par ces préſentes ſignées de notre main, voulons & nous plaît, que toutes les obligations ci-devant paſſées & qui ſe paſſe-

BIU Cujas

ront à l'avenir ſans aucuneforce ni violence par les femmes mariées dans notred. ville de Lyon, pays de Lyonnois, Mâconnois, Forêts & Beaujolois, ſur leſquelles aucun arrêt n'eſt encore intervenu, ſoient bonnes & valables, & que par icelles les femmes ayent pû par le paſſé, & puiſſent à l'avenir obliger valablement, ſans aucune diſtinction, tous & chacuns leurs biens dotaux & paraphernaux, mobiliaires & immobiliaires, ſans avoir égard à la diſpoſition de la ſuſd. loi Julie, que nous avons abrogée & abrogeons à cet égard, ſans qu'en ladite ville & pays ſuſd. l'on puiſſe plus y faire aucun fondement, ni y avoir aucun égard. Si donnons en mandement à nos amés & féaux conſeillers les Gens tenans notre cour de Parlement à Paris, & à tous autres officiers qu'il appartiendra, que ces préſentes ils faſſent lire, publier & enregiſtrer, & du contenu en icelles faire jouir & uſer pleinement, paiſiblement & perpétuellement nos ſujets de notred. ville de Lyon, pays de Lyonnois, Forêts, Mâconnois & Beaujolois, & autres reſſortiſſans audit préſidial de Lyon, ceſſant & faiſant ceſſer tous troubles & empêchemens, nonobſtant quelconques choſes à ce contraires: Car tel eſt notre plaiſir. Et afin que ce ſoit choſe ferme & ſtable à toujours, Nous avons fait mettre notre ſcel à ceſdites préſentes, ſauf en autres choſes notre droit, & l'autrui en toutes. Donné à Paris au mois d'avril 1664, & de notre régne le vingt-uniéme. *Signé*, Louis. Et ſur le repli, Par le roi, Le Tellier. Et *Viſa*, Séguier. Pour ſervir aux lettres patentes accordées aux prévôt des marchands & échevins de la ville de Lyon, portant permiſſion aux femmes de s'obliger avec leurs maris, validant même les obligations ci-devant paſſées. Et ſcellé du grand ſceau ſur lacs de ſoye verte & rouge. Et en marge, eſt écrit. Régiſtré au greffe des expéditions à Paris, le 21 avril 1664, *Signé*, Pinſon. Et encore ſur le repli eſt écrit. Regiſtré, oui le procureur-général du roi, pour être exécuté ſelon ſa forme & teneur, ſuivant l'arrêt du 20 août 1664, *Signé*, du Tillet.

Cette Déclaration déclare les obligations des femmes valables, non-ſeulement pour l'avenir, mais auſſi pour le paſſé; ce qui obligea pluſieurs femmes de la province qui avoient des procès pendans en la cour, pour raiſon de l'aliénation de leurs biens dotaux, de s'oppoſer à l'enregiſtrement, dont elles furent déboutées par l'arrêt qui ſuit; & par un autre arrêt qui ſuivit bientôt après, une de ces femmes perdit ſon procès: c'eſt pourquoi pour montrer que cette déclaration a eu ſon exécution, j'ai crû qu'il étoit à propos de rapporter ces deux arrêts.

Extrait des regiſtres du parlement.

14 ENtre les prévôt des marchands & échevins de la ville de Lyon, demandeurs en requête du 6 mai 1664, d'une part, & Catherine Raberin, femme ſéparée de biens de Charles Noirat, & Magdelaine Andrety, veuve d'André Pont-ſaint-Pierre, défendereſſes, d'autre; & les officiers de la ville de Montbriſon capitale de la province de Forêts, & les échevins & habitans de Villefranche, capitale du Beaujolois, demanndeurs en requête du dernier juillet dernier, à fin d'intervention en ladite inſtance, d'une part; & leſdits prévôt des marchands & échevins de ladite ville de Lyon, & leſdites Catherine Raberin & Magdeleine Andrety, défendereſſes: Vu par la cour les lettres patentes du roi en forme de déclaration, données à Paris au mois d'avril dernier, ſignées Louis, & ſur le repli, par le roi, le Tellier, ſcellées ſur lacs de ſoye de cire verte: par leſquelles, & pour les cauſes y contenues, ſa majeſté auroit maintenu & conſervé les habitans de lad. ville de Lyon, & provinces de Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois, dans l'uſage de ſe ſervir des obligations des femmes, conforme à celui de beaucoup d'autres provinces; & en tant que beſoin étoit, interprété l'édit du roi Henri IV d'heureuſe mémoire, du mois d'août 1606, vérifié en la cour le 22 de mai de l'année ſuivante 1607, & déclaré que toutes les obligations cidevant paſſées, & qui ſe paſſeroient à l'avenir ſans aucune force ni violence par les femmes mariées dans lad. ville de Lyon, pays de Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois, & ſur leſquelles aucun arrêt n'étoit encore intervenu, ſeroient bonnes & valables, & que par icelles obligations les femmes aient pû par le paſſé, & puiſſent à l'avenir obliger valablement, ſans aucune diſtinction, tous & chacun leurs biens dotaux & paraphernaux, mobiliaires & immobiliaires, ſans avoir égard à la diſpoſition de la loi Julie & autres introduites en faveur des femmes, que ſad. majeſté auroit abrogées à cet effet, ſans qu'en lad. ville de Lyon & ſuſd. provinces, on pût y faire aucun fondement, ni y avoir aucun égard, ainſi que plus au long le contiennent leſd. lettres à la cour adreſſantes: Requêtes deſd. prévôt des marchands & échevins de la ville de Lyon, àfin d'enregiſtrement deſdits lettres: Actes d'oppoſition deſdites Catherine Raberin & Magdeleine Andrety à l'entérinement deſd. lettres: Requêtes deſd. prévôt des marchands & échevins de lad. ville de Lyon, du 6 mai dernier, à ce que ſans avoir égard auſd. oppoſitions & autres faites

BIU Cujas

faites ou à faire, il ſeroit paſſé outre à l'enregiſtrement deſdites lettres : Arrêt du huit dudit mois de mai, par lequel, ſur les ſuſdites oppoſitions, les parties auroient été appointées à écrire & produire dans trois jours, & joint à l'inſtance deſdites lettres, diſtribuée à M. Michel Ferrand, doyen des conſeillers de ladite cour : Cauſes & moyens d'oppoſition deſdites Raberin & Andrety, contenant leurs concluſions; ſçavoir, de Raberin, à ce que leſdits prévôt des marchands & échevins fuſſent déboutés de l'enregiſtrement deſdites lettres, ou en tout cas, ordonné qu'elles n'auroient lieu que pour l'avenir & non pour le paſſé, & qu'elles ne pourroient nuire ni préjudicier aux procès par elles intentés, ni à la reſtitution contre les obligations & aliénations de ſes biens dotaux, & condamnés aux dépens : Et celles de ladite Andrety, à ce que ladite déclaration ne pût nuire ni préjudicier à ſon procès partagé en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de M. Jean de Creil; & en conſéquence, que les prevôt des marchands & échevins ſeroient déboutés de leurdite requête, & condamnés aux dépens : Réponſes & productions deſdites parties : Ladite requête d'intervention des officiers de la ville de Montbriſon, échevins & habitans de Villefranche, dudit jour trente-un juillet dernier, contenant leurs concluſions, à ce que faiſant droit ſur ladite intervention, attendu ledit uſage de tout tems pratiqué dans leſdites provinces, leſdites lettres fuſſent enregiſtrées pour être exécutées ſelon leur forme & teneur, & actes de ce que pour moyens d'intervention, écritures & productions ils employoient le contenu en lad. requête, & ce qui avoit été dit, écrit & produit par leſdits prévôt des marchands & échevins de lad. ville de Lyon : Arêrt du deuxiéme de ce mois, qui les auroit reçus parties intervenantes : Sur ladite intervention appointé les parties à fournir de moyens, réponſes & produire; & acte de l'emploi fait ci-deſſus par leſdits intervenans : Forcluſions de fournir réponſes & produire par leſdits défendeurs en intervention : Quatre requêtes; la premiere, du dix-huit mai dernier préſentée par leſdits prévôt des marchands & échevins, à ce qu'en procédant au jugement des inſtances deſdites oppoſitions, ſans avoir égard à celles faites depuis, & qui ſeroient faites à l'avenir, il ſeroit paſſé outre à ladite vérification; la ſeconde, de ladite Catherine Raberin, du quatre juin dernier, à ce qu'en procédant au jugemeat de ladite inſtance, il fût ordonné que les paroles injurieuſes mentionnées en la requête deſdits prévôt des marchands & échevins, & aux qualités de l'arrêt du huit mai dernier, ſeroient lacérées & ſupprimées, & eux condamnés à lui en faire réparation d'honneur, & en telle amende qu'il plairoit à la cour; la troiſieme requête, du premier de ce mois, préſentée par Simone Blanc, veuve de Barthelemi Clerc, bourgeois de Lyon, Jeanne Rouſſy, veuve de Georges Doyen, auſſi bourgeois de ladite ville, & Jeanne Dalmeſin, femme ſéparée de biens de Charles Seveſtre, ouvrier en draps de ſoye de ladite ville de Lyon, afin d'être reçues oppoſantes à l'enregiſtrement deſdites lettres, & leur donner acte de ce que, pour moyens d'oppoſition, écritures & production, elles employent le contenu en leur requête, & ce qui avoit été écrit & produit par les autres oppoſans, & faiſant droit ſur leurdite oppoſition, débouter leſdits prevot des marchands & échevins de ladite ville de Lyon de l'enregiſtrement deſdites lettres, avec dépens; & la quatriéme & derniere, du dix-huit dudit mois, par Claudine Rolin, veuve François Leverat, à ce qu'elle fût reçue oppoſante à l'enregiſtrement deſdites lettres; ce faiſant, qu'elles ne pourroient nuire ni préjudicier aux inſtances qu'elle avoit pendantes en la cour, pour la reſtitution des obligations & contrats par elle avec ſon mari : Sur leſquelles requêtes auroit été réſervé de faire droit en jugeant, icelles ſignifiées : Concluſions du procureur général du roi : Et tout conſidéré, la cour faiſant droit ſur le tout, ſans s'arrêter aux oppoſitions & requêtes deſdits Raberin, Andrety, Simone Blanc, Jeanne Rouſſy, Jeanne Dalmeſin & Claudine Rollin, a ordonné & ordonne leſdites lettres être enregiſtrées au greffe d'icelle, pour être exécutées ſelon leur forme & teneur, ſauf aux oppoſantes & autres particulieres, de pourſuivre les inſtances qu'elles ont ci-devant intentées, & défenſes au contraire. Et ſera le préſent arrêt, lû & publié par-tout où beſoin ſera, ſans dépens. Fait en parlemenr le vingtieme jour du mois d'août mil ſix cens ſoixante-quatre. Collationné. *Signé*, DU TILLET.

Extrait des regiſtres du parlement.

15 ENTRE Jeanne Dalmeſin, femme ſéparée de biens de Charles Silveſtre, appellante d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, le deuxieme de ſeptembre 1662, d'une part, & Ambroiſe Ferrari, bourgeois & banquier de ladite ville de Lyon, intimé, d'autre : Et entre Hugues André, ancien echevin de ladite ville de Lyon, demandeur en ſommation aux fins de la commiſſion par lui obtenue

BIU Cujas

en chancellerie le cinq décembre 1663 ; & ledit Ambroiſe Ferrary, défendeur, d'autre. Vû par la cour ladite ſentence dont eſt appel, contradictoirement entre les parties, par laquelle, tant ſur les lettres de ladite Dalmeſin, par elle obtenues contre les obligations & contrats auſquels elle s'étoit obligée avec ledit Silveſtre, ſon mari, que ſur la demande en garantie, faite par ledit Hugues André, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès, ſans dépens : Arrêt d'appointé au conſeil du 7 août 1663 : Cauſes d'appel de ladite Jeanne Dalmeſin, contenant ſes concluſions, à ce qu'il fût dit qu'il avoit été mal jugé par ladite ſentence, émendant, ayant égard aux lettres obtenues par l'appellante, & icelles entérinant, que toutes les obligations & aliénations de ſes biens dotaux qui avoient été tirés de ladite appellante, pour le fait & dettes de ſon mari, ſeroient déclarées nulles & de nul effet, les parties remiſes en pareil état qu'elles étoient auparavant, & les intimés condamnés à ſe déſiſter de la portion de la maiſon qu'ils lui avoient fait aliéner à leur profit, & condamnés aux dépens, tant des cauſes principales que d'appel, dommages & intérêts : Réponſes dudit Hugues André : Forcluſions d'en fournir par ledit Ferrary : Productions des parties : Contredits par elles reſpectivement fournis, ſuivant l'arrêt du vingt-deux février 1664, déclaré commun : Ladite commiſſion de chancellerie obtenue par ledit Hugues André, dudit jour cinq décembre 1663, contenant ſa dénonciation audit Ferrary, ſon garant, du quart de la maiſon en queſtion, de l'appel de ladite Dalmeſin, à ce qu'il eût à ſoutenir le bien-jugé de ladite ſentence, la faire confirmer, & contribuer aux frais ; ſinon, & en cas qu'elle fût infirmée, il fût condamné de l'acquitter & indemniſer de l'événement d'icelle, tant en principal, intérêts, que frais & dépens, tant en demandant, défendant, que de la ſommation : Défenſes fournies contre ladite demande le vingt-quatre mars dernier : Productions des parties : Requête dudit Hugues André, employée pour contredits : Forcluſions d'en fournir par ledit Ferrary, ſuivant ledit arrêt du vingt-deux février 1664, déclaré commun. Tout joint & conſidéré, Dit a été que, ladite cour a mis & met les appellations au néant, ordonne que ce dont a été appellé ſortira ſon effet ; condamne l'appellante en l'amende ordinaire de douze livres tournois, & aux dépens de la cauſe d'appel ; & en conſéquence, ſur la ſommation dudit Hugues André, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens pour ce regard. Prononcé en parlement le ſixieme jour de ſeptembre mil ſix cens ſoixante-quatre.

16 Je crois qu'il ne ſera pas inutile d'obſerver, 1°. que quoique dans cette declaration il ſoit fait mention qu'elle a été rendue ſur la réquiſition des Prévôt des marchands & échevins de la ville de Lyon, & que dans l'arrêt d'enregiſtrement il paroiſſe que les officiers de la ville de Montbriſon, & les échevins & habitans de Villefranche, auſſi-bien que les prévot & échevins de Lyon en ayent demandé l'exécution : Néanmoins la vérité eſt, que tout cela fut fait à la pourſuite du ſieur Perrachon de Saint Maurice, fermier général de la généralité de Lyon, qui avoit intérêt de mettre les ſous-fermiers en état de pouvoir faire entrer leurs femmes dans les baux, & leur faire obliger leurs biens dotaux.

2°. Que cette déclaration eſt obſervée dans le Mâconnois ; mais qu'elle n'eſt pas ſuivie dans la province d'Auvergne, même dans les bailliages qui ſe régiſſent par le droit écrit. A l'égard de ceux qui ſont régis par la coutume, il n'y a pas de doute, parce qu'il faudroit une dérogation expreſſe à l'article 3 du chapitre 14 de cette coutume, qui parle en ces termes :

Le mari & femme, conjointement ou ſéparément, conſtant le mariage ou fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuter, ni autrement diſpoſer des biens dotaux de ladite femme, au préjudice d'icelle, & ſont telles diſpoſitions & aliénations nulles & de nul effet & valeur, & ne ſont validées par ſerment.

17 3°. Pour donner quelque couleur & un effet rétroactif à cette déclaration, il eſt dit qu'elle eſt faite en interprétation de l'édit du mois d'août 1606, par lequel le roi Henri IV a abrogé le ſenatuſconſulte Velleien & l'authentique *ſi qua mulier :* Mais il y a bien de la différence : Le ſenatuſconſulte Velleien ne déclare nulles que les obligations que les femmes, ſoit mariées ou filles, contractent pour autrui ; il ne touche point à celles qu'elles font pour leurs propres affaires : Et parce que l'on préſumoit que c'étoit par foibleſſe ou par ignorance que les femmes entroient dans les obligations d'autrui, l'empereur Juſtinien, par la loi *ſi mulier*, au code *ad SC. Vell.* avoit ordonné, que ſi deux ans après la premiere obligation, une femme renouvelloit ſon engagement, elle ne pourroit plus alléguer ſon ignorance, pour ſe défendre de ſon obligation ; ce que depuis il abrogea par ſa novel. 134, chap. 8, d'où eſt tirée l'autentique *ſi qua mulier*, qui déclare nulles les obligations paſſées par les femmes, pour

BIU Cujas

les affaires d'autrui, quoique confirmées & renouvellées plusieurs fois.

18 Les docteurs ayant établi que les femmes pouvoient renoncer au bénéfice du sénatusconsulte Velleien, parce qu'un chacun peut renoncer à un bénéfice introduit en sa faveur, l'usage avoit autorisé cette rénonciation, pourvû qu'elle eût été faite avec connoissance de cause; c'est pourquoi les notaires étoient obligés de déclarer & donner à entendre aux femmes la force du SC. Vell. & de l'authentique *si qua mulier*, comme aussi l'effet de leur renonciation : & comme la plupart sont ignorans, ils ne sçavoient pas expliquer tout cela, ce qui donnoit lieu à une grande multiplicité de procès. C'est pourquoi, pour prévenir tous ces procès, le roi Henri IV jugea à propos d'abroger le sénatusconsulte Velleien, & l'authentique *si qua mulier*, par un édit du mois d'août 1606, qui fut enregistré au parlement le 22 mai 1607.

19 Mais il n'en est pas de même, & cela n'a rien de commun avec la loi *Julia, de fundo dotali*, qui fut faite du tems de Jules-Cesar, pour empêcher l'aliénation des héritages dotaux des femmes seulement. Il est vrai que Justinien, dans la loi unique *de rei uxor. act.* § 15, & dans ses institutes, au titre *quib. alien.* a étendu cette prohibition à l'hypothéque : il ne veut pas que les femmes puissent aliéner ni hypothéquer leurs biens dotaux; mais à l'égard des autres biens, elles étoient maîtresses de les vendre & engager; ainsi le sénatusconsulte Velleien n'a aucun rapport avec la loi *Julia, de fundo dotali :* Si le premier causoit des procès, la seconde étoit très-utile pour la conservation des biens dotaux des femmes, & le salut des familles; puisque c'étoit, comme dit notre auteur, une derniere table après le naufrage pour la femme & ses enfans.

Notre auteur, dans la suite du liv. 4, quest. 141, établit plus au long la différence qu'il y a entre le sénatusconsulte Velleien & la loi *Julia, de fundo dotali.*

20 Dans tous les parlemens du droit écrit, la loi *Julia, de fundo dotali*, est observée, aussi bien que le sénatusconsulte Velleien, suivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 3, chap. 29; & par Despeisses, tom. 1, pag. 222 & 427; par Boniface, tom. 1, liv. 6, tit. 2, ch. 1, tom. 2, liv. 7, tit. 4, ch. 2, par M. Expilly, en ses arrêts, ch. 123, & par Basset, tom. 1, liv. 4, tit. 5, ch. 8, & tit. 9, ch. 2. Ce dernier auteur remarque, que la femme, pour faire casser les obligations par elle contractées pour son mari, & révoquer l'aliénation de ses biens dotaux, n'a pas besoin d'avoir recours au bénéfice de restitution.

NOUVELLE OBSERVATION.

LA loi Julia, *de fundo dotali*, faite sous l'empereur Auguste, défendoit au mari d'aliéner le fonds dotal de sa femme sans son consentement, & de les hypothéquer, même du consentement de la femme, *fundum italicum dotale maritus, invitâ uxore, ne alienato, neve consentiente obligato.*

L'empereur Justinien, par la loi *unique, cod. de rei ux. act.* § 15, & par ses institutes, au tittre *quib. alien. licet, vel non*, a fait deux corrections, ou plutôt, deux augmentations à la loi Julia.

La premiere, il a étendu la prohibition à tous les biens dotaux, en quelque lieu qu'ils soient situés, *etiam in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt.*

La seconde, il a défendu l'aliénation faite du consentement de la femme, *ut neque alienatio consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.*

Le même empereur, par sa novelle 61, défend l'aliénation de l'hypothéque des biens sujets à la donation à cause de nôces, quoique la femme y ait consenti, à moins qu'il ne reste au mari des biens suffisans, *nisi apparuerit relictum sufficiens ad ante nuptialis largitatis quantitatem;* & à la fin, il décide la même chose à l'égard de la dot, *& multò potiùs hæc in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur aut supponatur.* Ainsi, suivant cette novelle, l'aliénation est valable, si la femme trouve dans les biens de son mari de quoi remplacer sa dot.

Il y a quelques coutumes de France qui ont adopté la disposition du droit; sçavoir, Normandie, Bordeaux, Auvergne, & la Marche; mais avec quelque différence.

La coutume de Normandie, dans l'article 538, déclare l'aliénation faite des biens dotaux de la femme, de l'autorité de son mari, bonne & valable, en lui accordant la récompense sur les biens de son mari, avec hypothéque du jour de son contrat de mariage.

L'article 450 dit, que si la femme ne peut pas avoir récompense sur les biens de son mari, qu'elle peut s'adresser subsidiairement contre les détenteurs, lesquels ont

BIU Cujas

l'option, ou de déguerpir, ou de lui payer le juſte prix, ſuivant l'eſtimation de la valeur, lors du décès du mari.

La coutume de Bordeaux, art. 54, contient à-peu-près la même diſpoſition; elle dit d'abord, que ſi la femme conſent à l'aliénation des biens de ſon mari, & renonce à l'hypothéque, nonobſtant ce, elle pourra demander le payement de ſa dot ſur leſdits biens, s'il n'y a autres biens ſuffiſans: cet article ajoute à la fin, *Idem*, des biens propres de la femme; cela veut dire, que ſi la femme conſent à l'aliénation de ſes biens, qu'elle peut les révendiquer.

La coutume d'Auvergne, chap. 14, art. 3, déclare l'aliénation des biens dotaux de la femme de nul effet & valeur, ſi elle ne trouve pas dans la ſucceſſion de ſon mari, des biens ſuffiſans pour ſe remplacer.

Ces deux coutumes ne donnent à la femme que l'action ſubſidiaire; cependant elle n'eſt pas obligée d'attendre la diſcuſſion entiere des biens de ſon mari, qui pourroit durer long-tems; c'eſt le ſentiment d'Automne, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bordeaux, dans l'article 53, à la fin.

L'article ſuivant donne la faculté à la femme, ou à ſes héritiers, de révendiquer ſes biens, ou d'en demander la récompenſe ſur les biens de ſon mari; mais elle ne lui donne cette faculté que pendant un an, à compter du jour du décès de ſon mari.

La coutume de la Marche, dans les articles 299 & 300, contient les mêmes diſpoſitions.

M. Ch. du Moulin, dans ſa note ſur l'art. 4 de la coutume d'Auvergne, dit, qu'en ce cas, la mort civile & la ſéparation des biens font le même effet que la mort naturelle, *quid ſi mulier ſeparetur à viro? ſtatim incipit currere annus, etiam vivo marito. Idem de civili morte mariti.*

A l'égard des pays de droit écrit, il faut diſtinguer entre les provinces de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, & les parlemens de droit écrit.

A l'égard des premieres, il faut diſtinguer le Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois, d'avec l'Auvergne.

A l'égard du Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois, nous avons une déclaration du 20 avril 1664, regiſtrée au parlement de Paris le 20 août ſuivant, qui a abrogé la loi Julia, *de fundo dotali*, & déclare les obligations des femmes bonnes & valables, & veut qu'elles puiſſent obliger valablement leurs biens dotaux & paraphernaux.

Cette déclaration ne parle que de l'obligation de la femme, & non point de l'aliénation du fonds dotal; mais comme elle abroge la loi Julia, les arrêts du parlement de Paris, intervenus en conſéquence, ont déclaré l'aliénation des biens dotaux bonne & valable.

Mais cette loi n'ayant point compris l'Auvergne, la diſpoſition du droit eſt demeurée en vigueur dans toute l'Auvergne, ſoit dans la partie régie par le droit, ou dans celle qui eſt régie par la coutume.

Cette province étant limitrophe, & même enclavée dans celle de Forêts, cela donna lieu à deux queſtions; ſçavoir, ſi quand un homme de Forêts épouſe une fille d'Auvergne, ſi cette femme peut s'obliger valablement, & aliéner ſes biens dotaux.

A l'égard de la premiere queſtion, l'on tient que le domicile de la femme étant le même que celui du mari, elle peut s'obliger valablement, avec l'autorité de ſon mari.

A l'égard de la ſeconde queſtion, il faut diſtinguer: ſi les biens de la femme ſont ſitués en Forêts, elle peut les aliéner valablement, avec l'autorité de ſon mari. Mais s'ils ſont ſitués en Auvergne, elle ne le peut pas; parce que, pour la validité de l'aliénation des héritages, il faut ſuivre la coutume du lieu de leur ſituation; cela tombe dans la diſtinction des ſtatuts réels ou perſonnels, qui eſt très-difficile.

Quand le mari eſt domicilié en Auvergne, & que les biens de la femme ſont ſitués en Forêts, l'on tient encore que l'aliénation eſt nulle, parce que la coutume de ſon domicile la rend incapable de conſentir à cette aliénation; or, c'eſt une maxime certaine que pour la capacité de contracter, il faut ſuivre la loi du domicile.

Dans les provinces de Breſt, Bugey, Gex & Valromey, qui ſont limitrophes de Lyon, & qui ſont du reſſort du parlement de Dijon, les obligations des femmes ſont bonnes & valables, parce que l'édit du mois d'août 1606, qui a abrogé le ſénatuſconſulte Velleien, a été enregiſtré au parlement de Dijon, où les appellations de ces provinces reſſortiſſent.

L'aliénation des biens dotaux y eſt auſſi valable, quoique la déclaration de 1664, n'ait pas été enrégiſtrée au parlement de Dijon; mais la faculté de s'obliger reſtraint la liberté d'aliéner, c'eſt le ſentiment de M. Ch. Revel, dans ſon commentaire ſur les

BIU Cujas

ſtatuts de Breſſe, liv. 5, pag. 252, au titre des contrats des femmes.

M. Hevin, dans une addition qu'il a faite ſur le chapitre 140 de Frain, laquelle addition eſt à la fin du 2. tome, page 6, remarque que l'édit de 1606, qui a abrogé le ſénatuſconſulte n'avoit pas été envoyé au parlement de Bretagne, dans lequel on a toujours jugé ſuivant le ſénatuſconſulte Velleien juſqu'au mois de décembre 1683, que les notaires de cette province, pour n'être plus expoſés aux dommages & intérêts où l'ignorance les faiſoit tomber, obtinrent du roi une déclaration, portant que l'édit de 1606 ſeroit exécuté ſuivant ſa forme & teneur, laquelle fut enregiſtrée en ce parlement le 23 du même mois de décembre; ce n'eſt que depuis ce tems, que le ſénatuſconſulte a été abrogé dans cette province.

DOT, SI ELLE DOIT ÊTRE RESTITUÉE DANS L'AN.

QUESTION NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si, quand la dot a été ſtipulée payable en pluſieurs & différens termes, l'intérêt ne doit être payé qu'à meſure des termes que la dot a été payée.*
2. *Raiſons de la femme pour montrer que les intérêts de ſa dot lui doivent être payés une année après le décès de ſon mari.*
3. *Raiſons du créancier, pour établir que les intérêts ne doivent être payés qu'à proportion des payemens de la dot.*
4. *Sentence du bailli de Forêts, qui juge en faveur de la femme, infirmée par l'arrêt rapporté ſur la queſtion ſuivante.*
5. *Dans l'ancien droit, la reſtitution de la dot ſe faiſoit en trois termes, & par la conſtitution de Juſtinien, après l'an.*
6. *Cette forme de payement ne peut être changée par aucune convention.*

QUESTION IX.

Si la dot eſt toujours reſtituable dans l'an, ſuivant la diſpoſition du droit.

Si cette régle peut être altérée par une convention contraire, que la dot ne ſera rendue, qu'aux mêmes termes qu'elle étoit payable.

1 LES biens immeubles d'un Gabriel Beynod ayant été vendus par décret de l'autorité du bailli de Forêts, il y eut concours de pluſieurs oppoſans à la diſtribution du prix, entr'autres, de la veuve, pour la reſtitution de ſa dot, dont les plus intéreſſés ne lui contrediſent le principal, mais ſeulement les interêts : elle les prétendoit depuis l'an révolu du decès du mari, au lieu que les créanciers ſoutenoient que la dot n'étant reſtituable qu'aux mêmes termes qu'elle avoit été payée, l'interêt n'avoit pû courir qu'à proportion des termes échus.

A cet effet ils préſuppoſoient, comme il étoit veritable, qu'il avoit été ſtipulé par le contrat de mariage, que la dot, qui étoit de deux mille livres, ſeroit payée par le pere à divers payemens, ſçavoir ſix cent livres au jour du mariage, & autres ſix cent livres au jour de la Touſſaints ſuivant, & le ſurplus à huit payemens égaux, qui ſe feroient d'an en an : comme encore avoit été ſtipulé, que le mari ou ſes héritiers reſtitueroient la dot à mêmes termes, & à la même façon qu'elle auroit été payée; d'où leſdits créanciers inféroient à leur benéfice une diminution notable des intérêts.

Mais la veuve au contraire, ſoutenoit cette clauſe & ſtipulation inutile, & comme procédant d'un ſtile abuſif des notaires, & que ſans s'arrêter à icelle, il ſe falloit régler par le droit commun, qui pour la reſtitution des dots, ne donne un plus long terme que d'un année après le décès du mari.

Raiſons pour l'affirmative.

Elle pouvoit dire que pour la reſtitution de la dot 2
le droit Romain avoit admis double action, *actionem ex ſtipulatu & actionem rei uxoriæ*, leſquelles Juſtinien en la loi unique, *Cod. de rei uxoriæ actione*, avoit unies & incorporées, n'en faiſant qu'une des deux, & confondant dans l'action *ex ſtipulatu*, tout ce que l'autre avoit de bon & d'utile. Sans s'attacher aux autres différences & particularités de ces deux actions, que pour venir au point de la cauſe, il falloit remarquer que l'action *ex ſtipulatu*, obligeoit le mari à reſtituer la dot ſans délai, *illico & in ſolidum*; au lieu que l'autre plus favorable, avoit reſtraint cette reſtitution ſi prompte aux immeubles, & pour les choſes *quæ pondere, numero & menſura conſiſtunt*, & ſe contentoit que la dot ſoit reſtituée *annua, bima, trima die* c'eſt-à-dire en trois ans & tiers payement divers.

Ce que Juſtinien auroit corrigé : car prenant un milieu entre les deux extrêmités, au § *Cum autem* de la loi préalleguée, il charge le mari ou ſes héritier de relâcher les immeubles auſſi-tôt après la diſſolution du mariage, & les autres choſes *intra annum*; ce qu'ayant rétabli par une regle générale, il ſe faut tenir à icelle, nonobſtant toutes clauſes

BIU Cujas

contraires, qui ſe doivent interprêter par la loi, en laquelle l'empereur ne diſtingue pas ſi la dot a été payée à un ſeul ou divers payemens, mais généralement veut qu'elle ſoit reſtituable à une ſeule fois, & à un terme modéré : *quod ſtatutum dilationis tempus, & ſtatutum tempus legibus dicitur, ut in l. Atticilinus, ff. de pactis dotalibus, & in l. juris gentium, paragraph. ut puta, ff. de pactis.* Car comme remarque le docte Cujas, Juſtinien ayant changé les trois payemens de la dot en un ſeul, en tous les endroits où les juriſconſultes avoient dit, *annua, bima, trima die, annuo, biennio, triennio,* Tribonien a mis *ſtatuto tempore*, pour ſe conformer à la nouvelle conſtitution, & faire voir qu'elle avoit établi un droit public, auquel on ne pouvoit déroger par une convention contraire, qui n'opere rien, & demeure ſans effet, en tant qu'elle ſe trouve préjudiciable à la femme, n'étant permis de pactiſer, *de die reddendæ dotis*, qu'avec cette limitation, *dùm ne mulieris deterior conditio fiat, id eſt, ut citeriore die, non longiore reddatur*, comme il eſt décidé, *in l. 15 & l. 16 ff. de pactis dotalibus.*

Mais plus expreſſément pour la queſtion en la loi *Atticilinus* du même titre préallegué, le juriſconſulte préſuppoſe une convention ſemblable, *ut quibus diebus dos data eſſet, iiſdem divortio facto redderetur*, & enſuite forme cette queſtion, ſi la dot qui n'a été payée au mari qu'après cinq ans, n'eſt reſtituable que dans le même tems, *an ſtatuto legibus tempore* ? & réſout que pour le terme de la reſtitution de la dot, la femme peut bien *meliorem conditionem ſuam facere, non deteriorem*, c'eſt-à-dire, qu'elle peut à ſon avantage anticiper le terme ordinaire & préfix par la loi, & non pas le reculer : de ſorte que ſtipulant un plus long terme, *non valet id pactum conventum*, puiſque le droit commun & la faveur des dots y répugnent.

Raiſons pour la négative.

3 Les créanciers au contraire, pouvoient remontrer que le tems fait partie de l'obligation, qui eſt augmentée ou diminuée par le délai & le jour accordé pour le payement ; car celui qui doit cent écus, payables préſentement, doit plus que celui qui doit payer après un certain tems, *plus aut minus tempore ſolvitur.* Celui qui paye après le tems & le délai échu, paye moins qu'il ne devoit ; & celui qui paye avant le terme, paye plus qu'il ne devoit. C'eſt pourquoi, comme par le droit ancien, le créancier doit ſa dette, ayant demandé plus qu'il ne lui étoit dû ; auſſi la loi qui avoit établi cette rigueur, avoit établi que la demande de plus ſe faiſoit non-ſeulement quand le créancier faiſoit demande d'une plus grande ſomme qu'on ne lui devoit, mais auſſi quand il agiſſoit avant que le jour de payer fût échû.

De même, quand en la loi ſeconde, Code *de reſcind. vendit.* on eſtime la choſe vendue, pour ſçavoir ſi le vendeur eſt léſé, ou non, on fait eſtimation du tems & du terme de payer ; étant véritable que le prix qui ne s'eſt dû payer qu'aprés un tems, eſt moins eſtimé que s'il ſe fût payé à l'inſtant du contrat de vente. Comme encore en l'eſtimation des biens pour faire la diſtraction de la Falcidie, celui à qui on a legué purement & ſimplement, & qui peut avoir payement de ſon légs à l'inſtant de l'adition de l'héredité, eſt eſtimé prendre plus que celui à qui ont a légué pareille ſomme payable après un certain tems, ou ſous une condition ; *quia intervallum temporis & interuſurium hujus ſpatii, minorem facit quantitatem*, ainſi que dit Ulpien *in l. circa ad l. Falcidiam* : ſi bien qu'il faut conclure que délai & terme de payer fait partie de l'obligation, l'augmente ou la diminue.

Ce qui étant, il faut avouer que le mari, qui à l'inſtant de la célébration du mariage, n'a pû faire demande de la dot, a beaucoup moins pris que ſi la dot eût été payable dès-lors : de ſorte que le mariage étant diſſolu, s'il étoit contraint de rendre la dot plus promprement qu'il ne l'a reçûe, ſans lui donner les termes & délais qui ont été donné pour payer la dot, on le contraindroit à payer & rendre plus qu'il n'a reçu, contre les regles de l'équité, qui veut que toutes les conventions & loix d'un contrat de mariage ſoient réciproques, le mari ne pouvant avantager ſa femme plus qu'il n'eſt gratifié par ſa femme, *authent. de æqualitate dotis* : au lieu que ſi la femme qui n'a payé ſa dot qu'en huit ans, & à huit divers payemens, pouvoit contraindre l'hoirie de ſon mari à lui rendre la dot en un ſeul payement, & à l'inſtant de la mort de ſon mari, ou l'an après, elle auroit plus que ſon mari n'auroit eu d'elle, & plus qu'elle n'auroit ſtipulé de ſon mari ; ce qui ne ſeroit raiſonnable.

Il eſt vrai qu'en la loix douziéme du même titre *de pactis dotalibus*, le juriſconſulte parlant *de pacto petendæ dotis*, uſe de ces termes : *In quibus non ſemper voluntas contrahentium ſervatur* ; mais ce n'eſt que pour réprouver les conventions qui ſont contre la nature de la dot, & les loix ſubſéquentes que la veuve prend à ſon avantage, & permettent la convention pour le jour de la reſtitution de la dot, *dum ne mulieris conditio deterior fiat :* tellement que la condition de la femme n'étant empirée, quand le mari a ſtipulé un délai de huit ans, pour rendre la dot qui n'a été payée qu'en huit ans, on n'eſt pas aux termes des loix cottées ; leſquelles, quand elles parlent de la convention, *ut longiore die reddatur*, ſe doivent entendre d'un plus long terme que celui qui avoit été pris pour le payement.

Il ſemble bien qu'en la loi *Atticilinus* du même titre, le juriſconſulte décide le contraire ; mais c'eſt en cas divers, comme il ſe voit par l'eſpece d'icelle, en laquelle il n'y a aucun jour certain de payer, mais indéfiniment il eſt accordé que le mari ne pourra être contraint à la reſtitution de la dot, le cas étant échu, qu'après qu'il ſera écoulé autant de tems depuis la diſſolution du mariage, comme il s'en eſt paſſé entre la conſtitution dotale, & le payement de la dot, laquelle convention eſt réprouvé par le juriſconſulte, comme n'étant pas certaine & aſſurée par ſa premiere conſtitution & ſa naiſſance ; mais étant remiſe à ce qui ſe fera par les conjoints durant leur mariage, auquel tems ils ne peuvent rien faire directement ni indirectement pour ſe gratifier en quelque façon que ce ſoit : ſi bien que le contredit de la loi a un double motif, ſçavoir, l'incertitude du terme, & de ce qui dépendoit d'une regle future & referée au tems du mariage ; & cette conciliation ſe tire de la gloſe ſur la loi ſubſéquente, où il eſt remarqué qu'en ladite loi *Atticilinus*, le pacte avoit bien été fait avant le mariage, mais qu'il eſt nul, *quando fuit collatum in tempus matrimonii, juxta legem quod ſponſæ, Cod. de donatione ante nuptias.*

Auſſi la même loi reçoit diverſes exceptions qui ſe tirent des loix ſubſéquentes, & même de la loi 19 du même titre, qui dit que le pere ayant marié & doté ſa fille, & ſtipulé un délai de cinq ans pour payer la dot, & ayant accordé à ſon gendre qu'il auroit un pareil délai pour reſtituer la dot, quand le cas de reſtitution ſeroit échû, que telle

BIU Cujas

convention eſt valable, & que la fille qui redemande ſa dot, doit attendre les cinq ans; & quoique pour l'aſtraindre à cela, la même loi ſemble deſirer que la fille ſoit héritiere du pere, & qu'en effet Cujas en ſes obſervations, *lib.* 11 *cap.* 29, approuve cette diſtinction, ſi la fille eſt héritiere, ou non, du pere, pour l'aſtraindre, au premier cas, à la convention, & non au ſecond; toutefois il ſuffit que le terme du payement ſoit préfix, & que *interveniente uxore, pactum conventum fuerit*, de rendre la dot au même terme qu'on a ſtipulé pour le payement, parce que ſon conſentement étant une fois intervenu à la ſtipulation du pere, de la libéralité duquel la femme tire ſon droit, il n'eſt pas néceſſaire de rechercher en ſa perſonne la qualité d'héritiere du pere, pour l'obliger à l'obſervation d'une condition équitable & réciproque.

Par la ſentence du bailliage, la veuve ayant ob- 4
tenu condamnation des intérêts de ſa dot depuis le décès du mari, Maître Jean de la Berardiere, créancier intéreſſé, en appella à la cour, où par arrêt, en infirmant ladite ſentence, qui étoit du 29 mai 1615, il fut jugé que les intérêts n'étoient dûs que depuis les termes échûs, en préſuppoſant la dot reſtituable aux mêmes termes qu'elle avoit été payée, & la convention faite pour ce ſujet valable: au lieu qu'auparavant on tenoit communément la dot reſtituable après l'an révolu; parce que pendant l'année de deuil, on adjuge ordinairement aux veuves quelque entretien ſelon leur qualité & la faculté de l'hoirie.

OBSERVATIONS.

Du tems auquel la dot doit être reſtituée.

SUr cette queſtion & la ſuivante, l'auteur rapporte un arrêt du 20, mai 1617, qui a jugé que la ſtipulation portée par un contrat de mariage, que la dot d'une femme ne ſeroit reſtituée que ſuivant les mêmes termes qu'elle avoit été payée, étoit valable; & que conformément à icelle, la femme ne devoit être colloquée ſur les biens de ſon mari, pour les intérêts de ſa dot, qu'à commencer ſeulement du jour de chaque termes ſtipulé par le contrat. 5

Par le droit ancien, après la diſſolution du mariage, la dot devoit être reſtituée en trois termes, *annua, bima trima die:* Juſtinien dans la loi unique, au cod, *de rei uxor. act.* a changé la forme de ce payement, en ordonnant que la dot conſiſtant en argent ou en effets mobiliers, ſoit rendue une année après la diſſolution du mariage: ce que l'on appelle dans les pays de droit écrit, après l'an révolu.

La queſtion eſt de ſavoir, ſi par le contrat de mariage l'on peut ſtipuler que la reſtitu- 6
tion des deniers dotaux ſe fera d'une autre maniere, & pluſieurs années après le mariage. Suivant la même loi, & pluſieurs loix inſérées dans le titre *de pactis dotalibus*, les ſtipulations qui tendent à retarder la reſtitution de la dot ne ſont pas valables: ainſi la ſentence du bailli de Forêts, qui, ſans avoir égard à une ſemblable ſtipulation, avoit ordonné que la femme ſeroit payée des intérêts de ſa dot, depuis l'an révolu du jour du décès de ſon mari, étoit dans les regles; & l'on peut appliquer à l'arrêt qui l'a infirmée, la réponſe du juriſconſulte Ulpien, dans la loi premiere, au digeſte, *de appellat.* la note que j'ai faite ſur la queſtion ſeconde de ce livre, convient fort bien auſſi à cet arrêt.

NOUVELLE OBSERVATION.

DAns la bibliothéque du droit François par Bouchel, ſur le mot, *dot*, il y a un titre exprès, au ſujet de cette queſtion, qui porte, *pacte que la dot ſoit rendue en ſemblables termes qu'elle aura été payée, n'eſt valable.* Il établit ſa propoſition fort ſolidement & fort ſçavamment.

DE L'AUGMENT, ET DES INTÉRÊTS D'ICELUI.

QUESTION DIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les intérêts de l'augment ſont dûs après l'an révolu ſans demande.*
2. *Si le payement de l'augment peut être ſtipulé autrement.*
3. *L'augment peut être ſtipulé payable dans les mêmes termes que la dot.*
4. *Arrêt du 20 mai 1619, qui a confirmé la convention de payer la dot, & l'augment dans les termes convenus par le contrat de mariage.*
5. *Le payement de l'augment ne dépend point de celui de la dot.*

BIU Cujas

6. *L'uſage de la province, qui donne les intérêts de l'augment ſans demande, n'eſt pas conforme à la loi.*
7. *Dans les parlemens de droit écrit, les intérêts de l'augment ne ſont dûs que depuis la demande.*
8. *Au parlement de Paris ils ne ſont dûs contre un tiers-acquéreur, que du jour de la demande.*
9. *Les intérêts de l'augment ſe prennent ſur les biens ſubſtitués.*

QUESTION X.

Si on peut ſtipuler terme pour l'augment, ou s'il eſt payable du jour du décès du mari, ou de l'an révolu, pour donner cours aux intérêts.

1 ON a diſputé ſi dès le jour du décès du mari, ou plûtôt de l'an révolu du décès, l'augment de la dot eſt payable comme icelle, & ſi l'intérêt court ſans l'interpellation : ce que Monſieur Louet & Brodeau en la lettre I. art. 10, aſſurent avoir été jugé par arrêt contre l'héritier du mari, ſuivant l'art. 256 de la coutume de Paris, qui eſt formel; & ainſi ſe juge communément en ce bailliage, contre l'héritier du mari, quoique Tronçon, ſur ledit article, faſſe diſtinction du douaire coutumier, & de l'augment de dot, qui ſe baille en pays de droit écrit.

2 Mais préſuppoſant cet uſage aſſuré, parce que la faveur de la dot s'étend juſqu'à l'augment, qui eſt cenſé faire partie d'icelle, *l. cùm multæ C. de donatione ante nuptias*, on peut encore former cette difficulté, ſi le payement de l'augment ſe peut ſtipuler à termes, au lieu de le payer à la fois.

On pourroit dire que l'augment étant néceſſairement dû en pays de droit écrit, comme remarque Brodeau au lieu cotté, & l'uſage le réglant à la moitié, il n'y a pas apparence de le reſtraindre & diminuer par la dilation du payement, puiſque le tems rend l'obligation moindre ou plus grande.

3 Mais au contraire, on dira que la dot ſe payant en une ſeule fois, & lors du mariage, l'augment doit être payé de la même ſorte, autrement il ne feroit la juſte moitié; au lieu que le payement de la dot étant ſtipulé à divers termes, on peut faire la même ſtipulation, tant pour la reſtitution de la dot même, que de l'augment, ſans altérer la regle commune de la moitié, qui ſubſiſte dans une dilation égale & réciproque.

Auſſi en l'hypothéſe de notre queſtion, ayant été convenu par le contrat de mariage, que non-ſeulement la dot ſeroit reſtituable aux mêmes termes qu'elle avoit été payée; mais encore qu'après la diſſolution du mariage, l'augment ne ſeroit payable qu'aux termes préfix, la cour a confirmé pareillement cette convention, auſſi-bien que la précédente, & les intérêts de l'augment n'ont été adjugés qu'à proportion des termes échûs : ce qu'on pourra apprendre de la teneur du même arrêt, duquel nous nous contenterons de rapporter le diſpoſitif, afin d'abreger,

Arrêt de la cour.

4 Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ayant égard auſdites requêtes des 9 & 14 jour de mars dernier, a mis & met l'appellation & ſentence, de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende & dépens de la cauſe d'appel, en ce que notredit bailli, ou ſon lieutenant, auroit ordonné que ladite Deffuſimaignes ſeroit payée des intérêts de ſa dot de deux mille livres depuis le décès dudit défunt Beynod ſon mari; enſemble de la ſomme de mille livres d'augment, & des interêts d'icelle enſemble, depuis les termes du payement portés par le contrat de mariage, & mis en ordre leſdits Brouillat & ſa femme, pour la ſomme de cent cinquante livres à elle promiſe en dot par ledit défunt Beynod, & pour les intérêts d'icelle, & ledit Bucher & ſa femme, pour la ſomme de quatre cens quatre-vingt livres, & pour la valeur d'une robbe reſtante de la dot à elle promiſe par ledit Beynod ſon pere, & pour les intérêts d'icelle, depuis l'année 1594, & émandant ladite ſentence quant à ce, a ordonné & ordonne, que ladite Deffuſimaignes ſera miſe en ordre du jour de ſon contrat de mariage, & payée des intérêts de ſa dot de deux mille livres, à commencer ſeulement du jour de chaque terme qu'elle eſt reſtituable par ledit contrat; ſçavoir, de ſix cens livres, du jour du décès de ſon mari; d'autre pareille ſomme de ſix cent livres, du cinquiéme jour de ſeptembre mil ſix cent ſix, & du ſurplus ſelon les autres termes portés par ledit contrat de mariage; & outre ſera miſe en ordre dudit jour de ladite ſomme de mille livres d'augment; ſur laquelle néanmoins elle ne recevra préſentement que deux cens cinquante livres, pour les termes dudit augment échûs juſques au 5 mars dernier, enſemble les intérêts d'icelle ſomme de deux cens cinquante livres, à raiſon du denier ſeize, depuis chacun deſdits termes échûs, & le ſurplus de ladite ſomme montant à ſept cens cinquante livres, ſera mis ès main des poſtérieurs créanciers, en baillant par eux bonne & ſuffiſante caution de payer ladite ſomme à ladite Deffuſimaignes d'an en an, ſelon les termes portés par ledit contrat de mariage : & ſur les oppoſitions deſdits Brouillat, Buchet & leurs femmes, a mis & met les parties hors de cour & de procès, & ſans dépens; ladite ſentence au réſidu ſortiſſant ſon effet : a évoqué & évoque l'inſtance d'oppoſition dudit Curtial pendant pardevant notredit bailli de Forêts, concernant ladite ſomme de mille cinquante livres, & intérêts qu'il prétend lui être dûs du reſte de la dot de ladite Beynod ſa femme, en laquelle leſdites parties ont été appointées contraires, ordonné qu'elles y viendront procéder ſuivant les derniers erremens : & à icelle ladite cour a joint ladite appellation verbale, pour y faire droit conjointement ainſi que de raiſon, dépens pour ce regard réſervés : Prononcé le 20 mai 1619 : Extrait des regiſtres du parlement. GALLARD.

L'opinion du ſieur préſident Boyer, en ſon conſeil 5 ſemble conforme : car encore qu'il traite un cas divers, & qui va à la faveur de la femme; ſçavoir, qu'ayant été convenu que la dot ſeroit rendue aux mêmes termes qu'elle auroit été payée, elle eſt reſtituable dès le jour du décès du mari, ſi elle a été payé tout à la fois le jour des noces : toutefois puiſqu'il établit ſon opinion ſur un même fondement;

BIU Cujas

dement; ſçavoir, l'égalité des termes de la reſtitution & du payement, & ſur la force de la convention, on ne peut tirer un argument valable. Car ſi pour avoir reçu la dot du mariage en un ſeul payement, il faut qu'elle ſoit rendue auſſi-tôt après le décès du mari, ſans retardation; il ſemble qu'ayant été reçue à divers & longs termes, elle ne doive être reſtituée qu'aux mêmes termes, afin que comme un prompt payement cauſe une prompte reſtitution, & fait anticiper l'année accordée par la conſtitution de Juſtinien, auſſi les longs termes pris pour le payement, puiſſent auſſi reculer la reſtitution, notamment quand il y a en l'un & l'autre cas une convention égale de rendre la dot aux mêmes termes qu'elle aura été reçue.

OBSERVATIONS.

En quel tems les intérêts de l'augment doivent être payés.

L'Arrêt rapporté par l'auteur a jugé la même choſe à l'égard des intérêts de l'augment que pour les intérêts de la dot; ſavoir que la femme ne devoit être colloquée ſur les biens de ſon mari pour les intérêts de ſon augment, qu'à proportion des termes de la reſtitution de ſa dot.

Cette prononciation eſt fort extraordinaire; car le payement de l'augment ne dépend point du payement de la dot, puiſque quand il n'y auroit point eu de dot promiſe, ou que celle qui auroit été promiſe n'auroit point été payée, l'augment ne laiſſeroit pas d'être dû; ainſi puiſque l'augment ne ſe meſure point par le payement de la dot, il y a lieu d'être ſurpris que l'on ait réglé les intérêts de l'augment ſur le pied des intérêts de la dot. 5

De quel jour les intérêts de l'augment ſont dûs.

C'eſt un uſage certain dans toute la province de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, que les intérêts de l'augment ſont dûs a la femmes du jour de la mort de ſon mari, ſans qu'il ſoit beſoin d'aucune demande. Cependant cet uſage n'eſt pas conforme à la loi. Juſtinien, quoique très-favorable aux femmes, ne leur accorde tant de priviléges que pour la dot, & non pas pour la donation à cauſe de nôces qui répond à l'augment, *non enim pro lucro fovemus mulieres.* 6

La juriſprudence des parlemens du droit écrit ne donne à la femme les intérêts de l'augment, que du jour de la demande. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 297, nomb. 13, Boniface, tom. 1, p. 434, ch. 2, Albert, ſur le mot *intérêt*, nomb. 8, Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 44. 7

M. Louet, let. I. chap. 10, rapporte un arrêt du 11 avril 1598, qui a infirmé une ſentence du ſenéchal de Lyon, qui avoit condamné un tiers acquéreur des biens du mari, de payer à la veuve les intérêts de ſon augment du jour du décès de ſon mari; en émendant, l'arrêt ne condamne l'acquéreur à payer les intérêts de l'augment, que du jour de la demande; mais cet arrêt ne peut ſervir de préjugé en faveur des héritiers du mari; car un tiers acquéreur n'eſt tenu de payer les intérêts de la dot (quoique certainement dûs de plein droit) que du jour de la demande intentée contre lui. Au contraire, la ſentence que cet arrêt a infirmée, prouve qu'à Lyon les intérêts de l'augment ſont conſtamment dûs ſans demande, puiſque le ſénéchal l'avoit ainſi jugé, même contre un tiers acquéreur. 8

Les intérêts de l'augment ſont dûs du jour du décès du mari, même ſur les biens ſubſtitués. Ainſi jugé par un arrêt du 3 février 1575, dont l'auteur fait mention dans la queſtion 15 de ce même livre.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns mes premieres Obſervations, j'ai dit que l'arrêt rapporté par M. Henrys, qui a jugé que la femme ne devoit avoir les intérêts de ſon augment, qu'à proportion des termes du payement de ſa dot, étoit fort extraordinaire; mais j'ai dit cela de mon chef, ſans rapporter aucune autorité. Ainſi je crois pour ma juſtification devoir rapporter le ſentiment d'un auteur très-reſpectable, & par ſon érudition & par ſa dignité. C'eſt M. Favre, premier préſident du ſénat de Chambery. Ce Magiſtrat, dans ſon code *de pact. convent. tam ſuper dote quam, &c.* dit qu'après la mort du mari, l'augment doit être payé à la femme ſans aucun retardement, & ſans diſtinction, ſi le terme du payement de la dot eſt échû ou non: *rejecta etiam diſtinctione illa, an ſolvendæ dotis tempus jam venerit, necne; adeoque licet ſpeciali conventione actum proponatur, ut nonniſi proportione dotis ſolutæ augmentum illud præſtetur.* Cependant avec tout le reſpect qui eſt dû à un ſi grand magiſtrat, je crois qu'il pouſſe la choſe trop loin, en diſant que la convention contraire faite

BIU Cujas

par le contrat de mariage n'eſt pas valable. Les contrats de mariage ſont ſuceptibles de toutes les conventions qui ne ſont pas contraires aux bonnes mœurs, & l'on y peut déroger à toutes coutumes & uſages, ſur tout lorſqu'il s'agit d'une libéralité comme eſt l'augment.

Auſſi le parlement de Dijon a jugé par un arrêt du 16 décembre 1617 que la convention portée par le contrat de mariage, que les intérêts de l'augment ne ſeroient payés qu'après un certain tems, ſavoir la moitié un an après le décès du mari, & l'autre moitié un an après le premier payement, étoit valable, & la femme ne fut colloquée dans l'ordre des biens de ſon mari pour les intérêts de ſon augment, que ſuivant les termes ſtipulés par ſon contrat de mariage. Cet arrêt eſt cité par Collet, ſur les ſtatuts de Breſſe, liv. 5, pag. 173, col. 1.

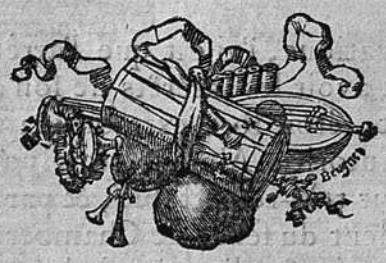
Mais quand il n'y a point de convention particuliere ſur cela par le contrat de mariage, les intérêts de l'augment doivent être payés ſuivant l'uſage des lieux, comme l'a dit M. Favre, au même endroit: *ergo loci cujuſque conſuetudo diſtrictè hac parte ſervanda eſt.*

J'ai ſouvent remarqué que pour perſuader nos juges de la vérité des maximes du pays de droit écrit, il faut leur citer l'exemple de celles du droit coutumier; ainſi il faut rapporter l'exemple du douaire. Suivant la coutume de Paris, art. 256, les arrérages du douaire courent du jour du décès du mari, ſans qu'il ſoit beſoin de les demander en juſtice. Si dans un contrat de mariage l'on avoit ſtipulé que la dot ne ſeroit payée à la femme qu'après un ou deux ans, eſt-ce que les héritiers du mari ſeroient bien fondés à prétendre que les arrérages du douaire ne doivent être pays qu'à proportion des payemens de la dot? il faut porter le même jugement des intérêts de l'augment, que des arrérages du douaire, parce que les uns & les autres ſont dûs de plein droit, ſans demande, du jour du décès du mari.

Il y a pourtant ſur cela une petite différence, qu'il faut expliquer. L'arrêt que j'ai cité dans mes premieres obſervations a jugé que les intérêts de l'augment ſont dûs du jour du décès du mari, la même choſe a été jugée par un autre arrêt, rapporté par M. Henris, liv. 5, queſt. 56.

Ces deux arrêts ne ſont pas juridiques en cela, les intérêts de l'augment ſont à la vérité dûs du jour du décès du mari, mais ils ne ſont payables qu'un an après, auſſi-bien que la dot; parce que pendant l'année de viduité la veuve eſt nourrie & entretenue aux dépens de l'hoirie de ſon mari. Tel eſt l'uſage certain & inviolable des pays de droit écrit du reſſort du Parlement de Paris; tous les jugemens qui interviennent ſur la reſtitution de la dot & du payement de l'augment, adjugent toujours les intérêts à la femme, après l'an révolu du jour du décès de ſon mari: Cela a été jugé de la ſorte par l'arrêt de Dubuiſſon, que j'ai rapporté en forme dans la queſt. 8 du liv. 6.

J'ai dit dans mes premieres obſervations, que dans les parlemens de droit écrit, les intérêts de l'augment ne ſont dûs que du jour de la demande, il faut excepter le parlement de Bordeaux, où les intérêts de l'augment, qui eſt la même choſe que l'augment, ſont dûs de plein droit, & ſans demande, comme de la dot: L'auteur des nouvelles notes ſur les déciſions de M. Abraham Lapeyrere, let. A, nomb. 43, dit que cette déciſion eſt fondée ſur les arrêts de ſon parlement, & ſur un uſage inconcuſſamment obſervé; & ſur la let. D. nomb. 166, à la fin, il rapporte un arrêt du 23 juillet 1701, qui a jugé que ces intérêts étoient dûs à la veuve, même pendant l'an du deuil, auſſi-bien que les intérêts de la dot, & des bagues & joyaux, à la charge de les imputer ſur les nourritures & entretiens à elle fournis.



BIU Cujas

DES RENONCIATIONS DES FILLES, ET DE LEUR RAPPEL.

QUESTION ONZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Arrêt prononcé en robes rouges en 1575, qui a autoriſé les renonciations des filles dans la province de Forêts.*
2. *Il eſt loiſible aux peres & meres de rappeller leurs filles qui ont renoncé.*
4. *Savoir ſi le pere donnant quelque choſe par ſon teſtament à ſa fille, eſt cenſé l'avoir rappellée.*
4. *Raiſons pour l'affirmative.*
5. *Raiſons pour la négative.*
6. *Le rappel doit être exprès, un legs n'eſt pas ſuffiſant.*
7. *Il y a des coutumes qui permettent le rappel.*
8. *Réflexion de Coquille & d'Argentré ſur les arrêts.*
9. *Eloge de M. le Brun, & de ſon traité des ſucceſſions.*

QUESTION XI.

Si le pere donnant par ſon teſtament quelque ſomme par forme de ſupplément à la fille qui a renoncé, la rappelle par ce moyen à ſa ſucceſſion ou demande du droit de légitime.

ON ne doute plus de la validité des renonciations que les filles mineures, en contractant mariage, & en conſéquence d'une dot & conſtitution, font à la ſucceſſion des peres & meres, & à leur profit, ou de leur conſentement, au bénéfice d'un frere. Car encore que le droit ſemble rejetter les conventions faites ſur l'hérédité d'un homme vivant, pour être de mauvais augure, toutefois la diſpoſition canonique *in cap. quamvis, de pactis in ſexto*, a été reçue en France, & autoriſée par les
1 arrêts, même par l'arrêt prononcé en robes rouges par Monſieur le préſident Hennequin, en l'an 1576 donné pour cette province de Forêts, au profit d'un nommé Gaſcon, contre un d'Allery; après la prononciation duquel arrêt ledit ſieur préſident avertit les avocats de n'en plus douter, la réſolution ayant été priſe toutes les chambres aſſemblées: Ce qu'on peut dire être fondé plûtôt ſur la conſervation des familles, & conſidération du douteux événement, que ſur la force du ſerment, *quod non debet eſſe vinculum iniquitatis*, quoique diſent les Canoniſtes.

2 Mais comme ſemblables renonciations ſont faites au profit des peres & meres, pour empêcher que les enfans ne puiſſent contre leur gré prétendre davantage, ſoit *ab inteſtat*, ou en cas de teſtament; auſſi leur eſt-il loiſible d'inſtituer les filles qui ont renoncé, ou leur faire telle autre part de leurs biens que bon leur ſemble. C'eſt ce qui a donné ſujet à une controverſe aſſez notable; ſçavoir, ſi le pere, comme il en a le pouvoir, donnant quelque choſe par ſon teſtament à la fille qui a renoncé, eſt cenſé par
3 là renoncer lui-même au bénéfice de la renonciation: de telle ſorte qu'elle puiſſe auſſi-bien demander le ſupplément de ſa légitime, comme ſi elle n'eût jamais renoncé.

Quelques docteurs Italiens, entr'autres *Robertus Maraniha, diſput* 10 *num.* 25, ont tenu l'affirma- 4
tive, & ſe fondent ſur ce que les renonciations n'ont lieu que pour exclure de la ſucceſſion *ab inteſtat*, & n'ôtent point aux peres la liberté de diſpoſer, comme remarque *Covarruvias* ſur ledit chapitre, *quamvis de pactis in 6.* Tellement que venant à donner quelque choſe à la fille qui a renoncé, il ôte la force à la renonciation; & en tant qu'il rappelle ſa fille excluſe par icelle, il ſemble l'exempter de la rigueur du ſerment, & la rendre capable de demander ſa légitime, ou le ſupplément d'icelle.

Outre que la convention de l'hérédité d'une perſonne vivante, & la renonciation à ſa ſucceſſion, ne pouvant être valable ſans le conſentement formel d'icelle; il eſt auſſi néceſſaire que ce conſentement dure juſques à la mort. Car comme il ſert de fondement, ſi le pere vient à le retirer & y déroger, le fondement ceſſant, la renonciation ne peut ſubſiſter. C'eſt ce que l'empereur Juſtinien ſemble vouloir dire, en la loi derniere, *Cod de pactis*, où ayant réprouvé une convention pareille, il ne ſe contente pas de mettre cette limitation, *niſi ipſe fortè de cujus hæreditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accomodaverit*: mais il ajoute encore, & *in ea uſque ad extremum vitæ ſpatium perſeveraverit.*

Les autres au contraire tiennent la négative plus 5
aſſurée, parce que le pere venant à donner une ſomme préciſe & limitée, n'eſt pas cenſé pour cela rappeller ſa fille à ſa ſucceſſion; ou ſi c'eſt un rappel, il demeure limité, ſans qu'il ſe puiſſe étendre outre la ſomme donnée: d'autant que c'eſt un titre lucratif, un don gratuit, duquel il faut ſe contenter, tant petit ſoit-il, puiſqu'autrement on ne pouvoit rien plus demander, & que l'intention du pere pour la préſomption du rappel, ne peut être jugée autre qu'il l'a déclaré, ni étendue plus avant que ſa déclaration: que ſervent en effet les paroles, ſinon pour exprimer la volonté, & la reſtraindre?

Et ne ſert de dire que l'effet de la renonciation ne peut avoir lieu qu'en la ſucceſſion *ab inteſtat*, ou en cas de diſpoſition, ſi le pere s'en veut ſervir; bref, qu'il y a une condition tacite, ſi le pere perſévere en la même volonté. Car s'il eſt vrai qu'ayant légué quelque ſomme, il ne demeure [illegible]s aux termes de la

BIU Cujas

renonciation ; ſi il faut auſſi confeſſer (puiſque la cauſe limitée ne produit qu'un effet limité) qu'il ne ſe départ du bénéfice de la renonciation abſolument, *ſed ſecundum quid* ; c'eſt-à-dire, qu'il veut que ſa fille, nonobſtant ſa renonciation, ait encore ce qu'il donne, & non davantage : tellement que la choſe leguée exceptée, il eſt vrai de dire, que pour le ſurplus, le pere perſiſte en ſa volonté, & deſire que la renonciation ſubſiſte en ſa force. Autrement ce ſeroit ôter au pere *liberum arbitrium teſtandi*, & le pouvoir d'avantager ſes enfans, en tant que ne leur pouvant donner quelque ſurplus, ſans les rappeller pour le tout ; & ne les voulant rappeller entierement à ſa ſucceſſion, il ſe verroit néceſſité ou de ne pas donner ce qu'il déſireroit, ou de donner davantage, contre & au par-deſſus ſon intention : de ſorte que la renonciation faite au bénéfice du pere, afin de lui donner une plus libre diſpoſition de ſes biens, & en retranchant l'obligation néceſſaire de la légitime, lui ſeroit en quelque façon préjudiciable, & encore aux enfans qui ont renoncé, auſquels il ne donneroit rien plus, s'il ne leur pouvoit donner qu'avec un rappel à la ſucceſſion.

Auſſi ce grand juriſconſulte de Savoye, Meſſire Antoine Favre, rejette l'opinion contraire, *decade 14 de orroribus Pragmaticorum error 4*, tellement qu'après l'autorité d'un telle perſonnage, accompagnée de raiſons ſi palpables, je n'eſtime pas que la queſtion puiſſe recevoir de doute ; encore que j'aye appris que des perſonnes doctes conſeillent aux peres d'uſer de la précaution de cette clauſe, ſans que par ledit légat le teſtateur entende en façon quelconque rappeller ſa fille à ſa ſucceſſion, ni à demander autre ſupplément de légitime, car autrement il révoque ledit légat.

Mais l'arrêt de la cour intervenu depuis peu entre des perſonnes de ſaint Eſtienne, ſur un fait qui approche de cette queſtion, & ſemble de prime abord tomber ſur icelle, m'a obligé de traiter l'un & l'autre point, afin de faire entendre, s'il m'eſt permis, le motif de l'arrêt, & de démouvoir ceux qui s'en voudroient ſervir de préjugé, pour le rappel à la ſucceſſion ou légitime, nonobſtant la renonciation des filles, & inférer dudit arrêt, que le pere qui legue à ſa fille quelque ſomme, la rappelle pour le tout, puiſque l'eſpece eſt toute particuliere, & tire ſa déciſion d'autres maximes, comme fera voir le diſcours & traité ſuivant.

OBSERVATIONS.

Des renonciations aux ſucceſſions futures.

L'Auteur, dans cette queſtion, dit que dans ſa province, auſſi-bien que dans toutes les autres du royaume, l'on peut, contre la diſpoſition du droit civil, & ſuivant celle du droit canon, renoncer aux ſucceſſions futures ; & cela eſt certain, ainſi qu'il ſera obſervé plus amplement ſur les queſtons 60, 61 & 104 de ce livre, où l'auteur en parle plus particuliérement.

De quelle maniere une fille qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon pere, doit être rappllée.

6 Comme ces ſortes de renonciations ont été introduites pour la conſervation des familles, les parens qui les font faire, ſont les maîtres d'y déroger : ainſi nonobſtant la renonciation faite par une fille dans un contrat de mariage, le pere peut la rappeller à ſa ſucceſſion, ou lui donner ſa légitime entiere ; mais il faut que ce rappel ſoit exprès, & un legs fait par le teſtament du pere à ſa fille, n'eſt pas ſuffiſant pour déroger à la renonciation faite par cette fille, ni lui donner droit de demander ſa portion héréditaire, ni même ſa légitime entiere, ainſi que l'auteur l'établit dans cette queſtion.

7 Il y a des coutumes, comme Berry, chap. 19, des ſucceſſ. art. 25, & Poitou, art. 221 qui permettent aux peres & aux meres de rappeller leur fille à leurs ſucceſſions. La coutume de Nivernois, chap. 23, des droits appartenans à gens mariés, art. 24, le permet auſſi, pourvû qu'il y en ait convention au contrat de mariage ; mais le judicieux Coquille, dans ſon commentaire ſur cet article, & dans ſa queſtion 129, établit ſolidement, que les peres & meres ont cette liberté, quoiqu'ils ne l'aient pas réſervée par le contrat de mariage, & qu'en vertu du rappel, la fille vient à la ſucceſſion en qualité d'héritiere, & 8 non pas ſimplement en qualité de légataire, comme le prétend Chopin, *de privileg. ruſt.* l. 3, ch. 7, ſur le fondement de quelques arrêts mal entendus. Cet auteur que l'on appelle avec raiſon judicieux, dit que *les arrêts ſe donnent ſur les négoces particuliers des litigateurs, èſquels ordinairement ſe trouvent pluſieurs circonſtances, dont les aucunes ont pû mouvoir la cour : ainſi il ſembleroit périlleux d'en faire une loi préciſe, néceſſaire & générale*. M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 218, n. 41 dit encore quelque choſe de plus fort contre les arrêts : *deſultoria iſta judicata, quanti facienda ſint res indicat, cùm ſe ipſa ſubruunt, & eadem autoritas vim ſibi adfert, & de iiſdem non eadem judicantur : ſiquidem in ipſis quoque diis, ut ait Seneca, culpa arguitur mutanda feciſſe.*

La forme & les effets du rappel des filles qui ont renoncé aux ſucceſſions par leur contrat de mariage, ſont parfaitement bien expliqués par M. le Brun, dans ſon traité des

BIU Cujas

ſucceſſions, liv. 3, ch. 8 ſect. 1, depuis le nombre 48 juſqu'au 60 : ainſi je n'en parlerai pas davantage, ſuivant la loi que je me ſuis preſcrite de ne point m'arrêter à traiter les queſtions que je trouve traitées par de bons auteurs, auſquels je ſuis bien aiſe de rendre juſtice. D'ailleurs je déteſte le vice des plagiaires, & je ne veux pas tomber dans le défaut que M. Cujas reproche aux docteurs ultramontains, & que l'on pourroit auſſi reprocher à pluſieurs François, *in re facili multi, in difficili muti.*

DES RENONCIATIONS DES FILLES, ET DE LEUR RAPPEL.

QUESTION DOUZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le pere, donnant pouvoir à ſa femme d'augmenter les legs par lui faits à ſes filles, eſt cenſé les avoir rappellé.*
2. *Sentence arbitrale des avocats de Lyon, qui juge que les legs doivent être augmentés juſqu'à concurrence de la légitime.*
3. *Moyens des filles.*
4. *Moyens de l'héritier.*
5. *Avis de l'auteur en faveur des filles.*
6. *Menochius a traité du pouvoir laiſſé à un tiers*, arbitrio boni viri.
7. *Il y a de la juſtice de ne pas priver les filles de leur légitime.*
8. *Dans les parlemens de Toulouſe, Grenoble & Provence, les filles qui ont renoncé ont droit de demander un ſupplément de légitime.*
9. *Au parlement de Bordeaux la juriſprudence varie.*
10. *Dans les parlemens où l'on reſtitue les filles contre leur renonciation, le tems pour la reſtitution ne court pendant le mariage de la fille.*
11. *Il y a pluſieurs coutumes, qui accordent aux filles qui ont renoncé, un ſupplément de légitime.*
12. *Savoir ſi une fille de Lyon peut demander un ſupplément de légitime ſur les biens de ſon pere ſitués en Dauphiné.*
13. *C'eſt une maxime certaine, que les ſtatuts qui privent les filles du ſupplément de légitime, ſont de droit étroit.*
14. *Diſtinction entre les renonciations légales & les conventionelles.*
15. *M. d'Argentré dit, qu'il faut une renonciation expreſſe aux biens ſitués ailleurs.*
16. *M. le Brun deſire une dérogation aux coutumes contraires.*
17. *L'auteur des obſervations eſtime qu'il faut une dérogation expreſſe à la coutume qui admet le ſupplément.*
18. *L'action du ſupplément de légitime, eſt une action perſonnelle, qui s'étend ſur tous les biens, quelque part qu'ils ſoient ſitués.*
19. *Le lieu où le contrat de mariage a été paſſé, n'eſt pas conſidérable en cette occaſion.*
20. *Si, dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, les filles qui ont renoncé, peuvent demander un ſupplément de légitime.*

QUESTION XII.

Si le pere donnant pouvoir à la mere d'augmenter la conſtitution des filles qui ont renoncé, les rappelle par ce moyen ; & ſi l'augmentation doit être faite à concurrence de la légit ime.

IL faut préſuppoſer pour l'hypothéque, que Noel Moulin ayant de ſon vivant colloqué quelques-unes de ſes filles en mariage, & fait renoncer icelles à ſes biens, moyennant la conſtitution à elle faite ; depuis par ſon teſtament fait pardevant Perrot, notaire royal à ſaint Eſtienne de Furan, le 12 d'octobre 1628 leur auroit fait un légat particulier en ces termes : Item, donne & legue, & par droit d'inſtitution particuliere, délaiſſe à Jeanne Moulin ſa fille, femme d'honorable Chriſtophe Pion, marchand dudit ſaint Eſtienne, la ſomme de quinze cent livres, outre ce qu'il lui avoit ci-devant donné & conſtitué en dot, & du depuis par autre donation ; & ce pour tout ſupplément des droits de nature & légitime, & autres prétentions qu'elle pourroit avoir & prétendre en ſes biens & hoirie,

BIU Cujas

après ſon décès, la faiſant audit légat ſon héritiere particuliere.

Item, donne & légue, & par droit d'inſtitution particuliere, délaiſſe à Antoinette Moulin ſon autre fille, femme d'honorable M. Pierre Allard, greffier dudit ſaint Eſtienne; à Jeanne Moulin la jeune ſon autre fille, femme d'honorable maître Hugues Pierre-Fort, Sécretaire du domaine du comté de Forêts; & à Jean Moulin ſon fils, marchand, demeurant à Toulouſe, à chacun d'eux la ſomme de cinq mille livres, & ce pour tous les droits de nature & légitime, & ſupplément d'icelle, que leſdites filles & ſondit fils pourroient prétendre en ſes biens & hoirie, conſidération faite par icelui teſtateur, qu'il a ſuffiſamment doté ſes filles lorſqu'il les a colloquées en mariage avec leſdits ſieurs Allard, & Pierre-Fort ſes gendres, & ledit Jean ſon fils, par le moyen de la donation qu'il lui a faite ci-devant de la ſomme de 4000 livres, pour leurſdits droits de nature & légitime.

Juſques-là le teſtateur n'avoit point paſſé les termes de notre premiere queſtion, tellement qu'il n'y auroit eu, ce ſemble, aucun doute, ſans la ſuite du teſtament. Mais après leſdits légats & autres, ledit teſtateur auroit nommé & inſtitué ſon héritiere univerſelle dame Jeanne Bory ſa femme; à la charge de payer ſes dettes, légats & frais funéraires, & qu'elle ſeroit tenue de laiſſer l'hoirie & ſucceſſion d'icelui teſtateur, à l'un ou pluſieurs de leurs enfans communs, tel ou tels que bon à elle ſembleroit choiſir ou élire, & ce dans neuf ans après le décès dudit teſtateur. Et de plus il auroit fait mettre cette clauſe, qui eſt ſeule cauſe du differend :

1 Lequel teſtateur veut & entend, & donne pouvoir à ſadite héritiere, en faiſant ladite nomination d'héritier, d'augmenter les légats par lui faits à ſes autres enfans, qui ne ſeront nommés héritiers ou héritieres, de telles ſommes de deniers qu'elle verra bon être, payables aux termes qui ſeront par elle arbitrés, ou leur bailler de ſes biens, meubles ou immeubles, telle portion qu'elle verra, au lieu de la ſomme qu'elle leur pourroit bailler: la chargeant expreſſément de faire ladite augmentation de ce qu'elle verra bon être, & que celui ou ceux qui ſeront par elle nommés pour héritiers, ſeront tenus de payer ou acquitter toutes ſes dettes, frais funéraires & légats par lui ci-deſſus faits, & augmentation d'iceux, qui ſera faite par ladite Bory, ſi aucune y en a.

Enſuite de ce teſtament, ladite Bory héritiere, par acte du 19 juin 1630, nomme pour héritier en la ſucceſſion du mari, Noel Moulin leur fils commun, aux charges & conditions portées par ledit acte, & entr'autres de payer les legats contenus au teſtament du pere, au profit de Jeanne Moulin l'aînée, Antoinette Moulin, Jeanne Moulin la jeune, & à Jean & Jacques Moulin : Outre leſquels légats icelle Bory baille en augmentation d'iceux, à chacun deſdits Jean & Jacques Moulin, la ſomme de quinze cent livres; auſdites Jeanne l'aînée, Antoinette & Jeanne Moulin la jeune, à chacune d'elles la ſomme de deux cens livres.

De laquelle augmentation ne s'étant contentées, & y ayant eu procès formé, les parties auroient
2 paſſé compromis, & nommé pour arbitres, des avocats de Lyon, qui par ſentence arbitrale du 8 novembre de la même année 1630, auroit jugé & arbitré que les légats faits auſdites Jeanne & Antoinette Moulin demandereſſes, par ladite Bory leur mere, contenus en l'acte de nomination d'héritier, ſeroient augmentés juſques à la valeur de leurs légitimes ès biens de leur défunt pere, en précomptant ce qu'elles avoient déja eu; pour raiſon de laquelle augmentation les parties nommeroient & conviendroient de prud-hommes, ou autrement ſe pourvoiroient ainſi qu'elles verroient bon être.

Avant que de venir à l'appel de cette ſentence, & rapporter l'arrêt intervenu ſur icelle, il ſera à propos d'examiner les droits des parties, & de rapporter les principales raiſons, ſur leſquelles les arbitres ont pu faire fondement.

Moyens des demandereſſes.

Leſdites ſœurs Moulin demandereſſes en expé- 3
dition de leurs légitimes, ſous l'offre de rapporter ce qui avoit été par elles reçu, pouvoient remontrer,

Que ſi elles avoient renoncé, & par ce moyen étoient excluſes de la ſucceſſion paternelle, l'obſtacle de la renonciation avoit été levé par celui qui en avoit le pouvoir, ſçavoir, par le pere même, qui les avoit rappellées par ſon teſtament, & par une volonté ſi expreſſe, qu'elle étoit réiterée en trois divers endroits du teſtament : au premier deſquels il dit qu'il veut, entend & donne pouvoir à ladite Bory, faiſant le choix d'un héritier, d'augmenter les legs des autres enfans qui ne ſeront nommés héritiers : au ſecond, il la charge expreſſément de faire l'augmentation : & enfin, il veut que l'héritier nommé paye les legs par lui faits, & l'augmentation d'iceux qui ſera faite par ladite Bory.

Deſquels termes & des autres précédens, il faut inférer que la mere étoit chargée d'un double fideicommis, l'un univerſel envers tous les enfans, ou l'un d'eux, pour la remiſe de l'hérédité : & l'autre particulier envers leſdits enfans qui ne ſeroient héritiers, pour l'augmentation de leurs legs : car ces mots, entend, charge, ou enjoint, portés par ledit teſtament, ſont de vrayes marques d'un fidéicommis, §. *ult. inſtitut. de ſing. rebus per fideicomm. relictis, l. etiam hoc modo, & eo modo, ff. de legat.* 1. Tellement que la mere voulant s'acquitter du fideicommis univerſel, a dû pareillement ſatisfaire au particulier.

Ce qu'on ne peut dire qu'elle ait fait à l'égard des demandereſſes, en leur donnant pour augmentation une ſomme ſi modique. Car encore que ce fideicommis particulier & pouvoir d'augmenter les legs, ſoit referé à la volonté de la mere, il ne faut pas croire pourtant qu'il dépendît abſolument d'elle, & qu'il lui fût libre de donner plus ou moins; parce que c'eſt une maxime certaine en droit, que le legs ou fideicommis *in alienam voluntatem expreſſam, ſimplicem vel nudam conferri non poteſt, l. nonnumquam, juncta gloſſa in verbo voluntatem, ff. de condit. & demonſtrat.* Ce que les docteurs tiennent pour regle aſſurée; même Bartole ſur la loi *utrum ita, §. cùm quidam, ff. de rebus dubiis*, dit expreſſément que la ſubſtance du legs ou du fideicommis ne peut être commiſe à la volonté d'autrui, & que le teſtateur ne peut déférer que l'élection : & quand les autres diſent que la libre élection n'eſt pas ſeulement permiſe, mais encore que le legs ou fideicommis peut être valable *in alterius arbitrium collatum*, c'eſt toujours avec cette limitation, que ce pouvoir doit être entendu *pro boni viri arbitrio.* Le juriſconſulte Ulpien le décide en ces termes formels pour cette queſtion, en la loi 1 *ff. de legat.* 2 : car parlant d'un légat fait à des pupilles, *arbitrio tutorum*, il ne le rejette pas, mais au contraire, il dit qu'il n'y a condition ni dilation qui le retarde, *cùm placeat in teſtamentis legatum in alterius arbitrium*

BIU Cujas

collatum pro viri boni arbitrio accipii ; en paſſant plus outre, il réſout que ſous cet arbitrage demeure exprimée une quantité compétente *pro viribus videlicet patrimonii*. Ce que le même juriſconſulte confirme *in l. fidei commiſſa*, § *quamquam*, *ff. de legat.* 30 : car ayant décidé que le legs ou fideicommis délaiſſé ſous cette condition abſolue, *ſi voluerit*, n'eſt point dû ; il dit au contraire qu'il eſt dû, s'il eſt laiſſé de la ſorte : *ſi fueris arbitratus, ſi putaveris, ſi æſtimaveris, ſi utile tibi viſum fuerit vel videbitur*. Il en rend cette raiſon : *non enim plenum arbitrium voluntati hæredis dedit, ſed quaſi viro bono commiſſum relictum*. C'eſt pourquoi il faut diſtinguer *inter arbitrium plenum, & arbitrium viri boni*, comme remarque Cujas, *lib. 2 obſervat. cap. 2* : ſi bien que le légat étant nul, qui dépend abſolument de la volonté d'autrui ; au contraire celui-ci ſubſiſte, par lequel l'héritier ou autre tierce perſonne doit faire l'office de prud'homme : *plurimun enim intereſt utrum in poteſtate ejus quem teſtator obligari cogitat, faciat, ſi velit dare ; an poſt neceſſitatem dandi, ſolius diſtribuendi liberum arbitrium concedit, d. l. fideicommiſſa libertas 46 ff. de fideicomm. libertate.*

C'eſt-à-dire que l'héritier ou autre que le teſtateur nomme par honneur arbitre du légat, n'a pas un pouvoir abſolu, puiſqu'il le doit arbitrer, *pro viribus patrimonii* ; ou s'il ne le fait, qu'on peut recourir au juge qui doit ſuppléer à ſon défaut. C'eſt pourquoi, quand il eſt dit en droit *pro viri boni arbitrio*, cela ſe doit entendre du juge, *l. continuus, paragraph. cùm ita, ff. de verbor. obligat.* quoiqu'il en ſoit, il faut recourir à lui pour parvenir à une juſte liquidation par experts, *l. in perſonis paragraph. generaliter, ff. de regulis juris.*

D'où s'enſuit que la mere chargée d'augmenter les légats des enfans, a du faire cette augmentation *pro boni viri arbitrio, pro viribus patrimonii*, & à concurrence de leurs légitimes ; ce que n'ayant pas fait, puiſqu'elle n'a donné qu'une ſomme légere, qui n'approche pas d'un juſte ſupplément, les juges ſont obligés de faire ſon office, & ſuppléer à ſon défaut, apparoiſſant, comme dit eſt, d'une volonté claire & certaine du teſtateur, laquelle d'ailleurs il faudroit étendre par le ſentiment de la nature, & dire avec Papinien, *in l. unum ex familia paragraph. ſi omiſſa, ff. de legat. 2o : rectè datum, licet minus ſcriptum* ; puiſqu'il s'agit de la légitime déférée par la loi, non par la diſpoſition du pere de famille, & laquelle en effet eſt une dette naturelle d'autant plus favorable, que les demandereſſes ne peuvent emporter chacune d'elles qu'un douziéme ; au lieu que le défendeur, héritier nommé par la mere, de douze portions d'une ample hérédité, en emporte ſept.

Pouvoient encore ajouter les demandereſſes, que le pere avoit entendu leur donner un ſupplément entier, mais qu'il ne l'avoit pu faire lui-même ; & que s'il falloit rechercher la cauſe pourquoi lui-même n'avoit fait la liquidation de la légitime, & du ſupplément d'icelle, il étoit facile de la tirer de ce qu'il ne nommoit ſon héritier, mais délaiſſoit au pouvoir de la mere de le choiſir entre pluſieurs ; tellement que ne pouvant ſçavoir au vrai celui qui ſeroit par elle nommé, il ne pouvoit auſſi faire préciſement l'augmentation des légats de ceux qui ne ſeroient nommés héritiers, & le pouvoient être ſeuls, ou par partie.

Exceptions du défendeur.

4 L'héritier nommé diſoit au contraire, que le teſtament du pere ne portoit pas un rappel formel : car au contraire, il veut que les filles ſe contentent des légats à elles faits, & ne puiſſent prétendre autre ſupplément, *conſidération faite*, dit-il, *qu'il les avoit ſuffiſamment dottées*. S'il a donné pouvoir à ſa femme d'augmenter leſdits légats, il a remis pareillement à ſon arbitrage la ſomme pour laquelle l'augmentation ſeroit faite, & en autant d'endroits qu'il en a parlé, il a toujours dit *que ce ſeroit pour la ſomme que la mere verra bon être* : de ſorte que la charge eſt bien expreſſe pour l'augmentation, mais ſans aucune limitation de la quotité, qui eſt au choix de la mere.

Ce que le défendeur diſoit être permis de droit ; car ſi la ſubſtance du legs ne peut être remiſe à la volonté de l'héritier, ſi on ne peut léguer de cette ſorte, *ſi hæres voluerit* ; l'élection toutefois ou la quotité du legs peut bien être déférée audit héritier, ou à un tiers. Car en ce cas la ſubſtance du legs ne dépend pas abſolument de la volonté d'autrui, mais de la ſeule quantité. En la loi même 1 *ff. de legat.* 2, que les demandereſſes alléguent pour elles, le juriſconſulte ſemble approuver *legatum in alterius arbitrium collatum*, par forme de condition : ce que Monſieur Cujas, au lieu cotté, dit équipoler à la condition, *ſi in Capitolium hæres aſcenderit* ; puiſque l'évenement de l'un & de l'autre dépend de la volonté d'un tiers, étant auſſi-bien au choix de l'héritier de ne monter au Capitole, comme de ne donner le légat.

En la loi *Senatus, ff. de legat.* 1. Ulpien donne une autre diſtinction ; il dit : *legatum in aliena voluntate poni poteſt, ſcilicet tertii, in hæredis non poteſt*. Tellement que la mere n'étant héritiere, n'ayant eu qu'un ſimple dépôt honoraire, puiſque l'héritier fiduciaire n'eſt qu'un gardien & dépoſitaire de l'hoirie pour un certain tems ; il s'enſuit que la diſpoſition des légats, & à plus forte raiſon la ſeule quotité d'iceux, a pû être déférée à la volonté de la mere. Cette diſtinction eſt fondée ſur ce qu'on ne préſume pas que l'héritier voulût être obligé, ſuivant la loi *ſub hac, ff. de action. & obligat. ſub hac conditione : ſi volam nulla ſit obligatio* ; mais pour un tiers qui eſt déſintereſſé ; la diſpoſition du légat lui peut être accordée plus facilement, comme à une mere, à laquelle le pere confie le ſecret de ſa volonté, & lui en remet l'exécution.

C'eſt pourquoi *in l. 14, ff. de dote prælegata*, un teſtateur ayant remis à un tiers de regler la dot de ſa fille, *providebit tradi Pollianus ſciens mentem meam*, le juriſconſulte dit qu'il falloit s'en tenir à ſon témoignage : d'où les docteurs inferent que le pere peut déclarer par autri & par un ſeul, la quantité de la dot, & diſent qu'il y a bien de la différence entre remettre la diſpoſition d'une choſe à la volonté d'autrui, ou en confier & recommender le ſecret à un ami, qui certain de la volonté, la puiſſe déclarer en tems & lieu, comme on peut apprendre d'Alciat, 2 *Parergon. cap.* 19, & du cardinal Mantica. *lib. 3 Conjecturarum, tit.* 1.

Voire même, bien qu'on ne puiſſe remettre au choix de l'héritier la ſubſtance du légat, on peut toutefois remettre le terme du payement : *quamquam autem in hæredis arbitrium conferri an debeatur non poſſit, quando tamen debeatur conferri poteſt*, comme il eſt dit en la loi 46 § 4. *ff. de fideicomm. libertat.* d'où le défendeur tiroit cette conſéquence, que ſi le tems, qui fait partie de la dette, parce que celui qui doit aujourd'hui, doit plus que celui qui ne doit que dans un an, peut être remis au choix de l'héritier, par indentité de raiſon, la quotité du légat peut auſſi dépendre de ſa volonté, *ſecundum plus vel minus*.

Outre que le choix ayant été donné à une mere, il ne ſemble pas qu'on puiſſe reclamer de ſon ju-

BIU Cujas

gement; & ſi le legs conferé au vouloir & pouvoir d'un tiers, ſe regle par l'arbitrage d'un prud'homme, à quel arbitrage plus juſte peut-on recourir, qu'à celui d'une mere, qui eſt toujours portée d'une affection plus tendre envers ſes enfans, & de laquelle on ne peut préſumer qu'en bonne part, pour l'exécution de la volonté du pere.

Auſquelles raiſons, celles de demandereſſes ayant prévalu, la cour auroit confirmé la ſentence des arbitres par l'arrêt qui ſuit.

Arrêt de la Cour.

LOUIS par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au ſénéchal de Lyon ou ſon lieutenant, bailli de Forêts, ſes lieutenans généraux & particuliers à Montbriſon, premiers des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre ſergent ſur ce premier requis; SALUT. Comme le jour & date des préſentes, comparant judiciairement en notredite cour Noël Moulin, marchand, demeurant à ſaint Etienne de Furan en Forêts, fils & héritier de feu Noël Moulin ſon pere, vivant auſſi marchand audit ſaint Etienne, appellant d'une ſentence arbitrale rendue à Lyon par les juges arbitres, le 7 octobre 1630 d'une part, & Jeanne & Antoinette Moulin, femmes autoriſées par juſtice au refus de Chriſtophe Pion, & M. Pierre Allard, leurs maris, intimées, d'autre : ouis les Procureurs des parties, & ſans que les qualités leur puiſſent nuire ni préjudicier.

Chamillard, avocat pour l'appellant, voulant plaider, & déduire ſes moyens d'appel, Guérin avocat pour les intimées, a dit que l'appel eſt d'une ſentence arbitrale, intervenue ſur un compromis, auquel il y a 200 livres de peine, conſent néanmoins que Chamillard déduiſe ſes moyens d'appel, ſans préjudice de l'appel; & eux ouis ſur l'appel, auquel Chamillard a conclu, de ce que les Arbitres ont condamné ſa partie à augmenter un legs, juſques à la concurrence de la légitime, contre la diſpoſition du droit, & au préjudice des renonciations faites par les filles à la ſucceſſion du pere, en conſéquence de ce qu'il leur a donné en faveur de mariage, à ce qu'il ſoit dit mal-jugé, émendant, après ſes offres de payer aux intimées, à chacune, la ſomme de 200 livres, léguées par la mere, les intimées ſeront déboutées de leurs demandes, fins, concluſions, avec dépens.

Guérin pour les intimées, au contraire, que le pere a marié les intimées; & par ſon teſtament ayant inſtitué héritiere leur mere, l'a chargée de reſtituer ſa ſucceſſion à l'un de ſes enfans qu'elle voudroit nommer dans neuf ans; & outre lui a permis faire legs à tel des enfans qu'elle verroit bon être, deux ans après, elle a fait reſtitution de cette hérédité au profit du frere aîné, & a legué à ſes parties 200 livres, qui eſt une ſomme par trop modique. Que le premier moyen allegué par l'appellant, que ſes parties avoient renoncé par le moyen de la dot, cela eſt vrai; mais ſoutient que par le moyen du teſtament elles ſont rappellées, pour recevoir part de cette hérédité, par un legs qui ne peut être fait que juſques à la concurrence de la légitime qu'elles euſſent pû avoir de leur pere; laquelle étant de grande valeur, le legs fait par la mere eſt trop modique : partant ſoutient qu'il eſt bien jugé, demande dépens, & la peine pour avoir contrevenu au compromis.

Repliqué par Chamillard, que le pere ayant chargé la mere de telle ſomme qu'elle voudroit, cette option étoit en la volonté de la mere; conſéquement les juges ne l'on put étendre juſques à la légitime. Notredite cour a mis, & met l'appellation au néant, ordonne que ce dont eſt appellé ſortira ſon effet, ſans dépens de la cauſe d'appel; & en conſéquence de ce, a déchargé & décharge l'appellant du payement de la peine. Si vous mandons, à la requête des intimées, mettre le préſent arrêt à exécution, ſelon ſa forme & teneur : de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre parlement le 14 jour de juillet, l'an de grace 1631, & de notre regne le vingt deuxiéme. Signé, par la chambre, RADIGUES.

Avis de l'Auteur.

De cet arrêt on peut apprendre, que lorſque le pere par ſon teſtament, a expreſſément témoigné que 5
ſon intention étoit que les filles qui ont renoncé, ayent davantage, & qu'il n'a limité ce qu'il leur veut donner de plus; en ce cas il eſt cenſé avoir renoncé au bénéfice de leur renonciation, pour les rappeller au ſupplément de leur légitime : comme auſſi que s'étant remis à un tiers, comme à la mere, de faire l'augmentation telle que ce tiers jugera bon être, la quotité de ce ſupplément ne dépend pas entiérement de ſon arbitrage, pour le faire moindre, ou plus grand; mais que la mere eſt obligée de le donner *arbitrio boni viri*, c'eſt-à-dire, à proportion des biens & faculté de l'hoirie, *pro viribus patrimonii*, en obſervant un milieu, & l'équité qui toujours réſide en ce point. C'eſt ce que dénote l'Empereur *in l ultima, Cod. communia de legat.* car ayant dit en cas approchant : *an aliquod ei inducatur adjutorium ut viri boni arbitratu procedat electio*, il ajoute auſſi-tôt d'office, qu'il ſe faut tenir à une eſtimation modérée, qui tienne le milieu entre le trop & le moins. Et ne fait préjudice, la loi 14 *ff. de dote prælegata* : car outre qu'elle ſemble avoir été abrogée par la novelle 18 *in cap. 6.* comme remarque Godefroy; & que ſa diſpoſition eſt ſpéciale, *favore dotis*, ainſi que diſent quelques autres; il faut prendre garde qu'en l'eſpéce de ladite loi, le pere n'avoit remis la conſtitution & dot de ſa fille purement & ſimplement à l'arbitrage de ſon ami, mais que lui-même s'étoit ouvert, & avoit aſſez déclaré ſon intention par ces termes : *Sciens mentem meam in æqualibus portionibus, in quibus & sororem ejus tradidi :* de ſorte qu'au cas de ladite loi *non tam ſtatur ſcripto unius Polliani, quàm voluntati patris, qui apertè ſatis declaravit filias velle eſſe æquales in dote ſicut in hæreditate*, comme remarque fort bien Cujas en ſon commentaire ſur la même loi. Et en effet, en la loi *quem hæredis, ff. de rebus dubiis*, le juriſconſulte parlant du témoignage ou arbitrage d'un ſeul, pour la diſpoſition d'un légat, il déſire que le teſtateur ſe ſoit expliqué expreſſément, ou par quelques indices, *teſtatoris voluntas, ſi quibuſdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda eſt.*

Bref, la mere ayant eu le pouvoir d'un double fidéicommis, comme il a été prédit, & s'étant acquittée des deux, il faut remarquer que ſon miniſtere a été confirmé pour le regard de l'hérédité, parce que n'ayant que le choix d'élire *incertum ex certis*, il n'y avoit point de regle à preſcrire pour la quotité; mais pour le ſecond fidéicommis, qui conſiſtoit non-ſeulement en l'augmentation des legs, mais encore en la quantité, la cour a jugé que ce pouvoir ne devoit être cenſé indéfini, mais qu'il ſe devoit regler par la valeur des biens & ſupputation de la légitime, au ſupplément de laquelle le pere avoit viſé aſſez évidemment.

De la diſtinction, *pleni ſive abſoluti arbitrii, & boni viri arbitrii, ſive regularis, vide Menochium de arbitrariis judicib. lib. 1 quæſt. 8 & 9.* 6

OBSERVATIONS.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si la mere, à qui le pere a laiſſé la liberté d'augmenter la dot des filles qui ont renoncé, doit leur donner juſqu'à concurrence de la légitime.

L'Auteur, dans cette queſtion, rapporte un arrêt qui a confirmé une ſentence arbitrale, rendue par des avocats du préſidial de Lyon, qui ſemble avoir jugé le contraire de ce qui a été dit en la queſtion précédente, mais l'eſpece eſt bien différente. Dans cette derniere, il s'agiſſoit de ſavoir ſi le pere qui avoit inſtitué ſa femme ſon héritiere, à la charge de remettre ſon hoirie à celui de leurs enfans qu'elle voudroit choiſir, avec pouvoir de donner aux autres telles ſommes qu'elle verroit bon être, avoit entendu que la femme augmenteroit la dot des filles qui avoient renoncé, juſqu'à concurrence de leur légitime.

C'eſt ainſi que les arbitres avoient expliqué la penſée du pere, avec d'autant plus de raiſon, qu'il y a de la juſtice de ne pas priver les enfans de leur légitime; ce même arrêt eſt rapporté par M. Brodeau, ſur M. Louet, let. R, ch. 9, n. 3. 7

Si, dans les parlemens de droit écrit, les enfans qui ont renoncé, ont droit de demander un ſupplément de légitime.

C'eſt avec raiſon, que dans les parlemens de droit écrit, la renonciation des filles ne les exclut pas du ſupplément de légitime. Monſieur Maynard, liv. 4, chap. 19 & 20, Ferriere, ſur la queſtion 226 de Guy Pape, & Deſpeiſſes, tome 2, pag. 309 & 310, certifient que telle eſt la juriſprudence du parlement de Toulouſe; M. Catelan, tome 1, liv. 2, chap. 42, dit que les petits enfans, après le décès de leur mere, ont le même droit. 8

Monſieur de Saint-Jean, déciſion 89: Morgues ſur les ſtatues de Provence, pag. 239, 240, 241 & 242, Boniface, tome 2, liv. 1, tit. 20, aſſurent que c'eſt une juriſprudence conſtante en Provence, quoique la fille fût majeure lors du mariage, & que la dot fût raiſonnable pour lors, ſi depuis la fortune du pere eſt augmentée.

Autrefois l'on jugeoit la même choſe au parlement de Bordeaux, pour les pays de droit écrit de ſon reſſort, ſuivant le témoignage de M. Boyer, déciſ. 3, 62 & 188 de M. le Feron, & de M. Automne, ſur l'article 66 de la coutume de Bordeaux; mais la juriſprudence a changé, & l'on ſuit à préſent l'uſage du parlement de Paris, en fait de renonciation, ſuivant le témoignage de M. de la Peyrere, lettre R, nombre 38 & 46. Cependant ſur une cauſe évoquée de ce parlement en celui de Paris, il a été jugé en faveur du ſupplément, par arrêt du 3 mai 1664, rapporté dans le journal des audiences. 9

Dans les parlemens où l'on reſtitue les filles contre leurs renonciations, juſqu'à concurrence du ſupplément, il faut qu'elles reviennent dans les dix ans; mais la queſtion eſt, ſi le tems de la reſtitution doit être compté du jour du contrat de mariage, ou du jour du décès du pere, du mari ou de la femme. Morgues, pag. 242, eſtime que le tems ne court point contre la femme, pendant ſon mariage; il faut dire la même choſe en faveur de ſes enfans, tandis qu'ils ſont ſous la puiſſance de leur pere. 10

Il y a pluſieurs coutumes, comme Nivernois, Berry, Loris, Sens, qui accordent aux filles qui ont renoncé, un ſupplément de légitime. Dans ces coutumes, pour régler le ſupplément, l'on a égard aux facultés du pere au jour de ſon décès, ſuivant le ſentiment de Coquille, ſur l'art. 24 de la coutume de Nevers, au titre des droits des gens mariés. 11

Sur cela il peut ſe préſenter une queſtion fréquente & difficile. La ville de Lyon touche le Dauphiné, il n'y a que le Rhône entre deux, & même le fauxbourg de la Guillotiere, qui eſt au-delà du pont du Rhône, eſt dans le Dauphiné; cependant il eſt de la juſtice du préſidial de Lyon, & par conſéquent du reſſort du parlement de Paris. La plupart des bourgeois de Lyon ont des maiſons de plaiſance, des terres & des granges, c'eſt à-dire, des fermes, dans le Dauphiné; ſavoir ſi un bourgeois de Lyon, ayant fait renoncer ſa fille par ſon contrat de mariage, cette fille pourra prétendre un ſupplément de légitime ſur les biens de ſon pere, ſitués en Dauphiné. 12

Il n'y a point, parmi les docteurs, de maxime plus certaine & plus uniforme, que celle qui dit, que les ſtatuts qui privent les filles de la légitime ou du ſupplément d'icelle, ne reçoivent point d'extenſion, & ne comprennent point les biens ſitués ailleurs. C'eſt la doctrine de Balde, ſur la loi *cunctos populos*, *n.* 19, ſur la loi 2, *quæ ſit longa conſuetudo*, 13

BIU Cujas

& conſil. 85, liv. 3; mais il n'eſt pas beſoin de recourir aux docteurs ultramontains, dans une matiere de droit François, qui eſt traitée par nos auteurs. M. le Ferron, ſur l'art. 66 de la coutume de Bordeaux, laquelle exclut la fille qui a renoncé de tout ſupplément, dit que la prohibition de la coutume n'a point d'effet ſur les biens ſitués ailleurs : *fallit conſuetudo noſtra, ne habeat locum in bonis alibi ſitis; cùm ad bona extra territorium ſita ſtatutum non ſit extendendum.* C'eſt auſſi le ſentiment de M. Charles du Mou-
14 lin dans ſon conſeil 53, nombre 13 & 14, de M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 218, gloſe 6, nombre 27 & 28, & de M. Guy Coquille, dans ſes queſtions, chap. 131.

Les deux premiers auteurs limitent leur ſentiment à la renonciation portée par la coutume; mais quand la renonciation eſt conventionelle, ils diſent qu'elle étend ſon effet par-tout. M. d'Argentré deſire, que dans la renonciation, il ſoit fait mention des biens ſitués ailleurs, & que la coutume de la ſituation des biens ne ſoit pas contraire, *ſi modo renunciatio contineat de bonis ubicumque ſitis, & ſtatuta locorum non repugnent.*

15 M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, dans l'endroit ci-deſſus, n. 47, traite la queſtion par rapport à la coutume de Berry, qui admet le ſupplément : il dit que ce n'eſt pas aſſez que la renonciation s'étende aux biens ſitués ailleurs; il deſire encore une dérogation à toutes coutumes contraires. Pour moi je crois qu'il ne ſuffit pas d'une déro-
16 gation générale à toutes coutumes contraires, & qu'il faut une dérogation expreſſe à la coutume qui admet le ſupplément; parce que la diſpoſition d'une ſemblable coutume étant favorable, & pour ainſi dire de droit naturel, il ne devroit pas être permis d'y déroger; en tout cas cela ne peut ſe faire que par une dérogation expreſſe, comme
17 cela ſe pratique, à l'égard de la coutume de Normandie, dans les contrats de mariage paſſés à Paris. *A contrario*, ſi un habitant de Dauphiné a des biens à Lyon, ſa fille pourra-t-elle demander un ſupplément de légitime ſur les biens ſitués dans la province du
18 Lyonnois? Je ne crois pas que cette propoſition ſoit ſuſceptible de difficulté; parce que l'action de la fille, pour demander ce ſupplément, eſt une action perſonnelle, dont l'effet s'étend ſur tous les biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués.

Mais ſi le contrat de mariage, contenant la renonciation de la fille, a été paſſé à Lyon, cette fille pourra-t-elle demander un ſupplément de légitime, tant ſur les biens de Dauphiné, que ſur ceux de Lyon? Selon l'opinion de ceux qui tiennent qu'il faut régler toutes les clauſes des contrats de mariage, ſuivant la coutume du lieu où ils ont été paſſés, il faudroit dire que la fille eſt entierement excluſe; mais cette maxime n'eſt pas toujours vraie : en tout cas elle ne peut avoir lieu que pour les conventions qui ſe font entre les conjoints, & non à l'égard de celles qui regardent les tierces perſonnes. Or,
16 la renonciation de la fille ne concerne que ſon pere & ſes freres; ainſi j'eſtime que le lieu du contrat n'eſt ici d'aucune conſidération. C'eſt auſſi le ſentiment de M. le Brun, à l'endroit ci-deſſus cité, où il dit, que le contrat fait à Paris n'a pas plus de force à cet égard, que s'il étoit fait à Bourges, auquel cas la renonciation n'empêcheroit pas le retour à la légitime dans les biens de Bourges.

NOUVELLE OBSERVATION.

Si, dans les pays de droit écrit, du reſſort du parlement de Paris, les filles qui ont renoncé, peuvent demander un ſupplément de légitime.

DAns mes premieres obſervations ſur la queſtion 106 de ce livre, je me ſuis contenté de dire que dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, la fille qui a renoncé n'eſt pas recevable à demander un ſupplément de légitime, ſans en rapporter aucunes preuves : il y a des perſonnes qui ont trouvé à redire à cela, diſant que je n'étois pas un auteur aſſez grave pour en être cru ſur ma parole. Pour les contenter, je vais rapporter les arrêts qui ont établi cette maxime.

Cette juriſprudence eſt fort ancienne au parlement de Paris; M. Charles du Moulin, dans ſes notes ſur les conſeils d'Alexandre, vol. 3, *conſil.* 29, dit que la fille qui a renoncé, ne peut demander aucun ſupplément de légitime, quelque léſion qu'elle ſouffre; que cela a été ainſi jugé par un arrêt de 1605 rendu, toutes les chambres aſſemblées, le 7 ſeptembre de l'an 1532 : *ut etiamſi conſtet de enormi læſione, & quod pater vel mater dedit ei minùs legitimæ, non reſtituatur, nec ad ſupplementum legitimæ admittatur, & ita ſæpe vidi judicari, ut, per famoſiſſimum illud arreſtum, claſſibus congregatis, latum die 7 ſeptembris, anno 1532*

Il eſt rapporté par le Veſt, art. 9 : cet arrêt a infirmé une ſentence du bailli de Forêts, qui avoit admis les enfans d'une fille qui avoit renoncé par ſon contrat de mariage à la ſucceſſion de ſon pere, à demander leur légitime dans cette même ſucceſſion, en rapportant ce qui avoit été donné en dot à leur mere.

BIU Cujas

Ce même auteur en rapporte un autre du 7 juin 1585. Il eſt auſſi rapporté par M Montholon, art. 35, & par M. Loüet, lettre R, ſomm. 17. Par cet arrêt, la cour a confirmé une ſentence du ſénéchal de Lyon, qui avoit débouté une fille des lettres de reſciſion par elle obtenues contre la renonciation par elle faite à la ſucceſſion de ſes pere & mere, moyennant la dot à elle conſtituée, enſemble de la demande d'un ſupplément de légitime. La cauſe de cette fille étoit très-favorable; car la léſion étoit énormiſſime : Sa dot n'étoit que de 4500 livres, pour tous droits paternels & maternels, & la ſucceſſion de ſon pere étoit de 350000 livres, & celle de la mere, de 20000 liv. D'ailleurs, cette fille, lors de ſon mariage, n'étoit âgée que de 12 à 13 ans. Enfin, la renonciation n'étoit pas ſtipulée par le contrat de mariage, mais ſeulement par la quittance du payementde la dot. Auſſi, le procès fut partagé deux fois, en la premiere & ſeconde chambre des enquêtes, & départi en la troiſieme. Mais cet arrêt ayant été prononcé en robes rouges, il ſemble devoir ſervir de loi : En effet, depuis ce tems, cette juriſprudence a été ſuivie par tous les arrêts intervenus depuis. Ils ſont cités par M. Brodeau ſur M. Loüet, dans l'endroit ci-deſſus cité, nomb. 5.

La diſtinction entre la ſucceſſion échue & celle à écheoir, eſt ſuivie par-tout. La renonciation à une ſucccéſſion déja échue n'eſt pas valable, parce que le droit eſt acquis & certain. Il y a plus: quand la renonciation eſt faite tout enſemble à une ſucceſſion échue, & à une à écheoir, ſans aucune diſtinction, & *unico pretio*, elle eſt nulle pour les deux; mais ſi elle eſt faite pour des prix différens, elle eſt bonne pour la ſucceſſion à écheoir, & nulle pour celle échue. Cette juriſprudence eſt certaine, elle eſt établie par pluſieurs arrêts remarqués par M. Brodeau ſur M. Loüet, lettre R, chapitre dix-ſeptieme, nomb. neuf & dix

Cette diſtinction eſt ſuivie au parlement de Dijon, ſuivant les arrêts remarqués par M. Taiſand, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bourgogne, titre 7, article 21, note 1, 6 & 7.

Depuis, j'ai été conſulté ſur la queſtion, ſi la renonciation des filles les exclut du ſupplément de légitime dans la ville de Beſançon : J'ai répondu pour la négative. La queſtion eſt ſinguliere, ainſi je crois devoir rapporter la conſultation, pour entendre la diſtinction que je fais des pays de coutume & de droit écrit, & en faire l'application à la déciſion. Il faut obſerver 1°. que la coutume du comté de Bourgogne dit, que tous les cas qui ne ſont pas décidés par icelle, ſeront réglés ſuivant le droit commun. 2°. La ville de Beſançon ſe régle entiérement par le droit Romain.

Depuis, j'ai été conſulté ſur un procès qui eſt pendant au parlement de Beſançon, où parmi pluſieurs queſtions, celle-ci ſe rencontre; c'eſt pourquoi je crois devoir rapporter ici ma conſultation.

Le conſeil ſouſſigné, qui a vû l'édit du roi du mois de juillet 1707, fait pour la comté de Bourgogne, un projet de lettres de reſciſion, & le mémoire y joint,

Eſt d'avis, 1°. que quoique la communauté ou ſociété conjugale n'ait pas lieu de droit dans les pays de droit écrit, néanmoins il eſt permis de la ſtipuler dans les contrats de mariage, & en ce cas, elle ſe régle comme la communauté conjugale des pays coutumiers, c'eſt-à-dire, que la femme y a la moitié, & que les enfans du premier lit ſuccédent à ce genre de biens, auſſi-bien que les enfans du ſecond lit.

2°. La clauſe inſérée dans le ſecond contrat de mariage de damoiſelle Jeanne-Claude Baud avec le ſieur Bonne, portant, qu'au cas qu'il y ait des enfans de ce mariage, les enfans du premier lit de la demoiſelle Baud n'auront point de part aux acquêts qui ſeront faits pendant ce ſecond mariage, n'exclut les enfans du premier lit que du droit qu'ils auroient eû de leur chef dans ces acquêts; mais elle ne les exclut pas de pouvoir y prendre part dans la ſucceſſion de leur mere. Un exemple confirmera cette propoſition. Dans les pays de coutume, où la communauté conjugale a lieu de droit, ſi le ſurvivant des pere & mere ne fait pas faire un inventaire fidéle avec un légitime contradicteur, la communauté continue avec les enfans du premier lit, qui ont part aux conquêts faits pendant la ſeconde communauté, *jure proprio*, encore qu'ils renoncent à la ſucceſſion de leurs pere & mere. Quoique le ſurvivant faſſe inventaire, & que la premiere communauté ſoit diſſoute, & que les enfans n'ayent aucun droit de leur chef dans les conquêts de la ſeconde communauté, néanmoins ils y ont part en qualité d'héritiers de leur pere ou mere, parce qu'ils retrouvent ce genre de biens dans leur ſucceſſion.

3°. La clauſe inſérée dans les contrats de mariage de deux filles du premier lit, par laquelle il eſt dit qu'elles ne pourront rien prétendre dans les acquêts faits pendant le ſecond mariage, auſquels elles renoncent en tant que de beſoin, ne peut produire d'effets que pour exclure les deux filles du premier lit, de ſuccéder à ce genre de biens, mais elle ne les exclut pas d'y prendre leur légitime, ou le ſupplément.

Il faut diſtinguer entre les pays de coutumes & ceux de droit écrit: dans les premieres

BIU Cujas

la renonciation des filles par leur contrat de mariage, moyennant une dot certaine, les exclut non-seulement de la succeſſion de leurs pere & mere, mais même du ſupplément de légitime; mais dans les pays de droit écrit, une ſemblable renonciation n'exclut pas les enfans du ſupplément de légitime. C'eſt la juriſprudence certaine de tous les parlemens de droit écrit. Les arrêts du parlement de Toulouſe ſont rapportés par M. Maynard, liv. 4, ch. 19 & 20; M. Catelan, tom. 1, liv. 2, ch. 42; par Ferriere, ſur Guy Pape, queſtion 226; & par Deſpeiſſes, tom. 2, pag. 309 & 310.

Ceux du parlement de Grenoble ſont rapportés par M. Expilly, dans ſes arrêts, ch. 14, & par Chorier ſur Guy Pape, pag. 202.

Il y a un arrêt du parlement de Paris ſur un procès évoqué du parlement de Bordeaux, qui a jugé la même choſe. Cet arrêt eſt du 3 mai 1664, il eſt rapporté en forme, avec les moyens de part & d'autre, dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 6, ch. 30.

4°. A l'égard du tems requis pour obtenir des lettres de reſciſion contre une ſemblable renonciation, il faut diſtinguer entre les ſucceſſions échues, ou à écheoir. A l'égard des premieres, il faut ſe pourvoir dans les dix ans, du jour du contrat de mariage, ou de la majorité de la fille; mais à l'égard des ſucceſſions à écheoir, le tems de la reſtitution ne court que du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, parce qu'avant ce tems, les enfans ne peuvent demander ni légitime ni ſupplément, & ſuivant la régle commune des preſcriptions, *contra non valentem agere non currit præſcriptio.* L'édit du mois de juillet 1707, bien-loin d'être contraire à cette maxime, la confirme dans l'article ſecond, qui dit que les dix ans commenceront à courir du jour des contrats, & du tems où la crainte, la violence, ou autre cauſe légitime, empêchant la pourſuite de la reſciſion, auront ceſſé: or, la vie de la mere eſt une cauſe légitime, qui empêche les enfans de ſe pourvoir en ſupplément de légitime.

En France, l'action pour demander la légitime, ou le ſupplément, dure 30 ans, & cette preſcription ne commence à courir que du jour du décès de celui qui doit la légitime. C'eſt le ſentiment de M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 5, nomb. 105; & de M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 12, nomb. 13.

A l'égard du parlement de Bordeaux, j'ai dit qu'autrefois la renonciation des filles ne les excluoit pas du ſupplément de légitime, mais que la juriſprudence avoit changé, ſuivant le témoignage de Lapeirere.

Il faut diſtinguer entre les pays régis par les coutumes, & ceux régis par le droit écrit. Dans les derniers, la fille qui a renoncé, peut demander un ſupplément de légitime, ſuivant l'arrêt du 3 mars 1664, rendu au parlement de Paris, ſur un procès évoqué de celui de Bordeaux, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 6, ch. 30. lequel a été confirmé par un autre arrêt du 26 février 1666, rendu ſur la requête civile obtenue contre le premier: Ce dernier arrêt eſt rapporté par Soefve, tom. 2, cent. 3, chap. 63.

Au parlement de Dijon, on diſtingue entre les pays de coutume, & les pays de droit écrit. Dans les premiers, les filles qui ont renoncé, ne ſont pas capables de demander un ſupplément de légitime, ſuivant les arrêts remarqués par M. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, titre 7 des ſucceſſions, art. 21, note 6, à la fin.

Revel, ſur les ſtatuts de Breſſe, au titre de la renonciation en contrat de mariage, pag. 288, dit, qu'en Breſſe l'on ſuit les définitions de M. Favre, & que la fille qui a renoncé à une ſucceſſion échue ou à écheoir, eſt relevée de ſemblable renonciation; il diſtingue pourtant entre la fille mineure & la fille majeure: La premiere eſt reſtituée *ex quacumque læſione, modò prorsùs non ſit minima.* La ſeconde, *ex enormi & enormiſſimâ.* Cet auteur ajoute que la fille majeure lors de ſa renonciation, doit ſe pourvoir dans les dix ans, à compter, à l'égard des ſucceſſions échues, du jour de ſa renonciation, & pour les ſucceſſions à écheoir, à compter depuis le décès de celui à la ſucceſſion duquel elle a renoncé.

Collet, ſur les mêmes ſtatuts, liv. 5, pag. 178, col. 1, dit d'abord que la renonciation des filles qui ſe marient, aux ſucceſſions de ceux qui leur conſtituent leur dot, eſt très-favorable, & à moins que par-là elles ne préjudicient à la légitime qui leur eſt dûe, on les confirme toujours. Cependant dans la ſuite il diſtingue entre les ſucceſſions échues & à écheoir. A l'égard des premieres, il dit que l'on regarde ſi ce qui eſt donné eſt une juſte compenſation de ce qu'elles quittent; car s'il y a de la léſion, on les reſtitue aiſément. A l'égard des dernieres, il dit qu'elles ſont odieuſes; ainſi à la fin, il détruit ce qu'il a dit au commencement; cela m'engage à m'en tenir au ſentiment de Revel, qui, à mon ſens, doit toujours être préféré à Collet. Le premier eſt ſuccint, clair & déciſif; le ſecond eſt diffus, incertain & confus.

BIU Cujas

DES SECONDES NOCES.

QUESTION TREIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les ſeconde nôces ſont cauſe de la ruine des maiſons.*
2. *Etymologie du nom de beau-pere, & de belle-mere.*
3. *Le droit Romain prive celui qui ſe remarie, de tous les avantages à lui faits par le prédécedé.*
4. *Savoir ſi la mere perd la propriété des avantages à elle faits, incommutablement, ſans eſpérance de la recouvrer par le prédécès de tous ſes enfans.*
5. *Récit du fait.*
6. *Sentence du juge de ſaint Etienne, qui juge que la mere remariée reprend la propriété des avantages, après le décès de tous ſes enfans.*
7. *Sentence du bailli de Forêts, qui confirme la ſentence du premier juge.*
8. *Arrêt du 30 avril 1633, qui infirme leſdites ſentences, & juge que la mere après la mort de ſes enfans, ne reprend pas la propriété des avantages par elle perdue par ſon convol.*
9. *Raiſons de la mere, pour montrer qu'après le décès de tous ſes enfans, elle doit reprendre la propriété des avantages.*
10. *Raiſons contre la mere.*
11. *L'édit des ſecondes nôces n'a point dérogé à la diſpoſition du droit civil.*
12. *Dans les parlemens de droit écrit, la mere, après le décès de tous ſes enfans, reprend la propriété des avantages.*
13. *Il n'y a point de bonnes raiſons pour empêcher que la mere ne reprenne dans la ſucceſſion de ſes enfans cette propriété.*
14. *Arrêts du parlement de Paris, qui jugent contre la mere.*
15. *Diſtinction de l'auteur des obſervations, entre l'augment & les autres avantages.*
16. *Dans le premier cas, la mere remariée ne ſuccède point à ſes enfans dans ce genre de biens.*
17. *Dans le ſecond cas, la mere ſuccède à ſes enfans dans la propriété de tous les avantages qu'elle avoit perdu par ſon convol.*
18. *La mere ne ſuccède à cette propriété, qu'après le décès du dernier de ſes enfans.*
19. *L'ayeule remariée ſuccéde à cette propriété, après le décès de tous ſes petits-enfans.*
20. *Eloge de M. Catelan.*
21. *Arrêt célebre du 19 août 1715, qui a jugé qu'un mari ne pouvoit pas remettre à ſa femme la peine des ſecondes nôces.*

CHAPITRE IV.

Des ſecondes nôces.

QUESTION XIII.

Si la mere qui ſe remarie perd la propriété des avantages à elle faits par le premier mari, dès-lors du convol, & ſans eſpoir de les gagner par le prédécès ab inteſtat. *des enfans du premier lit.*

JE ne veux pas tomber dans l'erreur de ceux qui condamnoient les ſecondes nôces; ſi c'eſt un mal que le ſecond mariage, c'eſt un mal en quelque façon néceſſaire, c'eſt par-là qu'on tâche de réparer le déſordre que la mort fait dans les familles, bref c'eſt une ſeconde ou derniere table après le
1 naufrage. Mais il faut pourtant avouer, que comme Dieu afflige les royaumes & les familles, quand il les laiſſe tomber ſous des chefs qui ſont en bas âge; de même les ſecondes nôces ſont la cauſe la plus commune dont l'auteur de la nature ſe ſert pour la ruine des maiſons, par quelque ſecret jugement de ſa providence, qui ne ſouffre pas qu'une ſucceſſion compoſée des dépouilles des mineurs, & enflée d'uſures, ſubſiſte long-tems; ou qui veut punir en la perſonne des ſucceſſeurs, le vice de ceux deſquels ils tiennent l'être & les biens.

Je me ſuis donc ſouvent étonné pourquoi par
2 un idiome commun, même dans notre province, nous donnons aux parâtres & marâtres le nom de beau-peres & de belle-meres; dont en ayant voulu rechercher la cauſe, j'ai crû que c'étoit par ironie; ou que, comme les Latins appellent la guerre *bellum quod minimè ſit bellum*, de même nous uſons par une anatonomaſie du terme de beau, où il n'y a rien de beau ni de bon; comme s'il ſuffiſoit d'adoucir le nom, pour

BIU Cujas

couvrir les troubles & les déſordres qu'un *vitric*, ou qu'une marâtre cauſe d'ordinaire, & que les Romains, les plus ſages politiques du monde, ont tâché de prévenir, en rendant le ſecond mariage odieux autant qu'il leur a été poſſible.

De fait, ayant peſé le ravage que les ſecondes nôces font dans les familles, ayant conſidéré qu'elles troublent même la nature, & lui font dépouiller ſes affections les plus tendres, il n'y a rien que les loix & conſtitutions ayent attaqué & condamné avec plus de ſévérité, afin d'arrêter le mal, ou du moins pour le rendre moindre.

3 Entr'autres peines introduites en haine de ceux qui ſe remarient, & ne changent de lit que pour changer d'affection, & ceſſer d'être peres ou meres avant que leurs enfans décedent, eſt la perte des avantages faits au ſurvivant par celui des conjoints qui prédécede; pour raiſon de quoi le droit Romain a toutefois varié, comme on peut apprendre de la loi *fœmina*, & de la loi *generaliter Cod. de ſecund. nup.* & des *Novell.* 2 & 22 *de Juſtin.* Ce qui a fait naître une controverſe aſſez importante; ſçavoir, ſi la mere convolant en ſecondes nôces, perd les avantages à elle faits, de telle ſorte que la propriété en ſoit dèſlors acquiſe & aſſûrée aux enfans du premier lit: ou ſi le droit demeure ſeulement ſuſpendu, & dans l'attente d'un évenement incertain du prédecès des enfans ou de la mere, pour être les avantages rendus aux enfans, s'ils ſurvivent; ou pour demeurer à la mere, s'ils décedent avant elle.

4 Ce doute produit des effets divers: car ſi la mere perd la propriété des avantages abſolument, & dès le moment qu'elle ſe remarie, & que par ce moyen elle ſoit dèſlors acquiſe aux enfans; il s'enſuit que leſdits enfans venant à décéder les premiers, ce n'eſt pas à la mere à qui les avantages reviennent, mais bien aux parens plus proches: au lieu que ſi la mere n'avoit pas abſolument perdu le droit de propriété, & qu'il fût demeuré tant ſeulement en ſuſpens, ce droit lui ſeroit pleinement acquis par le prédécès de ſes enfans, & à l'excluſion de leurs héritiers.

Cette queſtion a été ſouvent agitée au bailliage de Forêts, & notamment au procès d'entre Jeanne Eſcoffier, appellante de la ſentence rendue par le Juge de ſaint Etienne de Furan, le ſeptiéme octobre 1631, contre Romain Perichon, intimé, dont il eſt néceſſaire de préſuppoſer le fait, pour entrer enſuite dans les queſtions qui en naiſſent.

Recit du fait.

5 Gabriel Eſcoffier par ſon teſtament du 15 ſeptembre 1627, donne & legue par droit d'inſtitution particuliere à Jean Baptiſte, à autre Jean, à Leonarde, & au poſthume, ou poſthumes, dont Catherine Gaſcon ſa femme pourroit être enceinte, la ſomme de trois mille livres à chacun d'eux, pour tous les droits de nature, & légitime, & autres qu'ils, & chacun d'eux peuvent avoir & prétendre en ſes biens; & au réſidu de tous & chacuns les autres biens, meubles & immeubles, droits, raiſons, noms & actions, il inſtitue ſon héritiere univerſelle, & icelle nomme de ſa propre bouche, ladite Catherine Gaſcon ſa femme, à la charge de remettre l'hoirie dudit teſtateur à tel deſdits Jean-Baptiſte, autre Jean, Leonarde, poſthume, ou poſthumes, qu'elle jugera le plus capable de ladite charge: & où ladite Gaſcon viendroit à décéder, ſans faire la nomination & élection d'héritier, audit cas ledit teſtateur a nommé & nomme pour ſon héritier ledit Jean Baptiſte: auquel, venant à décéder avant l'âge de puberté, il ſubſtitue ledit Jean le jeune; & audit Jean le jeune, ladite Leonarde, ſans que lad. ſubſtitution puiſſe empêcher ledit Jean Baptiſte de pouvoir diſpoſer deſdits biens après ledit âge; lequel advenu, ledit teſtateur veut que ladite ſubſtitution demeure nulle & ſans effet, & ſans que ladite nomination faite de la perſonne dudit Jean Baptiſte par ledit teſtateur, puiſſe empêcher ladite Gaſcon d'avoir la diſpoſition libre, & de nommer celui de leurs enfans qu'elle voudra; auſquels enfans, attendu leur bas âge, a nommé & créé pour tutrice ladite Gaſcon ſon héritiere fideicommiſe, laquelle ne ſera tenue rendre compte à l'héritier qu'elle nommera, de l'adminiſtration qu'elle aura eue des biens & hoirie dudit teſtateur.

Etant icelui décédé en cette volonté, Catherine Gaſcon ſa veuve recueille ſa ſucceſſion, & quelque tems après convole en ſecondes nôces avec Romain Périchon; & là-deſſus le mal contagieux étant ſurvenu, tous les enfans que défunt Gabriel Eſcoffier premier mari avoit laiſſé, décedent auparavant leur mere, qui décede auſſi quelque mois après, & par ſon teſtament du 27 août 1629, inſtitue ledit Perichon ſon mari en ſeconde nôces, ſon héritier univerſel en tous & chacuns les biens à elle appartenans, & qu'elle peut délaiſſer au tems de ſon décès.

Après ce ravage cauſé par la violence de la contagion, que Tertullien, au livre de la nature de l'ame, appelle *Tonſuram inſoleſcentis generis humani, cùm oneroſi ſumus mundo* par le trop grand nombre des perſonnes, ou par le faix exceſſif de nos crimes; Jeanne Eſcoffier, ſœur du pere, & tante des enfans décedés avant la mere, fait aſſigner le ſecond mari pardevant le juge de ſaint Etienne, aux fins de lui relâcher, & délaiſſer tous les biens qui furent de Gabriel Eſcoffier, & à cet effet rapporter l'inventaire qui en avoit été fait. Contre cette demande Romain Perichon oppoſe le teſtament du pere, l'inſtitution faite au profit de la mere, & le prédécès des enfans; inférant de là que la mere inſtituée héritiere univerſelle, à la charge d'un fidéicommis envers les enfans, leur ayant ſurvécu, en étoit demeurée libérée, & par conſéquent avoit pû diſpoſer des biens, comme elle avoit fait au profit dudit Perichon.

La demandereſſe ſoutenoit au contraire, que la mere n'avoit été inſtituée vraie héritiere par le pere; que ce n'étoit qu'une inſtitution fiduciaire; & quand elle auroit été vraiement héritiere, qu'elle auroit perdu tous le droit qu'elle pouvoit avoir par ſon convol en ſecondes nôces, conſéquemment qu'e le n'avoit pû diſpoſer au profit d'un ſecond mari de l'hérédité du pere; mais ſeulement de la portion qu'elle pouvoit avoir recueillie par le décès de ſes enfans.

Sur cette conteſtation intervint la ſentence du premier juge du 6 octobre 1631, par laquelle Romain Perichon, pour raiſon de la demande contre lui faite de la ſucceſſion & hoirie de feu Gabriel Eſcoffier, eſt renvoyé des fins & concluſions de la demandereſſe, ſauf & ſans préjudice des droits à elle appartenans ès légitimes des enfans de défunt Eſcoffier & de ladite Gaſcon, deſquelles légitimes les portions immobiliaires lui ſont adjugées, les mobiliaires demeurant audit Perichon héritier de la mere, & ordonné que pour la liquidation de ces portions, les parties articuleroient la quantité des biens délaiſſés par feu Gabriel Eſcoffier à ſon décès, dépens compenſés. 5

BIU Cujas

Sentence du Bailli.

Jeanne Eſcoffier ayant appellé de cette ſentence, & relevé ſon appel au bailliage de Forêts, intervint autre ſentence du dernier mars 1632, par laquelle il fut dit que ce dont étoit appel, ſortiroit ſon plein & entier effet, avec dépens de la cauſe d'appel : Ce qui obligea ladite Eſcoffier d'appeller encore à la cour, tant par mon avis, que par celui des avocats de Paris, où les mêmes queſtions touchant l'inſtitution de la mere, & la forme d'icelle, & la peine des ſecondes nôces pour la perte ou ſuſpenſion des avantages faits à la
8 mere ayant été agitées, intervint arrêt du trentieme avril mil ſix cens trente-trois, par lequel, la cour ayant mis l'appellation & ſentences, deſquelles étoit appellé, au néant, en émendant, condamna Romain Perichon à rendre à Jeanne Eſcoffier, appellante, comme héritiere de Jean-Baptiſte, d'autre Jean & Leonarde Eſcoffier, ſes neveux & niece, & du dernier décédé d'iceux, tous les immeubles de Gabriel Eſcoffier, & en reſtituer les fruits, du jour du décès de Catherine Gaſcon, les biens mobiliers demeurans audit Perichon, ſuivant le teſtament de ladite Gaſcon, du 27 août 1629.

Ainſi, par cet arrêt, donné en la quatrieme chambre des enquêtes, au rapport de monſieur Maynardo, & dont je rapporte ici la teneur au vrai, la cour a jugé de deux choſes l'une : Ou que la mere n'étoit vraie héritiere, & n'avoit eu qu'un dépôt fiduciaire des biens du pere, ou que ſi l'hérédité lui avoit été acquiſe, elle en avoit perdu la propriété en ſe remariant; & par conſéquent, que cette propriété ayant été acquiſe aux enfans, ils l'avoient transférée à leur héritiere plus proche, à la réſerve de ce que l'édit des meres leur attribue pour leur légitime en la ſucceſſion des enfans. Mais parce que je n'ai jamais cru que le contredit de l'inſtitution, laquelle paroît en ces termes vraiment directe en faveur & au profit de la mere, ait emporté la balance du jugement ; & parce qu'auſſi je me réſerve de traiter ailleurs cette queſtion, je m'arrêterai à la diſcuſſion de la queſtion deuxieme, touchant la perte des avantages par le convol en ſecondes nôces, ſur laquelle je m'étois auſſi principalement étendu, ayant écrit au procès, devant le bailli de Forêts, pour l'appellante.

Raiſons de la mere.

On pourroit donc remontrer pour la mere, que
9 par la diſpoſition de la loi *fœminæ*, *C. de ſecundis nuptiis*, les femmes qui ſe remarient, ne perdent pas irrévocablement les avantages du premier lit; qu'elles ſont ſeulement obligées de les conſerver aux enfans de ce premier lit, que même cette loi leur donne pouvoir d'en élire un; & que tous les enfans décédans plûtôt que la mere, *ſi nullam ex priore matrimonio habuerit ſucceſſionem*, c'eſt-à-dire, *nullos liberos, ſi nati nativè deceſſerint, omne quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciſcendi dominii, & teſtandi circa quæ voluerit, liberam habeat facultatem*, dit le texte de la loi préalléguée, laquelle en cela n'eſt point corrigée par la loi *generaliter*, puiſqu'elle n'oblige la mere qu'à réſerver ſes avantages aux enfans du premier lit; & ſi elle ſemble leur attribuer la propriété, cela ne ſe doit entendre qu'en ſurvivant à la mere; parce qu'en effet, c'eſt à la ſeule faveur des enfans, & à cauſe de l'injure qui leur eſt faite, que la mere eſt excluſe de la propriété des avantages du premier mari. Ce que les nouvelles conſtitutions de Juſtinien expliquent plus clairement, tant s'en faut qu'elles dérogent pour cela à la loi *fœminæ*. Car en la novelle ſeconde, *de non eligendo ſecundò nubente*, l'empereur décidant que la mere qui ſe remarie, ne peut aliéner les avantages que le premier mari lui a fait, & que l'aliénation eſt révocable, il ajoute auſſi-tôt ; pour lever le doute qui en pourroit naître, *nec hoc omnibus modis, ſed in ſuſpenſo eſt alienatio, & evacuatio manet. Nam ſi manſerint ſuperſtites filii, evacuabitur omninò quod factum eſt : ſi verò præmoriantur omnes matris filii, erit contractus firmus.*

De meme, en la novelle 22 *de nuptiis*, au chapitre 26, § *ſi verò*, l'empereur confirme ce qu'il avoit déjà décidé : *Si verò*, dit-il, *moriantur omnes, & rursùs ad orbitatem cauſa veniat, tunc ex effectu ratum erit quod alienatum eſt.* Il en rend cette raiſon, ſçavoir, que la peine des ſecondes nôces & la révocation de la propriété, n'ayant été introduite qu'en faveur des ſeuls enfans du premier lit, & non en conſidération d'autres perſonnes, il n'y a pas lieu de s'en ſervir, lorſque les enfans ſont tous décédés avant leur mere; que le motif des loix ceſſant par le prédécès deſdits enfans, la peine qu'elles ont introduite doit auſſi ceſſer : *Quis enim hoc etiam infringat, filiis, quibus videlicèt ſolis hoc ſervavimus, non exiſtentibus.* Et au § *ſed hic quidam*, l'empereur paſſe plus avant, & fait diſtinction de trois cas : ſçavoir, ſi tous les enfans ſurvivent à la mere, auquel cas la propriété eſt entiérement perdue pour elle; l'autre, s'il n'y a pas un des enfans qui ſurvive, en ce cas, la propriété demeure pour le tout & ſans diminution à la mere, comme au fait de la controverſe. Le troiſieme cas que l'empereur ajoute par une déciſion particuliere & de nouvelle juriſprudence, eſt que ſi quelqu'un des enfans décéde, les autres ſurvivans à la mere, en ce cas, la mere perd la propriété, pour le regard des portions des enfans qui reſtent, mais pour la portion que celui qui eſt décédé avant elle y pouvoit prétendre, elle y prend part ſelon la ſtipulation de ſon contrat de mariage, *in caſum exiſtentium liberorum.* Delà il conclut que l'aliénation eſt en ſuſpens, & dépend de l'événement, pour être nulle pour le tout, ſi tous les enfans ſurvivent, ou valable pour le tout, ſi tous les enfans meurent avant la mere; ou valable en partie, & révocable pour l'autre, ſi quelqu'un des enfans meurt avant la mere, les autres ſurvivans : *unde alienatione factâ, manet cauſa in ſuſpenſo, ſequentibus committenda fortunis, & aut perfectè valente, aut particulatim quidem infirmandâ alienatione, particulatim verò conſtante.*

Que ſi du droit Romain il faut paſſer au droit François, la mere pourroit dire qu'il eſt encore plus exprès pour elle. Car comme en la loi *generaliter*, les empereurs obligent ſeulement la mere à réſerver les avantages du premier lit, auſſi l'édit des ſecondes nôces a uſé du même terme de réſerver : Elles ſeront tenues de réſerver aux enfans communs d'entre elles & leurs maris, de la libéralité deſquels iceux biens leur ſeront avenus. C'eſt ainſi que parle l'édit, qui partant préſuppoſe la ſurvivance des enfans ; car autrement, étant premiers décédés, la mere ne leur peut réſerver les avantages. C'eſt en effet le ſens de l'édit, & la cour l'a ainſi interprété par l'arrêt que M. Loüet rapporte en la lettre N, article 3, à l'avantage de la mere.

Raiſons contre la mere.

Contre elle on peut dire au contraire, que 10

BIU Cujas

ſans faire aucune diſtinction de la ſurvivance, ou du prédécès des enfans, c'eſt choſe aſſurée que le convol en ſecondes nôces fait perdre la propriété des avantages, & que dès-lors cette propriété eſt incommutablement & irrévocablement acquiſe aux enfans du premier lit; ce qu'on ne peut diſputer, ſans tourner le nez aux loix, & leur faire parler un langage qui répugne à leur intention & même à leurs propres termes. Car hors la loi *fœminæ*, qui eſt corrigée par les autres conſtitutions, elles ôtent toutes à la mere le droit de propriété, mais irrévocablement, & ſans eſpérance de revenir. La loi *generaliter* uſe d'une concluſion qui emporte une privation préciſe & abſolue : *Dominium autem rerum quod liberis ſervatur, ad liberos pertinere decernimus.* La loi *hâc edictali*, au § *his illud*, dit pareillement que la femme qui ſe remarie, perd la propriété des choſes données par le premier mari, *uſufructu duntaxat vitæ ſuæ temporibus potiatur, alienatione rerum penitùs interdictâ.* Et ſi la loi dit ſur la fin, que tous les enfans venant à décéder, *luctuoſum lucrum redit ad matrem*, ce n'eſt que pour les choſes mobiliaires, & encore *ſecundùm legum moderationem*, c'eſt-à-dire, pour la part que la mere gagne *ex caſu mortis liberorum, & propter pactum dotale.* Si ces mots *ſecundùm legum moderationem*, ont été ajoutés par Tribonien, comme quelques-uns préſument, c'eſt toujours pour montrer que le tout ne revient pas à la mere, & qu'il ſe faut tenir à la réformation des conſtitutions dernieres. De fait, la perte irrévocable des avantages eſt encore mieux établie par les novelles déja citées, deſquelles Irnerius, compilateur des autentiques, a tiré l'autentique, *ſed & ſi quis*, qu'il a inſérée après la loi *fœminæ*, comme dérogeant à icelle, mais avec des termes ſi clairs, qu'ils ne peuvent laiſſer aucun ombrage ſur ce point. *Sed & ſi quis ex his*, dit l'autentique, parlant des enfans d'une mere remariée, *præmoriatur abſque progenie, venit ad matrem dominium.* Voilà donc le rerour, mais non pas indéfini, non pas pour le tout; & c'eſt en quoi conſiſte la pierre d'achopement, d'autant que ce retour n'a lieu que pour la portion qui étoit acquiſe enſuite de la convention faite lors du mariage, *in caſum orbitatis redit ad matrem dominium, quantùm acquiritur ex pacto non exiſtentium liberorum* : ce que les termes ſubſéquens expliquent encore plus clairement : *reſiduum autem conceditur quibuslibet defuncti hæredibus ; ſi quid ergo ex his alienaverit, pro ſuprascriptâ portione confirmatur alienatio : quare ſi ſola hæres extiterit mater, in ſolidum ad ipſam redit, vel alienationem ſequitur.* D'où s'enſuit qu'à préſent, la mere ne ſuccédant aux enfans que pour les meubles, la propriété des avantages, qui conſiſtent en immeubles, ne lui revient point.

Que s'il faut quitter le ruiſſeau pour venir à la ſource, on trouvera la diſpoſition des novelles plus expreſſe; car en la novelle ſeconde, l'empereur dit nettement que la mere ayant convolé, *lucrum ante-nuptialis donationis, mox omnium filiorum proprietatem fieri*; & il ajoute que la jouiſſance ſimple demeure à la mere, & laquelle ſurvivant à la fille qu'elle avoit du premier lit, ne gagne que la portion qu'elle doit avoir *ex pacto non exiſtentium liberorum : Reliquum verò erit filiæ ; & moriens, hoc tranſmittet ad ſuos hæredes qui ex lege vocantur.* Si au § ſuivant, Juſtinien ſemble vouloir ſuſpendre l'effet de l'aliénation que la mere a faite, & rendre le contrat valable, en cas que les enfans meurent premiers; ce n'eſt pas pour le tout, au contraire, il reſtraint la ſubſiſtance & la force que le contrat prend *ex poſt facto*, à la ſeule portion que la mere gagne au défaut d'enfans, & en conſéquence de ce qui a été convenu pour ce cas : *ſi verò præmoriantur omnes matris filii, erit contractus firmus, non in totum, ſed ſecundùm pactum non exiſtentium liberorum.* C'eſt pourquoi l'empereur dit que le contrat ſera *pro parte firmus, pro parte infirmus*, & ajoute : *ſecundùm hoc quidem quod permanet apud matrem, occaſione pacti filiorum non exiſtentium valebit ; ſecundùm hoc verò quod tranſmittitur ad filii ſucceſſores, infirmus erit.* Ainſi par la déciſion de cette novelle, il eſt évident que la propriété des avantages que le convol de la mere acquiert aux enfans du premier lit, ne revient point à la mere par leur prédécès, mais demeure aux héritiers deſdits enfans, la portion que la mere gagne *ex pacto non exiſtentium liberorum*, retranchée.

La novelle 22 eſt auſſi forte pour exclure la mere du droit de propriété, & de la réverſion des avantages qu'elle a une fois perdus. Car au ch. 23, après que l'empereur a dit que la mere ayant offenſé ſes enfans par un ſecond mariage, *tunc omni largitate ad eam deveniente, lex eam ſecundùm proprietatis privat partem, ſolum ei derelinquens uſufructum.* Il paſſe plus avant, & pour rendre ſa déciſion hors de doute & générale, il dit encore : *Et generaliter dicendum eſt, quòd omnis deſerit eam proprietatis modus, in iis quæ à priori viro in eam venerunt, & filii ea percipient, & proprietatis erunt domini, ſecundùm tempus mox quò mater conjuncta eſt alio viro* ; ſi bien que cette propriété irrévocablement perdue, n'eſt plus réverſible à la mere, bien qu'elle ſurvive, ſi ce n'eſt pour la portion qu'elle doit gagner *ex morte liberorum*, & par la convenance du contrat de mariage. Et encore que ladite conſtitution porte au ch. 26, que tous les enfans venant à mourir, l'aliénation des avantages peut être valable *ex effectu*, il ne faut pas le prendre indéfiniment, mais avec cette modification, que la mere ſoit héritiere des enfans, ou que l'aliénation demeure reſtrainte aux portions qu'elle a gagnées *ex pacto non exiſtentium liberorum.* De fait, l'empereur s'explique aſſez quand il dit enſuite, que l'un des enfans venant à décéder, la mere ne gagne que ſa portion, *ex caſu orbitatis, reliquum verò in filii venire ſucceſſores, ſive fratres ſint, ſive extranei.* Car ſi ayant encore des enfans, celui qui le premier décéde, peut, à leur excluſion, & celle de la mere, transférer ſa part des avantages par elle perdus, à des étrangers, pourquoi celui qui de tous ſurvit, n'auroit-il pas le même pouvoir ? pourquoi l'excluſion de la mere & des freres enſemble, ſeroit-elle plûtôt reçue que celle de la mere ſeule ? Pourquoi, l'un des enfans décédé, veut-on qu'il ait pû diſpoſer de la portion qui lui a été acquiſe par le convol de la mere; & que celui qui décéde le dernier n'ait pas le même droit, comme s'il n'y avoit pas moins identité de raiſon. Car la rigueur eſt plus grande, qu'un des enfans puiſſe diſpoſer de ſa portion en faveur d'un héritier étranger, quand il y a encore d'autres enfans avec la mere, que lorſque la mere reſte ſeule.

Donc, quand Juſtinien, parlant des enfans, à dit, *quibus ſolis hoc ſervavimus*, il n'a pas entendu parler de la totalité des avantages, mais ſeulement de la portion que la mere doit gagner *ex pacto non exiſtentium liberorum.* Car comme cette portion ne lui peut écheoir que par la privation de ſes enfans, ou de l'un d'eux, que c'eſt en leur perte qu'elle fait ce gain, *in luctus ſolatium*; auſſi c'eſt aux enfans ſeuls que cette portion eſt réſervée, & c'eſt pourquoi venant à manquer, elle demeure à la mere. C'eſt ainſi qu'il faut entendre Juſtinien; autrement il y auroit de la contradiction, & ce ſeroit en vain qu'il auroit dit que la diſtraction faite de la portion

BIU Cujas

tion gagnée par la mere *ex pacto non existentium liberorum*, le reste va aux héritiers de l'enfant, encore qu'étrangers; ce seroit inutilement qu'il ajoute encore sur la fin, que l'aliénation ne peut subsister, *secundum alias partes quæcumque ad filii hæredes veniunt.*

Sur quoi il faut remarquer que l'empereur donne pouvoir aux enfans detester & disposer des avantages que la mere a perdus, encore qu'elle survive, la seule portion qu'elle doit gagner *ex pacto non existentium liberorum*, exceptée; & c'est pourquoi, disant que les héritiers des enfans, *etiam extranei*, auront le surplus, il use de cette parenthèse, *quod maximè contingit in matre*; à cause, comme l'explique le docte Cujas, que la mere vivant, les enfans, *quasi sui juris, nec subjecti potestati matris*, peuvent tester librement, & faire un étranger héritier, ce qu'ils ne peuvent faire, quand la mere décéde la premiere, *patre superstite, in cujus sunt potestate.* De-sorte que s'il arrive que les enfans disposent au profit d'un étranger, des avantages à eux acquis, *ex secundis nuptiis parentis*, qui en cela leur a fait injure, *hoc maximè contingit in matre*, laquelle ne peut leur ôter cette liberté de tester, comme fait le pere par la puissance paternelle.

Partant, quand l'empereur conclut au même chapitre, que la mere ayant aliéné les avantages, *manet causa in suspenso, sequentibus committenda fortunis*, ce n'est que pour la portion que la mere pouvoit gagner *in casu apædiæ*; & quand il ajoute, *aut perfectè ab initio infirmandâ alienatione, aut perfectè valente*, le second cas ne se doit entendre que quand la mere survit aux enfans, & leur succede, comme elle pouvoit succeder par le Tertylian, & encore à présent par testament. Mais si la mere ne succede pas, soit que les enfans testent, comme ils peuvent faire au profit d'un étranger, soit parce que la mere demeure exclusе par l'édit, *particulatim infirmatur, particulatim constat alienatio*, suivant l'interprétation qu'en donne le même Cujas, sur la même novelle 22, où il donne à entendre *quid sit casus ἀπαιδίας* & le pacte ou convenance de succéder par la non-existence des enfans.

Et parce que le même empereur, aux deux novelles susdites, rappelle une constitution précédente, par lui faite sur ce sujet, il faut encore remarquer qu'il avoit par icelle ordonné déjà la même chose qu'il ordonne, quant à la perte des avantages. Mais cette constitution n'est pas la loi *corruptionem, Cod. de usufructu*, comme dit Accurse, & dont il est repris fort à propos par ledit sieur Cujas; c'est une constitution grecque qui manque au titre *de secundis nuptiis*, qui en étoit la quatorziéme, qui depuis, ayant été rendue latine par le même Cujas, a été insérée dans le corps du droit civil par Godefroy. Tellement, que quand les novelles pourroient laisser quelque ambiguité, ce qui n'est pas, il faudroit, pour s'en éclaircir, recourir à cette précédente constitution, puisque Justinien ne se contente pas de la rappeller, mais la confirme en termes exprès, & avec l'éloge d'une approbation nouvelle..

Si filii, dit la loi, *quorum parentes ad secundas venerant nuptias, ante eos decesserint, proprietas lucrorum nuptialium ad filiorum hæredes etiam extraneos testamento scriptos perveniet, deducto eo quod in casu orbitatis parentem lucrari convenit, quod etiam pro rata observatur, uno ex pluribus filiis ante parentem mortuo:* & ensuite elle décide, que l'aliénation faite ne peut subsister que pour la portion que la mere *in casu mortis liberorum lucratur*, & que le reste est révoqué par l'héritier de tous les enfans, ce qui me semble si exprès, que c'est ne pas voir clair en plein midi, que d'en douter davantage.

Attendu même que la novelle 68 de Justinien en a encore levé tout ombrage. Car parlant de la loi *hac edictali*, qui est de l'empereur Leon, *de lucris apædiæ, id est, non existentium liberorum*, il rappelle ses constitutions qui l'avoient corrigée, & déclare de rechef que la mere qui s'est remariée, gagne seulement *jure dominii*, par le prédécès de tous les enfans, *quantum ex pacto non existentium liberorum erat lucratura*; & que le reste vient aux héritiers des enfans qui sont décédés. C'est pourquoi *Julianus*, au titre qu'il donne à cette novelle 68, qualifie ce gain qui revient à la mere par le décès des enfans, *lucrum ex morte liberorum contingens per pacta dotalia*: d'où s'ensuit que ce gain & prétendu retour cesse pour les autres avantages qui se font par testament, & hors le contrat de mariage.

Et quant à l'édit des secondes nôces, il n'a été 11
fait que pour les pays coutumiers, & n'a entendu déroger à ce qui est de la disposition du droit civil, pour les pays où ce droit s'observe. De fait, l'édit porte sur la fin, qu'il n'entend faire préjudice aux peines plus grandes, qui pourroient être établies par quelque autre coutume. C'est pourquoi quand les termes de l'édit ne seroient pas si formels pour notre question, que les constitutions civiles, on n'en pourroit tirer aucune conséquence pour les causes qui se traitent en pays de droit écrit. Outre que l'ordonnance ayant parlé du mot de réserver, comme la loi *generaliter*, & l'ayant emprunté d'elle, c'est aussi de la même loi qu'il en faut tirer l'interprétation; & c'est pourquoi ce mot de réserver n'empêche pas la perte absolue & irrévocable du droit de propriété, puisque les loix qui s'en servent ne laissent pas d'exclure irrévocablement la mere qui s'est remariée, du même droit de propriété.

Pour l'arrêt de monsieur Loüet, rapporté au lieu cotté, il ne se peut non plus tirer à conséquence, puisqu'il a été donné pour la France coutumiere, & qu'en effet ledit sieur Loüet reconnoît que la disposition de la novelle 22 est toute autre, & que par icelle, le convol fait perdre la propriété des choses données, & ne laisse que l'usufruit. Si la mere qui se remarie, ne perdoit pas la propriété, il s'ensuivroit que l'avantage à elle fait seroit un bien maternel; & toutefois, le sieur Brodeau, en ses notes sur ledit sieur Loüet, ayant cotté un arrêt qui l'avoit ainsi jugé, remarque qu'il a été donné sur la particularité d'une donation non gratuite, ni pure & simple, mais à titre onéreux, & qui ne pouvoit par conséquent être réputée libéralité; que depuis, le contraire avoit été jugé par arrêt donné avec connoissance de cause, suivant la décision de la loi 4, *C. de secund. nupt.* où les enfans du premier lit revendiquent semblable avantage, *tanquam paternum patrimonium*, & de la loi 6, § *his illud* du même titre, où la mere est obligée, *res à marito ad se devolutas liberis communib. ut paternas servare.*

Nous espérons de traiter ci-après la même question, & d'en parler encore plus amplement, parce qu'en effet, c'est un point de controverse.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si la mere qui ſe remarie, perd les avantages à elle faits par ſon premier mari incommutablement, & ſans eſperance de retour après le décès de ſes enfans.

L'Auteur traite la même queſtion ci-après, livre 5, queſtion 46, & par tout il décide, que la mere qui ſe remarie, perd la propriété des avantages à elle faits par ſon mari incommutablement, & ſans eſperance de la reprendre après le décès de tous ſes enfans.

12 Cette queſtion eſt difficile, elle ne ſe trouve point décidée expreſſément dans le droit; la loi *fœminæ*, ſur la fin, décide nettement que cette propriété revient à la mere par le prédécès de tous ſes enfans. Cette loi eſt certainement ſuivie dans les parlement de droit écrit, ſuivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 3, chap. 20, où il traite cette queſtion avec beaucoup d'érudition & d'ordre; par M. Maynard, liv. 9, chap. 30, M Durand, queſtion 15, M. Cambolas, liv. 6, chap. 4, & dans ſon traité des ſecondes nôces, nomb. 24 & 25, M. Boyer, déciſ. 85, M. Faber, dans ſon code, ſur le titre des ſecondes nôces, déf. 16, Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 324, Lapeyrere, let. N. nomb. 35, Bechet, du droit de reverſion, chap. 7.

Mais la novelle 22, qui déroge à toutes les autres loix concernant les ſecondes nôces, dit dans le chap. 23, que la mere perd entierement la propriété des avantages à elle faits par ſon premier mari, *omnis eam deſerit proprietatis modus.*

M. Cujas, ſur la loi derniere qu'il a rétablie dans le code, *de ſec. Nupt.* dit que la part de l'enfant qui décede, paſſe à ſes freres, & même à ſes héritiers étrangers; *nam pars quæ ei competebat, tranſit ad hæredes ejus, ſive fratres ſint, ſive extranei.*

Savoir ſi la mere reprend dans la ſucceſſion de ſes enfans à titre de leur héritiere légitime, la part qu'elle avoit perdue par ſon convol.

Mais quand la mere par ſon convol perdroit abſolument la propriété des avantages à elle faits par ſon premier mari, ſans eſpérance de la reprendre après le déces de tous ſes enfans, c'eſt encore une plus grande difficulté de ſavoir, ſi elle ne reprend pas cette propriété dans la ſucceſſion de ſes enfans, en qualité de leur héritiere légitime.

13 Il ſemble qu'il n'y a point de bonne raiſon pour l'en exclure; car ſon ſecond mariage n'eſt pas un crime qui la rende indigne de la ſucceſſion de ſes enfans. Cette peine n'eſt prononcée que contre la veuve qui ſe remarie avant l'année du deuil, & même elle n'eſt pas obſervée au parlement de Paris. En effet, la novelle 2, chap. 3, l'y appelle expreſſément, parce qu'il y auroit, dit-elle, de l'inhumanité & de l'abſurdité, d'exclure la mere de la ſucceſſion de ſes enfans, pour la donner à des collatéraux éloignés: *alioqui ex abſurditate legis, licet præmoriantur filii omnes, non relinquentes filios aut nepotes, nihilominus ſupplicium manet, & non ſuccedet eis mater, nec ſi ſine filiis præmoriantur, ſed inhumanè ab eorum expellitur ſucceſſione, fruſtrà quidem pariens, fruſtrà ſimul & nutriens, propter legales nuptias ſubjecta pœnis: ſuccedent quidem illis aliqui ex longa cognatione, mater autem irrationabiliter expelletur.* Cette novelle en cela n'a point été corrigée par la novelle 22: cependant l'auteur eſt d'avis, que la mere ne ſuccede point à ce genre de biens. Ricard, ſur l'édit des ſecondes nôces, gloſe 6, eſt de même avis. Il fait mention
14 d'un arrêt du mois d'août 1672, qu'il dit l'avoir ainſi jugé. Cet arrêt eſt rapporté par l'auteur du journal du palais.

Diſtinction entre l'augment & les autres avantages.

15 Pour moi, je crois qu'il faut diſtinguer entre la donation à cauſe de nôces, qui eſt à peu près la même choſe, que l'augment des pays de droit écrit, & les autres avantages qui ont été faits à la femme par ſon premier mari, ſoit par teſtament ou autrement.

Dans le premier cas, la loi décide nettement que la mere remariée ne ſuccede point à
16 ſes enfans dans ce genre de biens, ainſi que cela eſt expreſſément porté par la novelle 2, chap. 3, §. 1, & par la novelle 22, chap. 46, §. 2, & chap. 47, §. 1. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 6 mars 1697, rendu en la cinquiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Leſſeville, dans un procès du pays de Forêts, entre le ſieur du Buiſſon, élu en l'élection de Montbriſon, & ſes enfans, d'une part, & damoiſelle Marie-Anne Rigaut du Chafaut, veuve de Claude du Buiſſon, fils aîné dudit ſieur du Buiſſon, laquelle avoit paſſé en ſecondes nôces avec meſſire Arnould du Roſier, ſeigneur de Magneux. Une année après ſon ſecond mariage, une fille qui lui reſtoit de ſon premier ma-

BIU Cujas

riage, étant décédée, la mere, en qualité d'héritiere mobiliaire de sa fille, prétendit que la propriété de l'augment, qui consistoit dans une somme de deniers, lui devoit appartenir. Le sieur du Buisson, aïeul de cette petite fille, tant en son nom, que comme pere & légitime administrateur de ses autres enfans, prétendit au contraire, qu'il devoit succéder à ce genre de biens, parce que la mere, par son second mariage, en avoit perdu absolument la propriété, & qu'elle ne pouvoit la reprendre dans la succession de sa fille: cela fut ainsi jugé; j'avois écrit au procès pour le sieur du Buisson.

Cet arrêt a jugé plusieurs autres questions, sçavoir, que la mere, quoique remariée, succede à tous les effets mobiliers de ses enfans, même à une somme donnée pour tenir lieu de légitime. 2°. Que l'aïeul paternel a droit de réversion pour les choses par lui données à son fils, quoique la mere soit vivante. Notre auteur parle de ces deux questions dans le livre 6, quest. 8 & 12, où je rapporterai l'arrêt.

Dans le second cas concernant tous les autres avantages, de quelque nature qu'ils puis- 17
sent être, je crois que la mere venant à succéder à ses enfans, en reprend la propriété dans leur succession. Car pour empêcher la mere de succéder à ce genre de biens, il faudroit une loi expresse pour l'en exclure: il n'y en a point; & par conséquent l'on ne peut l'en priver sans injustice. L'exclusion n'est prononcée que par rapport à la donation à cause de nôces; ainsi l'on ne peut pas l'étendre aux autres avantages, *exclusio unius est inclusio aliorum.*

La preuve certaine que la mere, quoique remariée, a droit de succeder à ses enfans dans les autres biens, se tire du chap. 3 de la novelle 2, où Justinien décide qu'à la réserve de la donation à cause de nôces, les enfans ne peuvent disposer de tous les autres biens au préjudice de la légitime dûe à la mere: *& sancimus alias res post antenuptialem donationem ad filios venientes, si quidem filius testetur, secundùm legem venire ad scriptos hæredes; hic matre non prohibita scribi à filio hærede: sed etiam contra testamentum ei datis allegationibus, si fortè filius eam prætermiserit, aut irrationabiliter exhæredaverit.* Si la mere a droit de légitime dans ce genre de biens, elle a pareillement droit d'y succeder, puisque la legitime se prend à titre d'héritier.

Il seroit inutile d'objecter que dans les pays de droit écrit, du ressort du parlement de Paris, la mere ne succede pas aux biens provenans du côté paternel, suivant l'édit de Saint-Maur: car par la jurisprudence des arrêts de ce parlement, cet édit ne s'entend que des immeubles, & ordinairement les avantages faits à la femme ne sont que des sommes de deniers.

Mais il faut observer, que la mere remariée ne reprend la propriété qu'elle a perdue 18
des avantages à elle faits par son premier mari, que dans la succession du dernier de ses enfans: car quand il y en a plusieurs, ils se succedent dans ce genre de biens les uns aux autres, par préférence à leur mere, suivant les chap. 23 & 26, de la novelle 22 & la jurisprudence des arrêts des parlemens des pays de droit, rapportés par les auteurs ci-dessus cités.

M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 59, confirme la jurisprudence du parlement de Toulouse, qui redonne à la mere remariée la propriété des gains nuptiaux & des avantages à elle faits, après le décès de tous ses enfans; mais il pousse encore plus loin cette juris-
prudence. Il dit que cette propriété revient à l'aïeule remariée après le décès de ses pe- 19
tits-enfans. Il rapporte un arrêt rendu à son rapport le 23 mars 1673, qui l'a ainsi jugé. L'on doit adorer un magistrat, qui après avoir blanchi sous la pourpre avec honneur, prend la peine de recueillir les arrêts rendus à son rapport, & d'en faire part au public. L'on ne sauroit être trompé dans la décision; parce que ce magistrat est pleinement inf- 20
truit des circonstances du fait, & du motif qui a déterminé les juges.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

¶ On s'attendoit de trouver dans les notes posthumes de l'auteur des précédentes ob- 21
servations, un arrêt célebre qui a été rendu de son tems au parlement de Paris, sur la remise de la peine des secondes nôces. Il y a lieu de croire que M. Bretonnier, attentif comme il étoit, à rassembler les arrêts les plus intéressans, & à les accompagner d'observations également curieuses & utiles, n'auroit pas manqué de parler de l'arrêt du 19 août 1715, si la mort ne l'eût pas empêché d'achever la nouvelle édition des œuvres de M. Henrys, à laquelle il travailloit assiduement depuis plusieurs années. C'est donc pour remplir autant que l'on pourra le dessein de cet auteur que l'on va rapporter cet arrêt.

BIU Cujas

Arrêt notable de la cour de parlement, qui juge qu'un mari ne peut pas remettre à ſa femme la peine des ſecondes nôces.

FAIT.

SUivant la diſpoſition du droit Romain adoptée par l'édit des ſecondes nôces, une femme qui ſe remarie, ayant des enfans de ſon premier mari, perd la propriété de tous les avantages qu'elle tient de lui.

Au préjudice de cette loi, Cathérine Guerrier, femme de Claude Chorel marchand à Lyon, a été inſtituée héritiere univerſelle par le teſtamment de ſon mari : avec cette clauſe ſinguliere, que ſi elle venoit à ſe remarier, l'intention du teſtateur étoit qu'elle ne laiſſât pas de conſerver la propriété des biens compris dans l'inſtitution univerſelle; à l'effet de quoi il lui remettoit expreſſément la peine des ſecondes nôces.

La prévoyance officieuſe de ce mari n'a pas été trompée : Après ſon décès, Cathérine Guerrier a épouſé François La Cour. Mais comme elle avoit quatre enfans du premier lit, le tuteur de ces quatre enfans a voulu leur aſſûrer les biens qu'elle tenoit de leur pere, & dont elle avoit perdu la propriété en ſe remariant. Il a demandé qu'il fût fait un emploi des deniers de la ſucceſion de Claude Chorel premier mari; & pour ſûreté, il a fait appoſer le ſcelé ſur ſes effets, de l'autorité du ſénéchal de Lyon.

François La Cour, ſecond mari, a demandé la main-levée du ſcelé, & a prétendu que les effets en queſtion appartenoient en pleine propriété à Cathérine Guerrier ſa femme nonobſtant le ſecond mariage qu'elle avoit contracté; parce que Claude Chorel premier mari en avoit ainſi décidé par ſon teſtament, après avoir prévû le cas des ſecondes nôces. Les créanciers de François La Cour, & ceux de Cathérine Guerrier, également intéreſſés à ſoutenir le même parti, ſont intervenus dans la cauſe, & ont adheré aux mêmes concluſions.

Dans ces circonſtances il a été rendu une ſentence en la ſénéchauſſée de Lyon, le dix-huit août 1714, qui, ſans s'arrêter à la demande du tuteur des enfans du premier lit, a ordonné l'exécution du teſtament de leur pere, au profit de leur mere remariée. Le tuteur a interjetté appel de cette ſentence, & l'appel a été porté à l'audience de la grand'chambre.

Me. Debonnel pour l'appellant, a fait voir qu'une clauſe par laquelle Claude Chorel, en inſtituant ſa femme ſon héritiere univerſelle, lui remettoit la peine des ſecondes nôces, ne venoit point de la volonté libre du teſtateur; qu'on ne pouvoit le conſidérer que comme mari ou comme pere; qu'en qualité de mari il auroit pû vouloir récompenſer ſa veuve, mais non pas la femme d'un autre; & que plus il ſe ſeroit enviſagé lui-même, moins il auroit été capable de lui faire des libéralités, s'il avoit crû qu'elle dût les porter bien-tôt à un ſecond mari : qu'en qualité de pere, il étoit encore plus éloigné de préférer ſa femme & celui que ſa femme épouſeroit après lui, aux enfans mineurs du premier mariage, à qui, comme ſes enfans, ſes biens étoient deſtinés par la loi, & qui, comme mineurs, n'avoient pû s'en rendre indignes par leur conduite; qu'ainſi cette clauſe également contraire, & aux ſentimens de mari, & à cenx de pere, ne pouvoit être raiſonnablement imputée à Claude Chorel, mais à Cathérine Guerrier ſa femme, qui ayant voulu ſatisfaire ſon impatience pour le convol, ſans rien perdre de ſes premiers droits, a crû qu'il ſuffiſoit d'en ſurprendre la permiſſion du premier mari, dans l'extrêmité d'une maladie où il n'étoit pas en état de ſe déterminer avec connoiſſance & avec raiſon : Que ſi on autoriſoit une telle clauſe dans les pays de droit écrit, il étoit à craindre que l'artifice des femmes ne la rendît fréquente dans les teſtamens des maris, & qu'elle ne devînt une clauſe de ſtile : qu'enfin l'édit de 1560, enrégiſtré en la cour, aſſuroit aux enfans du premier lit, par le ſecond mariage de leur mere, la propriété des avantages qu'elle avoit reçus de ſon premier mari; enſorte qu'un droit que les enfans ne tenoient point de leur pere, mais de la loi ſeule, ne leur pouvoit être ôté par un teſtament : qu'à la vérité pluſieurs docteurs avoient eſtimé le contraire, & qu'il ſe trouvoit même dans les parlemens des pays de droit écrit. Quelques arrêts qui l'avoient jugé; mais qu'il n'y avoit aucune loi qui l'eût décidé en termes formels, & qu'il étoit réſervé à la cour, qui n'avoit pas encore jugé cette queſtion, de ramener les choſes à la véritable regle, en ne ſouffrant pas qu'un édit qui faiſoit partie des loix publiques du royaume, pût être éludé au gré de l'artifice & de l'intérêt.

Me. Gillet le jeune, pour les créanciers, & Me. Guillet de Blaru, pour François La Cour, ont ſoutenu que la ſentence étoit conforme aux principes du droit écrit; que ſuivant ces

BIU Cujas

principes, il étoit permis à un pere de disposer de tous ses biens au profit d'une personne étrangere, en laissant seulement la légitime à ses enfans : qu'ainsi les enfans ne pouvoient se plaindre de ce que leur pere avoit voulu conserver à leur mere en pleine propriété, des biens qu'il auroit pû donner de même à un étranger à leur préjudice : Que la remise des peines des secondes nôces étoit une suite naturelle de la liberté accordée aux peres par la loi Romaine, dans le partage de leurs biens, & qu'on ne pouvoit attaquer la validité de cette remise, sans révoquer en doute le pouvoir général de disposer, qui en est le principe & le fondement : Que la seule raison pour laquelle on ôtoit à une femme remariée la propriété des avantages que son premier mari lui avoit faits, étoit parce qu'on ne supposoit pas que ce mari lui eût fait de semblables avantages, s'il eût crû qu'elle passât à de secondes nôces ; mais que dès qu'il avoit prévû le cas, le motif de la loi cessoit, & par conséquent la loi même : Que d'ailleurs les propres termes de la novelle 22 autorisoient la remise des peines des secondes nôces ; que la glose d'Accurse, & la plupart des autres commentaires en contenoient une décision formelle ; que M. d'Olive, Lapeyrere, Brodeau, Le Brun, & une infinité d'auteurs étoient de même sentiment, & se fondoient sur des arrêts qui l'avoient ainsi jugé : Que l'édit des secondes nôces n'avoit point dérogé aux loix Romaines, sur lesquelles il avoit été formé ; qu'en un mot la loi, l'usage, & presque toutes les autorités des pays de droit écrit, se déclaroient pour la sentence.

Monsieur l'avocat général de Lamoignon a dit, qu'il croyoit devoir écarter de la cause les différentes opinions des docteurs, pour ne s'attacher qu'au texte précis des loix : qu'on pouvoit examiner la question par le droit Romain, ou par l'édit des secondes nôces ; qu'en la considérant suivant le droit Civil, on trouvoit deux loix dans le code, savoir la loi *Fœminæ* & la loi *Generaliter*, qui obligeoient les femmes remariées, de réserver aux enfans du premier lit la propriété des biens qu'elles tenoient de la libéralité des premiers maris ; mais qu'il n'y avoit aucune loi postérieure qui eût laissé au pouvoir du mari la faculté d'empêcher l'effet d'une disposition si utile ; que véritablement la novelle 22, accordoit à un testateur la liberté de disposer de son bien comme il le jugeoit à propos ; mais que ces termes généraux, qui se retrouvoient ailleurs en plus d'un endroit ne dérogeoient point aux loix particulieres qui avoient établi les peines des secondes nôces ; que les loix civiles & l'édit de 1560, ayant eu dans cet établissement le même motif, qui étoit la faveur des enfans, il n'étoit pas facile de concevoir comment des enfans pouvoient perdre par la foiblesse de leur pere, ce qui leur étoit acquis par la force de la loi ; qu'on voyoit encore moins par quel motif les mêmes docteurs qui croyoient en général qu'un mari pouvoit remettre la peine des secondes nôces à sa femme, ne lui accordoient plus le même pouvoir, lorsque les secondes nôces avoient été contractées dans l'année de deuil, quoique pour l'interêt des enfans ces deux cas fussent précisément les mêmes : Qu'enfin il étoit d'une extrême importance de ne pas autoriser une clause honteuse au mari, préjudiciable aux enfans, contraire à la bienséance & à l'honnêteté publique, & en un sens, même aux bonnes mœurs.

Par ces raisons, monsieur l'avocat général a conclu à ce que, sans s'arrêter à la clause insérée dans le testament de Claude Chorel, emploi fût fait des deniers de sa succession par l'avis des parens ; & a requis que l'arrêt fût lu & publié en la sénéchaussé de Lyon pour y servir de réglement. Conformément à ses conclusions, est intervenu l'arrêt qui suit :

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier notre huissier, ou autre sur ce requis. Salut, sçavoir faisons, qu'entre Paul Vernette, marchand à Lyon, tuteur des enfans mineurs de défunt Claude Chorel, aussi marchand à Lyon, & de Cathérine Guerrier sa femme, appellant d'une sentence rendue en la sénéchaussée de Lyon, le dix-huit août mil sept cent quatorze, d'une part ; & François de la Cour, marchand à Lyon, ayant épousé ladite Cathérine Guerrier, veuve dudit Chorel, M. Leonard Borne, ancien échevin à Lyon, les freres Morel & Armand, les sieurs Tissiers & Mongirod, marchands à Lyon, intimés d'autre : après que de Bonnel, avocat de Paul Vernette, Gillet le jeune, avocat de Leonard Borne & autres, & Guillet de Blaru, avocat de François de la Cour, ont été ouis pendant trois audiences, ensemble de Lamoignon, pour le procureur général du roi : La cour a mis & met l'appellation, & ce dont a été appellé au néant ; émendant, sans s'arrêter au testament du nommé Chorel, au chef qui concerne la remise faite par ledit Chorel à sa femme, de la peine portée par l'édit des secondes nôces contre les femmes qui se remarient, qu'elle a déclaré nul à cet égard seulement ; ordonne qu'emploi sera fait des deniers provenans de la succession dudit Chorel, par l'avis des parens, tant paternels que maternels des enfans dudit

BIU Cujas

Chorel, toutes les parties intéreſſées appellées, dépens compenſés : ordonne que le préſent arrêt ſera lû & publié en la ſénéchauſſée de Lyon, l'audience tenante, & dans les bailliages & ſiéges du reſſort de la cour. Si te mandons mettre le préſent arrêt à dûe & entiere éxécution ; de ce faire te donnons donnons pouvoir. Donné à Paris, en parlement, le dix-neuf août mil ſept cent quinze, & de notre regne, le ſoixante-treize. Collationné. *Signé*, Par la chambre, Guihou, avec paraphe.

DES PEINES DES SECONDES NOCES.

QUESTION QUATORZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Diſpoſition du droit Romain, au ſujet des peines de ſecondes nôces.*
2. *Suivant la diſpoſition du droit, les parens remariés ſont obligés de conſerver à leurs enfans ce qui leur eſt échu par la ſucceſſion de leurs enfans décédés.*
3. *L'édit des ſecondes nôces ne parle que des libéralités ; ainſi ce qui vient par ſucceſſion n'eſt pas ſujet à réſerve.*
4. *Dans les pays de coutume, le droit Romain n'eſt ſuivi que comme raiſon.*
5. *Dans les pays de droit écrit, le droit Romain eſt le droit municipal.*
6. *Eloge de M. de Chamillart, avocat.*
7. *Arrêt du 30 juillet 1639, qui a jugé que dans les pays de droit écrit, ce qui vient par ſucceſſion, eſt ſujet à réſerve.*
8. *Les enfans peuvent diſpoſer au profit de leur mere remariée.*
9. Idem, *en faveur de leur pere remarié.*
10. *La mere ne ſuccéde qu'en uſufruit aux biens profectifs, mais elle ſuccéde aux autres en propriété.*
11. *Opinion de quelques auteurs, qui reſtraignent les biens profectifs aux ſeuls biens provenans du pere.*
12. *Opinion de l'auteur des obſervations, que ce qui provient de l'ayeul paternel, doit être mis au nombre des biens profectifs.*
13. *Contrariété de la juriſprudence du parlement de Toulouſe ſur cette queſtion.*
14. *A l'égard de la ſucceſſion des oncles paternels, la mere y ſuccede en propriété.*
15. *La mere ſuccede en propriété aux biens provenans de la ſucceſſion des freres.*
16. *Opinion de quelques auteurs, qui eſtiment que la mere doit avoir une légitime ſur les biens profectifs.*
17. *Sentiment de l'auteur des obſervations, contraire.*
18. *La juriſprudence des parlemens de Toulouſe & de Bordeaux, exclut la mere de toute légitime ſur les biens profectifs.*
19. *Aux dons, legs & préſens faits par les parens & amis de l'un des conjoints, le ſurvivant y ſuccéde en propriété.*

QUESTION VIII.

Si la peine des ſecondes nôces pour la perte des avantages, ſe doit étendre aux droits ſucceſſifs.

Les empereurs Romains, pour imprimer quelque horreur des ſecondes noces, ne ſe ſont pas contentés de priver le pere ou la mere qui ſe remarie de la propriété des avantages ; ils ont encore voulu rendre celui qui a fait injure à ſes enfans par un ſecond mariage, indigne de leur
1 ſucceſſion, au moins quant au droit de propriété. La loi *fœmina*, *au* §. *illud etiam C. de ſecund. nupt.* le décide expreſſément, ſans faire même aucune diſtinction des biens, ce que la loi *mater C. ad Tertyllianum*, confirme pour le regard des biens paternels, deſquels elle laiſſe le ſeul uſufruit à la mere, & encore, *humanitatis contemplatione*, & par quelque commiſération. Il eſt vrai que la novelle 2 de Juſtinien, au chap. 3, corrige l'une & l'autre de ces loix, & appelle les peres ou les mere qui ſe remarient, à la ſucceſſion de leurs enfans, même irrévocablement, & ſans aucune obligation de rendre aux autres enfans ce qu'ils auront recueilli des enfans prédécédés.

Mais de quelques termes ſpécieux que cette conſtitution ſoit accompagnée, le même empereur l'a depuis corrigée par ſa novelle 22 au chapitre 46, avec cette diſtinction, que ce qui eſt donné par le teſtament des enfans aux peres & meres ne ſe perd point par le convol ; mais ce qui leur arrive par 2

BIU Cujas

le décès des enfans ſans teſter, ne leur eſt attribué qu'à condition de conſerver & rendre aux autres enfans du premier lit, ce qui eſt provenu de la ſubſtance de leur pere ou mere. Tellement qu'il faut diſtinguer les biens adventifs d'avec les propres, & la ſucceſſion teſtamentaire d'avec la légitime, par cette conſidération, que les enfans du premier lit pouvant teſter en faveur d'un étranger, il n'eſt pas raiſonnable que la mere ſoit de pire condition.

3 Voilà quelle eſt la juriſprudence Romaine, à laquelle quelques-uns eſtiment que l'édit des ſecondes noces a dérogé, en tant qu'il ne parle que des donations, libéralités & avantages, & non des ſucceſſions qui viennent par le bénéfice de la loi, & non par le fait de l'homme, auſquelles partant il ne peut s'étendre. De fait Monſieur Loüet, en la lettre N. art. 8, rapporte qu'il a été ainſi jugé par arrêt, & c'eſt le ſentiment commun du Palais; en quoi toutefois j'eſtime qu'il faut faire diſtinction de la France coutumiere, & des pays où le droit écrit s'obſerve comme loi.

4 Car pour les pays coutumiers, comme le droit Romain n'y eſt ſuivi que comme ſimple raiſon, & non comme loi; auſſi la peine des ſecondes nôces n'y auroit pas lieu, ſi elle n'y avoit été introduite par une ordonnance expreſſe de l'un de nos rois, & c'eſt pourquoi cette peine doit être reſtrainte aux termes de l'ordonnance, qui n'a pris de la loi civile que ce qu'elle a voulu; & c'eſt par cette même raiſon qu'on a jugé que l'édit des ſecondes noces ne pouvoit avoir lieu pour le paſſé; mais ſeulement pour l'avenir, comme n'étant pas déclaratoire du droit commun, quant aux pays coutumiers, mais plûtôt introductif d'un nouveau droit.

Mais pour les pays où l'on ſuit pour loi le droit Romain par la permiſſion de nos rois, c'eſt choſe aſſurée que l'édit n'a rien innové, & que les peines des ſecondes noces y étant déja établies par les conſtitutions des empereurs Romains, on ne ſe peut relâcher de leur rigueur, n'étant pas à croire que l'édit y ait voulu déroger, mais au contraire faire valoir ailleurs: ce qu'auſſi l'édit explique aſſez clairement, quand il porte ſur la fin, qu'il
5 n'entend déroger aux coutumes qui auroient introduit des peines plus grandes contre les ſecondes noces. D'où s'enſuit que le droit civil étant le droit municipal & coutume des provinces de Lyonnois & Forêts, l'ordonnance n'a pas entendu y faire aucun préjudice; elle en a bien pris ce qu'elle a 5
voulu pour la France coutumiere: mais elle a laiſſé le même droit dans la vigueur où il étoit déja établi; bref, l'édit a voulu introduire les peines des ſecondes noces, où elles étoient ignorées, & non les reſtraindre où elles étoient en uſage.

Auſſi l'arrêt que Monſieur Loüet rapporte n'a été donné qu'en pays coutumier: & de fait il cotte la différence qu'il y a entre la loi civile & les coutumes. Par la loi civile, les peres & meres ſuccedoient en tous les biens; & c'eſt pourquoi venant à ſe remarier, il y avoit plus de raiſon de pourvoir à ce que les biens ne fuſſent divertis aux autres enfans; au lieu que la coutume ne déferant communément aux deſcendans que les meubles, l'ordonnance n'a pas jugé néceſſaire de ſuivre en cela la précaution & rigueur de la loi civile, la conſervation des meubles n'étant pas ſi conſidérable que celle des propres, pour leſquels en pays de droit écrit, & en cas de ſucceſſion *ab inteſtat*, la loi demeure en ſa force, nonobſtant l'Edit. Ce que j'oſe aſſurer d'autant plus hardiment, qu'en ayant conferé avec le ſieur Chamillard (1) avocat en 6
Parlement, grandement verſé en la connoiſſance du droit Romain & de l'uſage d'icelui, il s'eſt trouvé d'opinion conforme: & de plus il m'a aſſuré qu'il a été ainſi jugé par arrêt donné pour le pays de droit écrit.

Il ne faut plus douter de ce point, y ayant arrêt de 7
la cour, par lequel elle a jugé, qu'en pays de droit, les droits ſucceſſifs qui viennent *ab inteſtat* & par le bénéfice de la loi, & procedent du pere ou de la mere, doivent être conſervés aux autres enfans du premier lit, ſuivant l'authentique *ex teſtamento C. de ſecundis nuptiis*. L'arrêt eſt du 30 juillet 1639, & a été donné en la ſeconde chambre des enquêtes au rapport de Monſieur Baron, en confirmant la ſentence du bailli de Mâconnois. C'eſt ce que le ſieur Brodeau n'a pas oublié de remarquer ſur Monſieur Loüet, en la lettre N. de ſon recueil, art. 7, où nous renvoyons le lecteur.

OBSERVATIONS.

Si la mere remariée ſuccéde à ſes enfans du premier lit.

DAns cette queſtion, l'auteur parle de la peine des ſecondes nôces: au chef qui concerne les biens des enfans du premier lit, il diſtingue entre la ſucceſſion teſtamentaire & la ſucceſſion *inteſtat*.

Succeſſion teſtamentaire.

A l'égard de la premiere, la mere peut être inſtituée héritiere univerſelle par ſes en- 8
fans, parce qu'elle ne doit pas être de pire condition que les étrangers: cela eſt expreſſément décidé par la novelle 22, ch. 46, § 1. *Si igitur legitime filius teſtatus fuerit & relinquat matri ſubſtantiam, ſive partem ejus aliquam, hanc illa accipiat per ſcripturam (quia ubique cuſtodiri morientum volumus voluntates) & habeat quod dimiſſum eſt aut datum, & ſecundùm proprietatem & ſecundùm uſum. Sicut enim licebat relinquere alicui extraneorum, & nihil hæredi ſecundæ mulieris nocebant nuptiæ: ita & matri relinquens, ſive inſtitutionem, ſive legatum, rectè derelinquat & dominium, & uſum, ſive ex rebus quæ extrinſecus advenerunt, ſuerit facultas, ſive ex paternis: nihil & hoc fratribus contradicere valentibus.*

Après une loi auſſi expreſſe, il ſeroit inutile de rapporter les arrêts qui l'ont ainſi jugé; cependant l'on peut voir Papon dans ſes arrêts, liv. 15, tit. 1, art. 8. Boerius,

(1) Ayeul de M. Chamillard, miniſtre & ſecrétaire d'état.

BIU Cujas

déciſion 191. Maynard, liv. 5, chap. 11. Cambolas, des ſecondes nôces, nomb. 15. Deſpeiſſes, tom. I, pag. 322, nomb. 16. Dufreſne, dans ſon journal des audiences, liv. 5, chap. 20.

Si le pere remarié peut être inſtitué par ſes enfans du premier lit.

9 Ce qui eſt décidé pour la mere, a lieu auſſi pour le pere, ainſi que le remarquent les mêmes auteurs; mais pourtant en cela la condition du pere n'eſt pas ſi avantageuſe que celle de la mere, parce que les enfans étant en la puiſſance du pere, ne peuvent pas faire teſtament, ni par conſéquent diſpoſer à ſon profit de ces biens, non plus que des autres, comme l'obſerve M. Cujas, ſur cette même novelle, vers le milieu.

Succeſſion inteſtat.

10 A l'égard de la ſucceſſion *inteſtat*, la même novelle § 2, diſtingue les biens qui ſont parvenus aux enfans de la ſuſtance du pere, & ceux qui leur ſont échus d'ailleurs; la mere ne ſuccéde aux premiers qu'en uſufruit, mais elle ſuccede aux autres en propriété. L'auteur dit qu'il faut diſtinguer les biens adventifs d'avec les propres. Je crois que ce dernier mot eſt une faute de l'Imprimeur, & qu'il faut dire profectifs au lieu de propres, car les propres ſont inconnus dans les pays de droit écrit.

Quels ſont les biens profectifs.

11 Mais la grande difficulté conſiſte à ſavoir, quels ſont les biens profectifs dans ce genre. Suivant les termes de la novelle, il ſemble que l'on ne doive mettre dans ce rang que les biens échus aux enfans par la ſucceſſion de leur pere: *ſed quanta quidem ex paterna ſubſtantia ad filium pervenerunt, eorum ſolummodo habeat uſum: in reſiduis verò omnibus rebus quæ aliunde erant filio præter paternam ſucceſſionem, veniat;* ce qui a fait croire à pluſieurs auteurs, que la mere ſuccéde en pleine propriété aux biens échus à ſes enfans par les libéralités ou par la ſucceſſion de leur ayeul paternel. C'eſt le ſentiment de Papon, dans l'art. 8 ci-deſſus cité, ſur la fin; de Boerius, déciſ. 192, de Faber, *de ſec. nupt. def. 2, in notis*, Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 318, colon. premiere.

Si la mere remariée ſuccéde aux biens provenans de l'ayeul de ſes enfans du premier lit.

12 Cependant j'ai de la peine à me rendre à cet avis: ma raiſon de douter eſt tirée des loix du titre du code *de bonis maternis, & materni generis;* ce titre confond les biens maternels, & ceux provenans du côté maternel; le pere n'a que le ſimple uſufruit des uns & des autres.

En tout cas, il faudroit ſéparer les biens donnés par l'ayeul à ſes petits-enfans, d'avec ceux qui leur ſont échus par ſa ſucceſſion; parce que la donation faite par l'ayeul, eſt cenſée faite par le pere, ſuivant la loi *dotem*, au digeſte, *de collat.* & quand même la donation ſeroit faite aux petits-enfans par l'ayeul après le décès de ſon fils, il faudroit dire la même choſe. Cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu au parlement de Toulouſe en 1619, rapporté par M. Cambolas, liv. 4, chap. 17. M. Cujas, ſur la loi *generaliter, de ſec. nupt.* eſt d'avis que tout ce qui eſt donné par les parens du mari, doit être conſidéré comme s'il avoit été donné par le mari même, *quod alius dat mei contemplatione, à me profectum videri.*

13 M. Cambolas, liv. 5, chap. 45, établit pour maxime, que tout ce qui provient des aſcendans de la mere, eſt maternel. Cependant M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 13, fait mention d'un arrêt récent, rendu au rapport de ſon frere, par lequel il a été jugé, que les peres & meres remariés ſuccédent en propriété aux biens provenans des ayeuls ou ayeules.

14 A l'égard des biens provenans des autres parens, il eſt certain que la mere, quoique remariée, y ſuccéde en pleine propriété. Cela a été ainſi jugé à l'égard de la ſucceſſion d'un oncle paternel, par un arrêt du 14 mars 1635, rendu en la chambre de l'édit de Caſtres, cité par Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 322.

Quid, *des biens fraternels.*

15 Il faut dire la même choſe des donations ou des ſucceſſions fraternelles, ſuivant le ſentiment de Papon, dans l'endroit ci-deſſus cité, & de Bechet, dans ſon traité des ſecondes nôces, ch. 15, p. 346; & cela doit avoir lieu, quoique les biens compris dans la donation

BIU Cujas

nation ou dans la ſucceſſion du frere, proviennent de la ſucceſſion paternelle; parce que dans le pays du droit écrit, l'on ne recherche point l'origine des biens, & l'on ne remonte point à leur ſource, ainſi qu'il a été obſervé ci-deſſus, liv. 3, queſt. 12, où l'auteur établit, qu'un frere qui ſuccede à ſon frere, doit un mi-lod; ſans diſtinguer ſi les biens proviennent du pere ou d'ailleurs.

Si la mere a un droit de légitime ſur les biens profectifs.

Il reſte encore une difficulté ſur la queſtion concernant les biens profectifs, auſquels la mere ne ſuccede qu'en uſufruit: cette difficulté conſiſte à ſavoir, ſi la mere n'a pas du moins droit de demander une légitime en propriété ſur ce genre de biens.

Fachin, dans ſes controverſes, liv. 3, chap. 63, cite pluſieurs auteurs, qui ſont d'avis que la mere, quoique remariée, doit avoir ſa légitime en propriété, ſur les biens profectifs qui ſe trouvent dans la ſucceſſion de ſes enfans; Bechet, des ſecondes nôces, ch. 22, eſt auſſi de ce ſentiment. 16

Cependant quoique cette opinion ſoit favorable, il faut dire le contraire, parce que le §. 2, du chap. 46, de la novelle 22, dit en termes exprès, que la mere n'a qu'un ſimple uſufruit dans les biens provenans de la ſubſtance paternelle: *ſed quanta quidem ex paterna ſubſtantia ad filium pervenerunt, eorum ſolummodo habeat uſum.* Cela ſe juge ainſi au parlement de Toulouſe, ſuivant les arrêts rapportés par meſſieurs d'Olive, liv. 3, ch. 4, Cambolas, liv. 2, ch. 40, & la Rocheflavin, liv. 2, ſur le mot, *mariage*, tit. 4, art. 5. Chenu, dans ſes notes ſur Papon, liv. 15, tit. 1, art. 6, fait mention d'un arrêt du parlement de Bordeaux, du 13 août 1583, qui a jugé la même choſe. 17 18

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DANS mes premieres obſervations, je n'ai point parlé des dons, legs & préſens faits par les parens & amis de l'un des conjoints à ſa ſeule conſidération, ſavoir, ſi l'autre conjoint ſurvivant ſuccede à ce genre de biens en la ſucceſſion de ſes enfans.

Les docteurs ſont fort partagés ſur cette queſtion, il ſont rapportés par Menochius liv. 3, *præſ.* 26, par Deſpeiſſes, tom. 1, p. 321, nomb 15, par M. Expilly, plaidoyer 19, qui rapporte un arrêt rendu au parlement de Grenoble, qui a jugé que le mari ſurvivant pouvoit diſpoſer d'un legs à lui fait par ſa belle-mere, pendant le mariage.

M. Favre, dans ſon code, *de ſecund. nupt. defin.* 2, eſt du même avis; & dans la définition 7, il dit, que la même choſe a été jugée au ſénat de Chambery.

DE L'HYPOTHEQUE SUBSIDIAIRE

Sur les biens ſubſtitués.

QUESTION QUINZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Préambule contenant les raiſons de part & d'autre ſur la queſtion.*
2. *Suivant la diſpoſition du droit, la femme a hypothèque ſur les biens ſubſtitués en ligne directe pour la dot, ce que l'on a étendu au douaire.*
3. *Arrêt du 3 février 1575, qui a jugé en pays de droit écrit, que la femme a hypothéque ſur les biens ſubſtitués, pour ſon augment & intérêts échus depuis le décès de ſon mari.*
4. *Arrêt du 14 juillet 1635, qui a débouté une ſeconde femme de l'augment ſur les biens ſubſtitués.*
5. *Arrêt du 14 août 1607, cité par M. Louet, qui a reſtraint l'hypothèque des femmes au premier degré.*
6. *Cet arrêt ne ſe trouve point au greffe.*
7. *Avis de M. Henrys, que l'hypothèque doit avoir lieu dans tous les degrés.*
8. *La juriſprudence du parlement de Dijon n'eſt pas certaine ſur cette queſtion.*
9. *L'hypothèque ſubſidiaire a lieu dans toutes les lignes & dans tous les degrès, tant pour la dot, que pour l'augment.*

BIU Cujas

CHAPITRE V.

Des hypothèques, & actions hypothéquaires.

QUESTION XV.

Si l'hypothèque ſubſidiaire ſur les biens ſubſtitués, au défaut de ceux de l'héritier, ſubſiſte auſſi-bien pour l'augment, que pour la dot, en pays de droit écrit.

1 ON rencontre des queſtions où la raiſon & l'équité preſſent ſi fort de part & d'autre, qu'on a peine de prendre parti : s'il en faut venir à la balence, le jugement demeure long-tems ſuſpendu dans un poids égal; c'eſt ce qu'on peut dire de cette queſtion. Car d'une part les biens ſubſtitués n'étant pas incommutablement acquis à l'héritier, & ne le poſſédant que ſous la charge & condition de les rendre, il n'y a pas apparence qu'il oblige, qu'il charge d'hypotéque les biens dont il ne peut diſpoſer, étant en ce cas l'hypotéque auſſi-bien interdite, que l'aliénation, de laquelle elle eſt un préparatoire. Mais d'un autre côté, n'y ayant rien de plus favorable au bien public, que le mariage; & ce contrat, qu'on peut dire le lien de la ſociété civile, le ſéminaire qui conſerve l'univers, ne ſe pouvant faire ſans une dot, ni la femme en porter, qu'on ne lui donne un douaire ou augment de dot, il n'eſt pas raiſonnable que la femme perde ce que la loi & la coutume lui donnent, & que les vœux du teſtateur lui ont voulu conſerver, comme raiſonne fort bien le juriſconſulte *in l. mulier § cùm proponeretur ff. ad Trebell.* Bref, l'intérêt particulier l'emporte ſur le public : *ea enim quæ communiter omnibus proſunt, his quæ ſpecialiter quibuſdam utilia ſunt præponimus*, comme dit à ce ſujet l'empereur Juſtinien en ſa novelle, conſtitution 39.

2 En effet, ſuivant cette novelle & la novelle 108, deſquelles ont été tirées l'autentique *res quæ C. communia de legat.* & l'autentique *contra cum rogatus C. ad Trebell.* on a jugé communément que la dot avoit hypothéque ſur les bieus ſubſtitués en ligne directe, *& in liberis primi gradûs :* ce que quelques arrêts ont étendu au douaire, comme on peut apprendre de M. Louet, & de ſon Apoſtillateur en la lettre D. nombre 21, où il remarque les différences de dot, de douaire, & de la donnation à cauſe de nôces.

Et comme l'augment qu'on donne aux femmes en pays de droit écrit, & même en notre pays de Forêts, ſemble équipoler au douaire préfix & coutumier que les femmes ont ailleurs; auſſi la même faveur pour l'hypotéque ſur les biens ſubſtitués, a été étendue à l'augment, même par arrêt prononcé en audience le 3 Février 1575, entre meſſire Louis
3 Adhemar, comte de Grignan, & dame Lucrece de Grimaud, veuve de meſſire Gaſpard d'Adhemar, par lequel il fut ordonné, que ladite veuve ſeroit payée de ſa dot & augment d'icelle, enſemble des intérêts à raiſon du denier 15 du jour du décès de ſon mari, ſur les biens demeurés par ſon trépas, tant ſujets à ſubſtitution, qu'autres; & pour le regard des autres dons & avantages faits à ladite veuve, tant par donation entre-vifs, que diſpoſition teſtamentaire, ordonné qu'elle en ſeroit payée ſur les biens du défunt, non ſujets à reſtitution.

Néanmoins comme les jugemens changent auſſi bien que les loix, & que la juriſprudence n'eſt pas toujours la même, quelque conſtance qu'on lui donne pour attribut; damoiſelle Jeanne du Sauſay, veuve de Jean du Perrin, ſieur de la Corée, voyant l'hoirie de ſon mari abandonnée par la mere d'icelui, laquelle ſe faiſoit relever de l'acceptation, & voulant faire déclarer ſon hypothéque, tant pour ſa dot, que pour ſon augment, dû ſur les biens ſubſtitués par Jacques Perrin, pere de Jean, elle en 4
a été déboutée, quant à l'augment, par arrêt du 14 juillet 1635, donné en la grand'chambre, au rapport de monſieur Hennequin, lequel nous avons déja rapporté, ſur la reſtitution d'un majeur de l'acceptation d'une hoirie, en la queſtion ſeconde de ce même livre.

Nous avons depuis appris, que ceux qui faiſoient pour la veuve, s'étant informés du rapporteur, du motif de la cour, & pourquoi ladite veuve n'avoit point eu d'hypothéque pour ſon augment, ledit ſieur rapporteur fit entendre que la cour ne s'étoit pas tant arrêtée ſur ce que c'étoit en ligne collatérale, que ſur ce que ladite du Sauſay étoit une ſeconde femme, à laquelle par conſéquent, & à proprement parler, aucun augment n'eſt dû. C'eſt en effet *pretium delibatæ virginitatis* & la récompenſe d'une fleur qu'on priſe ſi fort. D'où s'enſuit, que la condition d'une femme qui déja a été mariée n'eſt pas ſi favorable; & qu'il n'y a pas apparence qu'elle ait le même privilége pour ſon augment, que pourroit avoir celle qui n'auroit point été mariée, & qui outre ſa dot auroit encore donné un pucelage au mari.

Néanmoins ledit ſieur Brodeau, à l'endroit déja coté, ſemble donner pour regle certaine, que la veuve n'a point d'hypothéque pour ſon augment ſur les biens ſubſtitués en ligne collatérale. Il en cite en effet d'autres arrêts, tant du parlement de Paris, que du parlement de Toulouſe.

On a encore diſputé ſi l'hyothéque donnée à la veuve pour toutes ſes conventions n'a lieu que *in liberis primi gradus, & non in liberis liberorum.* Monſieur Loüet au lieu cotté cite un arrêt du
14 août 1607, qui a reſtraint cette hypothéque aux 5
enfans du premier dégré; parce que, dit-il, les biens ſeroient bien-tôt conſumés, & que c'eſt en vain qu'on feroit des ſubſtitutions graduelles. Il y a néanmoins identité de raiſons, & le même fondement qu'on en donne a lieu pour tous les enfans : le teſtateur entend que les derniers ſe marient auſſi bien que les premiers : Ainſi la même condition tacite, *& quæ vi ipſa ineſt*, comme dit la loi, y eſt préſumée.

Cette queſtion fut agitée lors de la plaidoyerie 6
célebre de la cauſe de tournon; & au ſujet d'icelle, perquiſition ayant été faite de l'arrêt cité par ledit ſieur Loüet, il ne ſe trouva point au greffe de la cour. C'eſt pourquoi monſieur Talon avocat général ſoutint, qu'en la ligne directe, comme le pere & la mere n'avoient autre deſſein que de perpétuer leur famille ès perſonnes de leurs deſcendans, ils étoient préſumés avoir voulu que chacun en ſon ordre ſe mariât, & conſéquemment affectât ſes biens à la reſtitution de la dot, & autres conventions ordinaires, auſſi-bien au ſecond ou troiſieme dégré qu'au premier, & partant que ſuivant l'authentique, *res quæ C. communia de legatis & fideicom.* qui eſt indéfinie & ſans reſtriction, les biens chargés dn fidéicommis devoient être déclarés affectés à la répétition des deniers dotaux en chacun dégré des deſcendans. Sur les concluſions dudit ſieur avocat général, la cauſe fut appointée au conſeil, & eſt encore indéciſe.

Dans l'attente de la déciſion nous ſuivrons vo-

BIU Cujas

lontiers le sentiment d'un si grand homme, & nous ne voyons pas qu'il y ait raison pressante pour faire cette différence. Car si l'on appréhende l'évacuation des biens, & la ruine du fidéicommis graduel, il faut aussi appréhender qu'au défaut de pouvoir, par l'un des substitués, assûrer les droits d'une femme, il ne puisse se marier, & ne fasse finir la famille.

8 Aussi la même question, si les biens grevés de fidéicommis, *in directa*, pouvoient être sujets à la restitution des deniers dotaux, s'étant presentée au parlement de Dijon, entre dame Petronelle d'Albon, veuve d'Albert de Grillet, comte de saint Trivier, contre le sieur de Cremeaux, qui a fait déclarer la substitution de cette maison ouverte à son profit ensuite du testament de dame Marie de Gondy, de l'an 1575, & du fideicommis graduel y contenu, la cour jugea par arrêt de l'an 1645, que l'hypothéque avoit lieu pour tous les dégrés. De sorte que la veuve d'Albert de Grillet, petit-fils de la testatrice gagna sa cause. Il est vrai que depuis par autre arrêt du même parlement de Dijon du 7 avril 1648, rendu entre messire Guillaume de Cremeaux, comte d'Entragues, demandeur en requête civile, d'une part; & messire Charles de Château-neuf de Rochebonne, comte de Saint-Jean de Lyon, donnataire de lad. dame Petronelle d'Albon, à présent religieuse, d'autre part; le premier arrêt a été cassé : mais l'on prétend qu'il y a eu de la surprise, & que ce dernier arrêt n'a pas été donné dans les formes; bref, que les premiers juges n'y ont pas assisté au nombre requis. Ainsi la question est encore contestée, & c'est tout ce que nous en pouvons dire.

OBSERVATIONS.

De l'hypothéque subsidiaire des femmes sur les biens substitués.

L'Auteur dans cette question en propose quatre, mais il n'en décide aucune : il se contente de citer le playdoyer de M. Talon en la cause de Tournon, & de dire qu'il est de l'avis de ce grand magistrat; savoir, que la femme a une hypothéque subsidiaire sur tous les biens substitués en ligne directe dans tous les dégrés. Dans la question 66, du li- 9
vre 5, il rapporte le plaidoyer de M. Talon tout au long, où la question est traitée amplement & doctement, dans le tom. 3, liv. 5, quest. 95, il décide, que cette hypothéque, a lieu, tant en ligne directe, que collatérale dans tous les dégrés; parce que l'on doit présumer que l'intention du testateur a été, que ceux au profit de qui la substitution a été faite, se mariassent, ce qu'ils ne peuvent faire qu'en assurant la dot & l'augment des femmes, *qui vult finem, vult & media.*

La même Jurisprudence est suivie dans les pays de coutume, tant pour la dot, que pour le douaire, suivant les arrêts rapportés par M. Julien Brodeau, dans son commentaire sur M. Louet, let. D. ch. 21. nomb. 10.

Je me réserve à faire de plus amples observations sur cette matiere dans la quest. 66, du livre 5, où l'auteur en parle plus à fond; je tâcherai d'embrasser toutes les qustions qui ont rapport à la matiere.

DE LA DISCUSSION,

Et si le tiers-acquéreur est obligé de rendre les fruits par lui perçus pendant la discussion.

QUESTION SEIZIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Dans les pays de droits écrit, le tiers-acquéreur ne peut être poursuivi qu'après discussion.*
2. *La demande en déclaration d'hypotéque est du droit François.*
3. *A quoi il faut conclure par la demande en déclaration d'hypothéque.*
4. *Abus qui s'étoit glissé sur cela au baillage de Forêts.*

QUESTION XVI.

Si le tiers-acquéreur, qui voyant son héritage compris dans la saisie-générale des biens de son vendeur, se contente de le faire distraire, sauf la reprise, est comptable des fruits perçus depuis la distraction.

1 C'Est chose assûrée en notre droit, que le tiers acquéreur ne peut être poursuivi par les créanciers de son vendeur, qu'ils ne l'ayent discuté, & que par cette discussion son insolvabilité ne soit reconnue. C'est la disposition de la novelle 4 de Justin. au chapitre 2 d'icelle dont l'authentique *Sed. hodie C. de obligat. & act.* & l'authent. *hoc st debitor. C. de pign.* ont été tirées. Mais encore que le droit Romain qui n'admettoit qu'une action hypothéquaire ne l'ait donnée aux créanciers, qu'au défaut de pouvoir tirer leur satisfaction du principal débiteur, au moins depuis la constitution de Justinien : toutefois le droit françois, qui a inventé une autre action pour les hypothéques, leur permet de poursuivre avant la discussion les tiers- 2

BIU Cujas

détenteurs en simple déclaration d'hypothéque ; & cette nouvelle action qui est préparatoire de l'autre, a été introduite pour interrompre la prescription, & conserver au créancier son droit d'hypothéque, en attendant qu'il ait discuté son débiteur, comme a fort bien remarqué M. Charles Loyseau, en son traité du déguerpissement, livre 3, chap. 2.

3 Mais comme ce remede n'est que pour l'interruption de la prescription, & qu'en effet on ne doit pas conclure par cette action au payement de la dette, ou au délaissement de l'héritage, mais simplement à ce qu'il soit déclaré affecté & hypothéqué ; aussi cela ne déroge point au bénéfice de la discussion que le droit, & encore quelques coûtumes désirent. C'est pourquoi il faut ici remarquer & condamner un double abus, qui s'étoit glissé dans le bailliage de Forêts, & dont on ne l'a déraciné que depuis quelques années.

4 Le premier abus étoit de comprendre en la saisie réelle des biens d'un débiteur, les héritages par lui vendus, comme s'ils pouvoient être décretés conjointement : & comme un abus n'est jamais seul, les détenteurs, au lieu de se pourvoir par demande en révocation de saisie, comme nulle & précipitée, ils se contentoient de s'opposer à fin de distraire, avec cette distinction, que ceux qui avoient joui dix ans, & prescrit l'hypothéque, obtenoient distraction pure & simple de leur héritage ; & ceux qui n'étoient pas assistés d'une jouissance de tems suffisant, ne pouvoient faire distraire leurs fonds ; sauf à reprendre, & pour revenir à eux en cas que le prix des premiers biens décretés ne pût suffire.

C'est ce qui a fait naître le doute, qui donne sujet à cette question : car après la distraction provisionnelle obtenue de la sorte par le détenteur, le créancier demeurant quelques années à parachever la discussion, & à venir à la reprise des fonds distraits, on a demandé si le détenteur doit rendre les fruits depuis la distraction ; ce qui d'abord ne reçoit pas grande difficulté, parce que l'héritage ayant été fait par la saisie *pignus prætorium*, & le détenteur n'en obtenant pas la main-levée pure & simple, mais seulement provisionnelle, il s'ensuit qu'il n'est plus que gardien & dépositaire de justice, & qu'il est plûtôt *in possessione*, qu'il ne possede ; puisque c'est précairement & sous l'autorité de justice qu'il possede. Mais le détenteur ayant appellé de la sentence de distraction, & par ce moyen voulant être déchargé des conditions d'icelle, & de la conséquence qu'elle pouvoit porter pour la restitution des fruits, c'est ce qui a donné lieu aux arrêts ci-après mentionnés.

En l'espéce desquels le sieur de la Garde & sa femme, ayant fait vendre par décret quelques immeubles de Guy Verdier leur débiteur ; plusieurs acquéreurs dont on avoit compris les fonds, s'étant opposés, & leurs fonds leur ayant été distraits, sauf la reprise : comme lesdits sieur de la Garde & sa femme les avoient voulu faire reprendre, & poursuivre à la cour lesdits acquéreurs, ils appellerent des sentences de distraction.

Ils pouvoient donc soûtenir que de droit le créancier ne pouvant directement s'adresser au tiers-détenteur, la saisie de leur héritage étoit abusive, & par conséquent que tant s'en faut que le juge ait dû ordonner une distraction provisionnelle, & sauf la reprise, qu'au contraire il étoit obligé de révoquer la saisie, ou du moins en faire main-levée pure & simple, après laquelle il n'y pourroit échoir aucune restitution des fruits. Mais il faudroit que lesdits sieur de la Garde & sa femme vinssent par action hypothéquaire, au lieu qu'ils demandent l'exécution d'une saisie injuste, & contraire au droit & à l'usage commun : & comme l'appel, en faisant réparer le grief, remet les choses au prémier état ; aussi la sentence de distraction ne pouvoit être réformée, qu'on ne considérât les choses, non comme elles s'étoient passées, mais comme elles se devoient passer, c'est-à-dire, comme si la saisie avoit été révoquée, ou que les fonds distraits n'eussent jamais été compris en la saisie & criées : au moyen de quoi les acquéreurs devoient être censés avoir toujours joui de leurs fonds, comme vrais maîtres & possesseurs de bonne foi, & non comme simples gardiens.

Les créanciers, au contraire, pouvoient dire, que les acquéreurs s'étant contentés d'une distraction provisionnelle, & sauf la reprise, n'ayant point reclamé, en étant demeurés là, c'est à tort qu'ils s'en veulent plaindre, comme si les actes de justice étoient illusoires, & qu'on se pût retracter si facilement de ce qu'on a une fois acccordé. Outre que la réformation prétendue seroit inutile, pour ne pouvoir avoir un effet rétroactif, ni faire que ce qui a été fait n'ait été fait, c'est-à-dire, que lesdits acquéreurs n'ayent joui précairement, & comme dépositaires de justice. Tellement que leur intention n'ayant pas été de jouir autrement & comme vrais maîtres, l'effet de la jouissance ne peut être que conforme, *cùm nemo sibi mutare possit causam possessionis*. Comme en la loi, *si quis conductionis C. de locato*, celui qui par ignorence de son droit a pris à louage son fonds propre, d'un qui le possedoit de bonne foi, ne peut changer la cause de sa possession, ni retenir l'héritage, mais est obligé de le délaisser, sauf à poursuivre après le relâche ; jusques-là même que plusieurs tiennent, que pendant le tems de louage, la prescription n'a pas laissé de courir, en faveur du locateur, contre le locataire, *qui non sibi, sed illi possidebat*, ainsi qu'a remarqué maître Antoine Mornac en ses commentaires sur le même endroit. Aussi la cour, sans s'arrêter à l'appel des sentences de distraction, a condamné les détenteurs à rendre compte des fruits depuis le tems de la distraction.

OBSERVATIONS.

L'Auteur dit que la cour a condamné un tiers acquéreur à rendre compte des fruits, parce que dans la saisie-réelle des biens de son vendeur, l'héritage par lui acquis ayant été compris, il n'en avoit obtenu la distraction que par provision, selon l'usage qui se pratiquoit en ce tems au siége de Montbrison ; mais comme cet usage, que l'auteur appelle avec raison un abus, ne se pratique plus, la question devient inutile.

BIU Cujas

DE LA DISCUSSION,
Et des fruits pendant icelle.

QUESTION DIX-SEPTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si le tiers-acquéreur est obligé de rendre les fruits par lui perçus pendant la discussion.*
2. *Raisons du créancier.*
3. *Raisons de l'acquéreur.*
4. *Opinion de Loyseau en faveur de l'acquéreur.*
5. *Dissertation de M. Henrys sur cette question.*
6. *M. Henrys panche pour le sentiment de Loyseau.*
7. *Arrêt du 28 mars 1626, qui semble avoir jugé, que le tiers-acquéreur est obligé à la restitution des fruits.*
8. *Arrêt du 8 février 1628, semblable au précédent.*
9. *Remarque de M. Henrys, que l'usage commun du palais est, que l'acquéreur est obligé de rendre les fruits.*
10. *Trois auteurs célebres qui tiennent, que l'acquéreur n'est pas obligé de rendre les fruits par lui perçus pendant la discussion.*
11. *Arrêt du 7 juillet 1684, qui l'a ainsi jugé.*
12. *Eloge de M. Voisin, conseiller d'état, & de M. Jabely, avocat.*
13. *Arrêt du 18 février 1701, rendu en grande connoissance de cause, qui condamne l'acquéreur à rendre seulement les fruits par lui perçus depuis la discussion faite, & de rembourser au créancier les frais de la discussion.*

QUESTION XVII.

Si l'acquéreur de bonne-foi venant à prendre connoissance de l'hypothèque d'un créancier, ou étant par lui poursuivi en déclaration d'hypothéque, cesse d'être en bonne-foi, & doit, après la discussion faite, rendre les fruits qu'il a perçus depuis qu'il a sçu l'hypothèque, ou que son fonds a été déclaré hypothéqué.

1 LA difficulté est bien plus grande, de sçavoir si le créancier ayant notifié son hypothéque au détenteur, ou l'ayant convenu en justice pour la simple déclaration d'hypothéque; cela le constitue en mauvaise foi, & l'oblige après la discussion du débiteur principal, de rendre les fruits qu'il a perçûs depuis la signification de l'hypothéque ou déclaration d'icelle.

Raison du Créancier.

2 On peut dire pour le créancier, que dès-lors que le détenteur est convenu en déclaration d'hypothéque, il cesse d'être en bonne foi, & par conséquent ne peut faire les fruits siens, qu'à condition de les restituer, s'il est évincé du fond, suivant la disposition de la loi 23, §. 1, *ff. de acquir. rerum domin.* où le jurisconsulte ayant décidé, que celui qui possede de bonne foi un serf, acquiert à soi ce que ce serviteur lui peut acquérir, il ajoute aussi-tôt: *tandiu autem acquirit, quandiu bona fide servit: cæterùm si cœperit scire esse eum alienum, vel liberum, videamus an ei acquirat: quæstio in eo est, utrum initium spectemus, an singula momenta; & magis est ut singula momenta spectemus.* Et en la loi *bonæ fidei emptor*, du même titre, ce point ayant été proposé, *Pomponius veretur ne non fit bonæ fidei possessor*, & en conséquence qu'il ne fasse pas les fruits siens: comme de fait, l'hypothéque ne peut être déclarée sur le fonds, icelui ne peut dès-lors être affecté pour le payement de la dette, que la même déclaration d'hypothéque ne s'étende aux fruits qui en doivent provenir, puisque l'accessoire suit le principal. Et tout ainsi que dès-lors que le détenteur sçait l'hypotéque, il ne peut prescrire, parce qu'il n'est plus en bonne foi: aussi par cette même raison il ne doit plus faire les fruits siens, au préjudice d'un créancier qui est dans les diligences de chercher son payement. Bartole l'a ainsi tenu sur la loi, *si fundus in venditione, versiculo interdum, ff. de pignorib.* où il résout que les fruits *consumpti mala fide veniunt in hypothecaria.* Et n'importe que le droit des novelles ait introduit le bénéfice de discussion, en faveur du tiers-acquéreur: car c'est une exception qui ne va qu'à le maintenir jusques à ce que la discussion du débiteur fasse voir s'il y a lieu d'exercer l'action hypothéquaire; outre que réguliérement la discussion se fait aux périls & fortunes de l'indiquant.

Raisons de l'acquéreurs.

L'acquéreur au contraire peut soutenir, que la connoissance ou déclaration de l'hypothéque ne 3
nuit point à sa bonne foi, quant à la perception

BIU Cujas

des fruits : car, comme dit le jurisconsulte en la loi 25 *ff. de usuris*, *bonæ fidei emptor quoad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu evictus non fuerit.* Sur quoi Godefroy remarque, que le possesseur qui a un titre, fait les fruits siens, pourvû qu'au commencement il ait eu de la bonne foi, sans que la science du droit, & l'hypothéque d'un tiers survenant, le rende comptable des fruits. En effet, c'est ce que la loi préalleguée semble décider assez clairement, quand elle dit que le possesseur *interim fructus suos facit, id est, dum possidet, & ante evictionem.* Quoique le §. *Pomponius* de la même loi semble en douter, il ne résout pourtant pas le contraire ; & quand il le feroit, il faudroit suivre la conciliation que le même Godefroy rapporte, sçavoir que ce §. est *stricti juris*, au lieu que les autres textes, *sunt æqui & boni* ; & c'est pourquoi leur équité doit prévaloir, parce qu'en toutes choses on regarde toujours le commencement, c'est lui qui influe au reste sa bonne ou mauvaise qualité, même en matiere de ventes, *tempus contractus inspicitur* : si bien qu'il suffit que l'acheteur *bonâ fide emerit, & possessionem bona fide adeptus sit*, comme il est dit *in l. 2. ff. pro emptore.* Que si la loi 22. au §. premier, *ff. de acquir. rerum domin.* semble contraire : aussi ces termes, *& magis est ut singula momenta spectemus*, sont suspects, & sentent fort une addition de la glose, comme a bien remarqué le docte *Antonius Fabert*, président de Chambery. Il n'importe que par la dénonciation de l'hypothéque, ou demande en déclaration d'icelle, la prescription soit interrompue ; car cela ne porte point de conséquence pour les fruits, comme il est dit en la loi *bonæ fidei* préalleguée. De fait, il y a diversité de raison, à cause que l'hypothéque étant déclarée, le tiers-détenteur ne la peut prescrire, quoique l'effet en soit differé : au lieu que continuant à jouir de bonne foi, puisqu'il est même incertain s'il devra, il n'y a rien qui l'empêche de faire les fruits siens ; autrement ce seroit lui rendre inutile le bénéfice de la discussion, & il vaudroit mieux que l'acquéreur quittât son fonds sans l'attendre, que s'il lui falloit après compter des fruits, & rendre peut-être plus qu'il n'a perçû. Bref, comme la restitution des fruits est référée à un tems précedent à la discussion, c'est autant comme si le fonds avoit été saisi, & le détenteur dépossedé, avant que le débiteur principal fût discuté, c'est-à-dire, avant que le détenteur fût véritablement débiteur : car, à dire vrai, il n'est débiteur que sous condition, & même, *incertum est an debiturus sit*, comme il est dit en la loi *decem. ff. de verbor. obligat.* Donc puisque lui ni son fonds ne doivent rien avant sa discussion ; qu'il est incertain s'il devra après icelle ; qu'en effet il ne peut être poursuivi qu'elle ne soit faite : il s'ensuit qu'il n'est pas obligé de délaisser son héritage, moins encore de payer, & par conséquent qu'on ne lui peut imputer aucune faute & demeure qui le constitue en mauvaise foi, & lui fasse perdre les fruits. C'est pourquoi on peut dire que c'est chose dure & contre raison, que le tiers-détenteur rende les fruits avant qu'il puisse être convenu ; que l'exécution s'étende avant le tems de l'action, & que l'effet précede sa naissance, comme il feroit, nonobstant la demande en déclaration d'hypothéque, qui n'a été introduite que pour interrompre la prescription, & conserver l'hypothéque, & non pour détruire le bénéfice de la discussion, en obligeant le tiers-acquéreur de restituer les fruits, avant qu'il puisse être hypothécairement convenu. Et quant à la doctrine de Bartole, elle se doit entendre de la vraie action hypothécaire : c'est d'elle que ce docteur a entendu parler, & non de la simple déclaration d'hypothéque, que Barthole & les autres docteurs *ultramontains* ont ignorée, & qui n'a été introduite que par un usage particulier en France, comme remarque le sieur Loyseau, au liv. 3 du déguerpissement, ch. 2.

Cette question est véritablement chatouilleuse & problématique, & je n'ai point trouvé qu'elle 5
ait été décidée par autre que par ledit sieur Loyseau, lequel au même livre 3, chapitre 15, article 8, tient nettement, que jusqu'à ce que la discussion soit faite, & que la vraie action hypothécaire puisse être intentée contre l'acquéreur, il pent jouir librement de son héritage, & en faire les fruits siens incommutablement, quand même il auroit souffert sentence d'interruption, ou passé déclaration d'hypothéque.

Mais pourtant à considérer la chose de plus près, 5
il semble que par la déclaration d'hypothéque, le tiers-détenteur demeure chargé de rendre les fruits, en cas que le créancier ne puisse être payé par le moyen de la discussion : car quand on dit qu'il suffit que l'acquéreur ait au commencement une bonne foi, & qu'il n'importe qu'après il prenne connoissance du droit d'autrui, cela ne se doit entendre que d'une simple notice, mais non de celle qu'on donne par une poursuite, en justice. De fait, il faut distinguer entre la mauvaise foi qui peut être présumée, & la mauvaise foi positive, qui est établie par la contestation en justice : celle-ci opérant un plus grand effet que l'autre. Comme par exemple, pour sçavoir si par la sommation ou dénonciation faite au possesseur de l'héritage, il est constitué en mauvaise foi, il faut tenir que si elle est faite *re integra*, avant l'acquisition, elle suffit ; mais si elle est faite après, elle ne suffit pas, il faut une interpellation & demande expresse, pour n'être le détenteur tenu d'en croire à cette simple sommation. C'est de la sorte qu'il faut entendre la loi *si feudum*, & la loi *certum cod. de rei vendit.* D'où s'ensuit qu'une demande en justice, une déclaration d'hypothéque, une sentence de condamnation, à la réserve de la discussion, opérant davantage qu'une simple dénonciation, elle doit constituer le détenteur en mauvaise foi, & l'obliger dès-lors à la restitution des fruits qu'il peut après percevoir, quoique l'effet en demeure suspendu, & nonobstant la loi 25 *ff. de usuris*, & autres textes qui semblent contraires, lesquels on doit concilier par cette distinction de la simple connoissance, & de celle qui est formelle, & causée par une contestation judicielle ; ou bien par la distinction que le sieur Loyseau au livre 5 chapitre 7, fait, après les interprêtes : sçavoir, que le possesseur de bonne foi gagne les fruits *sola perceptione quoad dominium*, mais non pas *quoad lucrum*, c'est-à-dire, qu'il peut jouir & prendre les fruits ; mais non pas incommutablement, *sed cum onere restitutionis*, en cas qu'il faille revenir à lui après la discussion faite.

En effet elle ne fait que suspendre la dette, de sorte qu'il est incertain, *an debiturus sit* ; mais ce doute levé par la discussion, le détenteur est censé vrai débiteur, même avec un effet rétroactif au tems de la déclaration d'hypothéque, tout ainsi que si la discussion n'eût pas été requise, parce que ce n'est qu'une simple exception qui regarde l'exécution, elle n'est que dilatoire, & non péremptoire : jusques-là, que nonobstant le bénéfice de la novelle 4 *de fidejussor.*, la discussion n'est point absolument nécessaire, si elle n'est demandée, n'étant point dûe *ipso jure*, mais seulement par forme d'exception & défense, si elle est opposée de bonne heure & avant que la cause soit réglée & contestée,

BIU Cujas

comme tient ledit ſieur Loyſeau au livre 3 chapitre 8.

C'eſt pourquoi le créancier avant la diſcuſſion ne laiſſe pas d'avoir ſon action contre le tiers-détenteur, & la peut librement intenter, ſauf au détenteur à oppoſer ſon exception, & ſe ſervir du bénéfice d'icelle, au défaut de quoi il en eſt exclus. Et de fait, le même ſieur Loyſeau au même endroit demeure d'accord, que le créancier intentant l'action hypothécaire, & ſe reſtraignant après à la ſimple déclaration, ne prend pas une nouvelle concluſion, mais modifie ſeulement la premiere. D'où il faut inférer que dès-lors le droit eſt acquis au créancier contre le détenteur; mais que l'effet en eſt ſuſpendu, & que la diſcuſſion ne ſert que pour faire voir ſi le débiteur principal aura de quoi payer, ou non : Ce qui étant connu, la ſentence de déclaration d'hypothéque opere la reſtitution des fruits, tout ainſi que ſi le détenteur eût dès-lors payé ou délaiſſé le fonds, comme il eût fait ſi l'inſolvabilité eût été notoire. Il n'importe que par ce moyen le bénéfice de la diſcuſſion ſemble inutile, parce que ce n'eſt que *ab eventu*; outre que ce bénéfice n'étant qu'une dilation, qu'une exception dilatoire, & le détenteur s'en étant ſervi, on ne peut dire qu'il lui ait été inutile.

De fait, ſur le conflit de deux conſultations contraires faites ſur cette queſtion, ayant été prié d'en faire une troiſiéme, deux des plus fameux avocats du palais ſe rangerent de ce côté, pour charger l'acquéreur de la reſtitution des fruits, depuis la déclaration de l'hypothéque, nonobſtant l'opinion dudit ſieur Loyſeau; de laquelle j'avoue
6 que j'ai peine à me départir, tant à cauſe du poids de ce judicieux auteur, que parce qu'elle me ſemble équitable, encore que le raiſonnement contraire ſoit fort. Auſſi je ne donne pas les arrêts ci-après inſérés pour réſolution de ce doute : car ayant été donnés en conſéquence d'une diſtraction proviſionnelle, & fauf à reprendre, je n'eſtime pas qu'ils ayent préjugé cette ſeconde queſtion, pour laquelle il faut attendre une déciſion plus aſſurée, quant à la demande & ſentence de déclaration d'hypothéque : car pour la ſimple dénonciation, elle ne va qu'à l'interpellation de la preſcription, & ne peut obliger à rendre les fruits.

Arrêt de la cour.

7 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre ſergent ſur ce requis, SALUT. Comme le jour & date des préſentes comparant en notredite cour François du Verney ſieur de la Garde, & damoiſelle Aymare Trunel ſa femme, demaudeurs en exécution d'arrêts, ſelon la commiſſion & exploit du 7 octobre 1623, & incidemment demandeurs par le moyen des repliques par eux fournies le 10 avril 1624, d'une part; & Jean du Perrin ſieur de Monloup, défendeur, d'autre : & encore leſdits du Verney & ſa femme, défendeurs en requête d'intervention du 4 juin audit an 1624, d'une part; & Anne Verdier autoriſée par juſtice, au refus de maître André Chabannes ſon mari, demandereſſe, d'autre. Vu par la cour ladite commiſſion & exploit du 7 octobre, ladite requête d'intervention, demandes, défenſes, répliques, avertiſſemens & productions deſdites parties, contredits deſdits du Verney & ſa femme, & ladite Verdier, ſuivant l'arrêt du trentiéme janvier dernier, forcluſion d'en fournir par ledit du Perrin, requête deſdits du Verney & ſa femme employée pour ſalvation; autre inſtance entre ledit du Perrin, demandeur en ſommation, ſelon le contenu en la commiſſion du 29 novembre 1623, d'une part, & Jacques Girard ſieur de Treciſſes, défendeur, d'autre; demandes, défenſes, appointement en droit, écritures & productions deſdites parties : autre inſtance entre ledit Girard, demandeur en contre-ſommation, ſuivant la commiſſion du 5 janvier 1624, d'une part, & ladite Verdier femme autoriſée par juſtice au refus dudit Chabannes, héritiere de défunt maître Pierre Verdier ſon frere, défendereſſe, d'autre, demandes, défenſes, appointement en droit, écritures & productions deſdites parties : Arrêt du 4 août 1625, entre André Chabannes, & ladite Anne Verdier ſa femme, appellans de la ſentence de diſtraction proviſoirement donnée par le bailli de Forêts, ou ſon lieutenant, le 14 août 1607, à la pourſuite & requête dudit Girard, d'une part, & leſdits du Verney & Trunel ſa femme, intimés, d'autre, par lequel ſur ledit appel leſdites parties auroient été appointées au conſeil, bailleroient leſdits appellans leurs cauſes & moyens d'appel dedans trois jours; & leſdits intimés leurs réponſes trois jours après, produiroient leſdites parties ce que bon leur ſembleroit dedans le tems de l'ordonnance : joint les fins de non-recevoir deſdits intimés, qui étoient, que leſdits appellans avoient écrit & produit, en l'ordre de l'adjudication faite ſur les héritiers de défunt Guy Verdier, & que par l'arrêt du 7 ſeptembre 1622, tous les droits & prétentions auroient été jugés & mis en ordre pour les ſommes par eux prétendues, & défenſes au contraire, ſur leſquelles ſeroit préalablement fait droit : cauſes d'appel, & défenſes auſdites fins de non-recevoir : réponſes, écritures & productions deſdites parties, contredits deſdits du Verney & ſa femme, ſuivant l'arrêt dudit jour 30 janvier; forcluſion d'en fournir par leſdits Chabannes & Verdier ſa femme : leſdites inſtances & appointé au conſeil jointes à ladite inſtance d'entre leſdits du Verney & ſa femme, & ledit Perrin : Tout conſideré : Dit a été, que ladite cour, entant que touche ledit appointé au conſeil, ſans s'arrêter auſdites fins de non-recevoir, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens, pour ce regard : Et faiſant droit ſur leſdites inſtances ſans s'arrêter à l'intervention de ladite Verdier, a ordonné & ordonne, que la piéce de terrre appellée Labory, contenant vingt quartonnées ou environ, de laquelle diſtraction auroit été faite par proviſion, par ladite ſentence du 14 août, ſera repriſe, pour être avec les autres héritages de défunt Guy Verdier, vendus & adjugés en la maniere accoutumée, une cinquiéme & ſuperabondante criée faite, au préalable; leſdits Perrin & Girard, chacun pour leur regard, en rendre & reſtituer les fruits par eux pris & perçus depuis le 14 août 1607, ſelon l'eſtimation qui en ſera faite par gens à ce connoiſſans, dont les parties conviendront par devant l'exécuteur de l'arrêt; & condamne ledit Perrin ès dépens de ladite inſtance : & ſur leſdites ſommation & contre-ſommations, a condamné & condamne ladite Verdier èſdits noms, à acquitter & indemniſer ledit Perrin & Girard de ladite condamnation, & ès dépens, tant en demandant que défendant, & de ladite contre-ſommation, tels que de raiſon : Fait en parlement le vingt-huit mai mil ſix cent vingt-ſix. Signé, RADIGUES.

Autre arrêt pour le même fait.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France 8

BIU Cujas

& de Navarre : Au premier des huissiers de notre cour de parlement, ou autre notre sergent sur ce requis, SALUT. Comme le jour & date des présentes comparant en notredite cour, François du Verney, sieur de la Garde, & Damoiselle Aymare Trunel sa femme, demandeurs en exécution d'arrêt, suivant la commission du 8 janvier 1625, & intimés, d'une part; & maître Pierre Rouzault, & Damoiselle Jeanne Cleppier sa femme, fille & héritiere de défunt Pierre Cleppier son pere, défendeurs, & appellans de la sentence de distraction du bailli de Forêts ou son lieutenant, du 10 novembre 1607, ensemble des saisies, criées, certification d'icelles faite de la maison dont est question, à la requête desdits demandeurs, comme étant des biens de défunt Guy Verdier, & de tout ce qui s'en est suivi, d'autre : Oui les procureurs desdites parties, & vû par notredite cour la commission dudit jour 10 janvier, défenses, repliques, appointement en droit, écritures, production, contredits & salvations desdites parties, suivant l'arrêt du premier février 1627, ensemble ladite sentence du 10 novembre, par laquelle auroit été ordonné que par distraction seroit faite par provision à Charlotte Giraud, veuve de maître Pierre Cleppier, de la maison sise à Monbrison proche la place du marché, à la charge de la reprise, & qu'elle demeureroit comprise au procès verbal de saisie & desdites criées, jusques à la certification d'icelles, se rendant gardiateur des revenus; lesdites saisies, criées & sentence de certification d'icelles, des 10 & 11 mai, & autres jours suivans de l'année 1607, arrêt du premier juillet 1626; & 18 mars 1627, par lequel sur lesdites appellations les parties auroient été appointées au conseil, bailleroient les appellans leurs causes d'appel dans huitaine; les intimés leurs réponses huitaine après, produiroient à la huitaine ensuivant ce que bon leur sembleroit, joint les fins de non-recevoir & défenses au contraire; lesdits appointemens au conseil joints à ladite instance : Requête desdits appellans du 12 mai 1627, par laquelle ils ont employé pour causes d'appel, les contredits par eux fournis en ladite instance, réponses desdits intimés, fins de non-recevoir & réponses, écritures, productions, contredits desdites parties suivant les arrêts; production nouvelle desdits Rouzault & sa femme; requête desdites parties, du 18 février & 30 mars dernier, respectivement employée pour contredits, salvations; & tout considéré : Notredite cour entant que touche lesdites appellations, sans s'arrêter aux fins de non-recevoir, a mis & met sur icelles les parties hors de cour & de procès, sans dépens pour ce regard; & faisant droit sur ladite instance, a otdonné & ordonne, que ladite maison sise à Montbrison, de laquelle distraction auroit été faite par provision, par ladite sentence du 10 novembre, & dont est question, sera reprise pour être vendue & adjugée en la maniere accoutumée, une cinquiéme, & superabondante criée faite au préalable; & condamne lesdits Rouzault & sa femme, en à rendre & restituer les fruits, depuis le 10 novembre 1607, pour être distribués avec le prix de l'adjudication de ladite maison, aux créanciers opposans selon leur ordre; & si a condamné & condamne lesdits Rouzault & sa femme, ès dépens de ladite instance. Si te mandons, à la requête desdits demandeurs, mettre le présent arrêt à exécution; de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notte cour de parlement le 8 jour d'avril, l'an de grace 1628, & de notre regne le 18, Signé, par la chambre. RADIGUES.

Afin que le lecteur ne s'y trompe pas, nous avons depuis vu quelques jugemens & arrêts qui condamnent le tiers acquéreur à rendre les fruits, depuis la sentence de déclaration d'hypothéque, contre lui obtenue. De sorte que nous pouvons assurer que c'est à présent l'usage commun du Palais. 9

OBSERVATIONS.

Si le tiers acquéreur, après la discussion, doit rendre les fruits par lui perçûs depuis la demande.

DAns cette question l'auteur examine, si un tiers acquéreur qui est assigné en déclaration d'hypothéque, doit, après la discussion des biens du vendeur, rendre les fruits de l'héritage par lui acquis du jour qu'il a été assigné en déclaration d'hypothéque.

L'auteur dit, que cela a été ainsi décidé par une consultation de deux des plus fameux avocats du palais; mais il déclare qu'il a de la peine à se rendre à cet avis. Cependant à la fin de la question, il avertit le lecteur, que depuis il a vû quelques jugemens & arrêts qui ont condamné le tiers acquéreur à rendre les fruits depuis la sentence contre lui rendue en déclaration d'hypothéque; de sorte qu'il assure que c'est l'usage commun du palais.

10 Nous avons plusieurs auteurs d'un mérite distingué, qui sont d'avis contraire. Le premier est M. Charles Loyseau, dans son traité du déguerpissement, livre 5, chap. 15 nomb. 8, qui dit que dans toutes les coutumes où la discussion est nécessaire, le tiers acquéreur ne peut être tenu a restitution des fruits, jusqu'à ce que la discussion ait été faite, quand même il auroit souffert sentence d'interruption ou passé déclaration d'hypothéque : car cela n'a effet que pour conserver l'hypothéque, & empêcher la prescription, & non pas pour troubler la jouissance libre de l'héritage, & empêcher le gain des fruits que fait l'acquéreur, non-seulement comme possesseur de bonne foi, mais comme vrai seigneur de l'héritage, en attendant que la discussion soit faite, & que la vraie action hypothécaire puisse être intentée contre lui.

Le second est M. Barthelemy Auzannet, dans ses mémoires sur l'art. 102, de la coutume de Paris. Il dit que le tiers détenteur qui déguerpit après la discussion des héritages

par

BIU Cujas

par lui indiqués, ne doit aucuns arrérages ni fruits. Il cite un arrêt du mois de décembre 1609, rendu en la premiere chambre des enquêtes, au profit de M. du Tillet, greffier en chef, qui l'a ainsi jugé. * Dans son recueil d'arrêts, liv. 2, ch. dern. il rapporte l'espece de cet arrêt, avec les moyens des parties fort au long.

Le troisiéme est Dupineau, sur la coutume d'Anjou, art. 22, il rapporte un arrêt du 5 mai 1640, rendu dans la coutume de Touraine, qui l'a ainsi jugé.

Cela a encore été jugé de la même maniere dans la même coutume, au profit des religieuses Urselines de la ville de Tours, contre messire Charles Forget, baron de Brulevert, capitaine des chasses, par arrêt du septiéme jour de juillet 1684, rendu en la quatrieme chambre des enquêtes, au rapport de Monsieur Voisin, à présent conseiller d'état, & l'un des magistrats du royaume le plus accompli. M. Jabely ancien avocat, avoit écrit au procès; il a eu la bonté de me donner la date de l'arrêt, & de me communiquer le factum qu'il avoit fait, dans lequel il y beaucoup d'érudition. Je dois cette justice à M. Jabely, de dire qu'il ne le céde à aucun avocat de ce tems, en lecture & dans la connoissance des auteurs. 11 12

Enfin cette question vient d'être décidée à l'avantage de l'acquéreur, en la grand'-chambre, par arrêt rendu le 18 février 1701, au rapport de monsieur Robert, conseiller clerc, qui est très-habile, après avoir vû sur le bureau les anciens arrêts. M. le Roi le jeune avoit écrit au procès, il m'a fait l'amitié de me prêter son factum, dans le quel il y a aussi beaucoup d'érudition; il cite un très-grand nombre d'auteurs, il mériteroit de trouver place ici; mais il contient beaucoup de choses touchant le fait & la procédure, dont le lecteur ordinairement ne se soucie guéres; ainsi je me contenterai de rapporter l'arrêt, que je tiens aussi de lui.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces présentes lettres verront, Salut. Savoir faisons que comparant à notredite cour M. Louis Cranson notre conseiller élu en l'élection de Sens, & Edme Bellere, laboureur à Rozoy, appellans des sentences rendues au bailliage de Sens, les 6 septembre 1672, & 17 mars 1678, & de tout ce qui s'en est ensuivi, d'une part; & M. Jean Girardet, avocat en la cour, tant en son nom, que comme tuteur de Marguerite Girardet sa fille, créanciere & exerçant les droits de défunt François Michon, intimé, d'autre: & entre ledit Girardet audit nom, demandeur aux fins des commissions de chancellerie, & exploit des 16 & 24 avril 1698, & messire Louis le Coutellier, chevalier, seigneur de Joui, ès noms qu'il procéde, défendeur, d'autre; & entre M. Jean Berthier, Conseiller du roi, substitut du procureur-général au bailliage de Nemours, Thomas du Quesnoy, chevalier, seigneur de Usorannes, & dame Anne Berthier son épouse, Claude de Bernard, écuyer, sieur des Bergeries, à cause de Geneviéve Berthier son épouse, demandeurs en requête d'intervention, du 31 décembre 1698, & lesdits Girardet & Cranson, défendeurs: & entre lesdits Berthier, Thomas du Quesnoy, Anne Berthier son épouse, Nicolas Bernard & dame Geneviéve Berthier son épouse, demandeurs, aux fins de la commission & exploits des 10 & 24 janvier 1699, & Louis le Mesle maître tailleur d'habits à Paris, curateur créé par justice aux successions vacantes de défunt François Michon, marchand à Montargis, & sa femme, défendeurs, & encore lesdits Berthier & consors, demandeurs aux fins desdites commissions & exploits des 10 & 24 janvier 1699, & maître Simon Mouslier, conseiller du roi en l'élection de Montargis, & damoiselle Anne Michon, défendeurs; & entre Louis le Coutellier, seigneur de Joui, tant en son nom, que comme ayant la garde noble de ses enfans & de défunte dame Marie Berthier, François Berthier, Thomas du Quesnoy, mari de dame Anne Berthier, & Claude Bernard seigneur des Bergeries, à cause de Dame Geneviéve Berthier son épouse, demandeurs en requête du vingt-sixiéme jour du mois d'avril 1700 & lesdits Louis Cranson, Jeanne Girard, & Louis le Mesle, Simon Mouslier & sa femme, défendeurs: & entre lesdits Simon Mouslier, & Anne Michon sa femme, demandeurs en requête du 30 dudit mois d'avril; & lesd. sieurs le Coutellier & consorts, Jeanne Girardet & Cranson défendeurs. Vues par notredite cour les sentences du Bailliage de Sens, dont est appel; la premiere du 6 septembre 1692, rendue entre ledit Louis le Coutellier, étant aux droits de feu François Berthier, par contrat du 27 janvier 1670, par lequel Berthier étoit aux droits de Simon Moulinet, contre ledit Cranson défendeur & demandeur, & Anne Michon sa femme qui étoit aux droits de François Michon, par contrat du vingt-deux février mil six cent soixante & douze, demandeur en garantie contre le sieur de Gauville, par laquelle auroit été ordonné *que ledit le Coutellier discuteroit aux périls & fortune dudit Cranson, les biens dud. Gauville; cependant que led. Cranson passeroit à son retour de l'armée une hypothéque aud. le Contellier, générale & subsi-* 13

BIU Cujas

diaire, aux frais dud. le Coutellier; & adjugeant le profit dudit défaut donné contre led. Gauville, il auroit été condamné d'acquitter & indemniser ledit Cranson de la demande dudit le Boutellier pour raison des sommes de 7400 livres de principal, & 2888 liv. d'arrérages, faire cesser les poursuites; ensorte que ledit Cranson n'en fût à l'avenir poursuivi ni inquieté & aux dépens, tant en demandant, défendant, que de la sommation. La 2e. du 17 mars 1698, rendue entre led. Girardet, demandeur contre led. Cranson, & Edme Bellere laboureur à Rozoy, défendeur; par laquelle la sentence du 6 sept. 1672 auroit été déclarée commune avec lesd. Cranson & Bellere; ce faisant auroient été condamnés comme détenteurs jouissans & possédans une métairie sise à Rozoy le viel, circonstances & dépendances, payer audit Coutellier de Joui tous les arrérages dûs & échus de rente de quatre cents onze liv. deux sols par an, & à lui continuer le paiement d'icelle à l'avenir, si mieux n'aimoient déguerpir ladite métairie, circonstances & dépendances, originairement acquise par Matthieu Cranson pere dudit Louis Cranson, en *rapportant les indues jouissances*, & aux dépens: commission du 16 avril 1698 obtenue en la chancellerie, à ce qu'il lui fût permis de faire assigner en ladite cour ledit sieur le Coutellier & les héritiers de M. François Berthier, pour voir déclarer commun avec eux l'arrêt qui intreviendroit sur l'appel de la sentence du bailli de Sens du 17 mars 1698, avec dépens: arrêt du 28 Juin 1698, par lequel sur l'appel parties auroient été appointées au conseil, & sur la demande en droit & joint: défenses desdits Coutellier & consorts; causes d'appel du 8 Août audit an desdits Cranson & Bellere, contenant leurs conclusions, à ce que l'appellation & ce fussent mis au néant, en ce que l'appellant est condamné à rapporter les indues jouissances qu'il a perçues de la métairie scise à Rozoy le vieil, dont est question, & aux dépens; émandant quant à ce, il fût ordonné qu'en déguerpissant, ils ne seroient tenus de rapporter que les jouissances échûes depuis la contestation en cause, & condamner l'intimé aux dépens des causes principales & d'appel; réponses à cause d'appel du 24 janvier 1701, desdits Cranson & Bellere: productions des parties & contredits respectivement fournis les 10 février 1699, 19 avril 1700 & 4 janvier 1701: Requête du 11 dud. mois de janvier, desdits Cranson & Bellere, employée pour contredits; salvations du 15 dudit mois desd. le Coutellier & consorts; la requête du 31 décembre 1698 desdits Berthier, du Quesnoy & consorts, à ce qu'il soient reçus parties intervenantes en l'instance en question, leur donner acte de ce qu'ils se joignent avec le sieur de Joui pour faire confirmer la sentence du bailliage de Sens du 6 septembre 1672, obtenue par ledit sieur de Joui, & dire qu'ils employoient pour écritures & productions le contenu en leur requête, & les piéces y énoncées; & faisant droit sur leur intervention, en confirmant la sentence dudit jour 6 septembre 1672 où ledit Girardet prétendoit la priorité d'hypothéque, au préjudice du sieur de Joui, ou entrer en concurrence avec lui, sur les biens dont led. Cranson ou autres sont détenteurs, ledit Girardet fût débouté de sa demande, fins & conclusions, & condamné, ainsi que ledit Cranson, aux dépens, sans préjudice de leurs autres droits & actions: Arrêt du 19 janvier 1699, par lequel lesdits Berthier & consorts auroient été reçus parties intervenantes en l'instance; & pour faire droit, les parties auroient été appointées en droit, & joint: Requête du 12 mars audit an, dudit le Coutellier & consors, employée pour plus amples défenses, moyens d'intervention & avertissement production dud. le Coutellier & consorts, suivant ledit arrêt; requête du 5 mars 1699 obtenue en chancelerie par led. Bertier & consors, à ce qu'il lui fût permis de faire assigner en la cour Simon Mouslier, Anne Michon sa femme, & tous autres qu'il appartiendroit, pour voir déclarer commun avec eux l'arrêt qui interviendroit, & voir dire qu'acte leur seroit donné de ce qu'ils sommoient & dénonçoient audit Mouslier l'appel interjetté par ledit Cranson, de la sentence rendue au profit du sieur le Coutellier de Joui au bailliage de Sens, le 6 septemebre 1672, même la demande & prétention dudit Girardet pour autant qu'elle se trouveroit contraire aux droits & prétentions dudit Berthier & consorts, faisant droit sur la sommation, ledit Mouslie & sa femme fussent solidairement condamnés de se joindre avec ledit sieur le Coutellier de Joui & sa femme, & faire confirmer ladite sentence du Bailli de Sens, sur l'appel interjetté par ledit Cranson, même la demande dudit Girardet, autrement faute de ce faire, qu'ils seroient condamnés payer audit Berthier & consorts, le prix desdites fermes & héritages sur le pié du contrat, avec restitution des fruit, qu'ils seroient condamnés payer audit Berthier & consorts, & en tous les dépens tant en demandant, défendant, que de la sommation: l'exploit d'assignation du 24 janvier 1699, donné en la cour aux fins de ladite commission, audit Mouslier & Anne Michon sa femme, & à Louis Lemesle curateur aux successions vacantes des sieurs Michon; défenses dudit Lemesle du 15 mai ensuivant; arrêt d'appointé en droit, & joint du 23 dudit mois; requêtes des deux juin 1699, 19 & 22 jours d'avril 1700 desdits Lemesle ès noms, Berthier & consorts, employées pour

BIU Cujas

écritures, productions & contredits ; les commiſſions & exploit deſdits Berthier & conſorts, deſdits jours 10 & 24 janvier 1699 ; défenſes dudit Mouſlier du trois avril audit an : Arrêt d'appointé en droit & joint du dix-neuf avril mil ſept cent. Requêtes des 22 & 23 dudit mois d'avril deſdits Mouſlier Bertier & conſors, employées pour avertiſſement, écritures & productions : Requête du 24 dudit mois d'avril deſdits Berthier, employée pour contredits ; la requête du 27 avril 1700, de Louis le Coutellier & conſorts ; à ce qu'il leur fût donné acte, de ce qu'en augmentant & expliquant autant que de beſoin, les concluſions qu'ils ont priſes en l'inſtance, ayant égard à leur intervention & demande, ſans s'arrêter à celle dudit Girardet, en ce qu'elle peut y être contraire ; les appellations deſdits Cranſon & conſorts fuſſent miſes au néant, avec amende & dépens, l'arrêt déclaré commun avec ledit le Coutellier & conſors ; & en conſéquence ledit Cranſon & Bellere fuſſent condamnés payer audit le Coutellier les arrérages échus de la rente de quatre cents onze livres deux ſols deux deniers par an, au jour de la ſentence du ſix ſeptembre mil ſix cent ſoixante-douze, ceux depuis échus & qui écherroient, las frais & miſes d'exécutions & autres acceſſoires, continuer ladite rente tant qu'elle aura recours, juſqu'au rembourſement du ſort principal, ſi mieux ils n'aimoient déguerpir la métairie y affectée, pour être vendue & décretée en la maniere accoutumée, & en rapporter chacun à leur égard, même ledit Cranſon pour ledit Bellere, tous les fruits depuis ladite ſentence du ſix ſeptembre 1672, ſuivant l'eſtimation qui en ſeroit faite pardevant le plus prochain juge royal des lieux, en la maniere accoutumée, pour être le prix de la vente, & la ſomme à laquelle monteroit ladite eſtimation, payé audit de Joui, ſur & tant moins & juſqu'à concurrence dûe deſdits arrérages de rente, frais & miſes d'exécution, & ſort principal ; ce qu'ils ſeroient tenus d'opter huitaine après la ſignification de l'arrêt qui interviendroit ; ſinon déchus en vertu dudit arrêt, & ſans qu'il en fût beſoin d'autre, & l'option réſervée audit le Coutellier ; qu'ils ſeroient condamnés en outre, du moins ledit Cranſon, perſonnellement, aux frais & dépens de la diſtraction ordonnée par lad. ſentence du 6 ſeptembre 1672, depuis faite, pour ſûreté & conſervation des arrérages & principal de ladite rente, lui & ledit Bellere, chacun à leur égard, aux dépens des cauſes d'appel, intervention & demande, même ceux faits par ledit le Coutellier & conſorts, contre & à l'égard deſdits Girardet, Mouſlier & ſa femme & Lemeſle, en demandant & défendant ; tous leſquels dépens, leſdits le Coutellier & conſorts pourroient employer ſi bon leur ſemble, en frais & miſes d'exécution, & déclarer leſdits Lemeſle, Mouſlier & ſa femme, & acte audit le Coutellier & ſa femme, de ce que pour écritures & production ils employoient le contenu en leur requête ; au bas de laquelle eſt l'ordonnance de la cour, portant acte ; & que les défendeurs fourniroient des défenſes, produiroient, joint & acte de l'emploi : Requêtes des vingt-huit dudit mois d'avril, vingt juillet mil ſept cent, & douze janvier mil ſept cent un deſdits Mouſlier & ſa femme, Girardet, Cranſon & Bellere, employées pour défenſes, écritures & productions, ſuivant ladite ordonnance : ſommation d'y ſatisfaire par ledit Lemeſle : Requête du 30 avril audit an 1700 deſdits Mouſlier & ſa femme, employée pour contredits contre les productions deſdits Berthier, Cranſon & Bellere, contenant leur demande ; en ce que mettant les appellations au néant avec amende, & adjugeant audit le Coutellier, Berthier & conſors, dont leſdits Mouſlier & Michon étoient garants, les concluſions qu'ils ont priſes contre leſdits Bellere & Cranſon, déclarer ledit arrêt commun avec leſdits Mouſlier & ſa femme, leſdits Cranſon & Bellere ſeroient condamnés en tous les dépens deſdits Mouſlier & ſa femme, même en la demande contr'eux formée par leſdits Berthier & conſors, tant en demandant que défendant, & de l'incident, & leur donner acte de ce que pour écritures & production ils employoient le contenu en leur requête ; au bas de laquelle eſt l'ordonnance de la Cour, portant, ait acte, & que les défendeurs fourniroient de défenſes, produiroient, joint & acte de l'emploi : Requêtes des 4 & 20 juillet 1700 & 11 janvier 1701, deſdits le Coutellier, Berthier & conſorts, Girardet, Cranſon & Bellere, employées pour défenſes, écritures & production, ſuivant ladite ordonnance : production nouvelle dudit Girardet, par requête du 20 janvier 1701, ſervant de réponſes aux ſalvations du 4 dudit mois de janvier : Requête deſdits Cranſon & Bellere du 25 dudit mois, employée pour contredits contre icelle ; acte de rédiſtribution de l'inſtance à M. François Robert, conſeiller, au lieu de M. de Saintot. Tout joint & conſidéré : notredite Cour faiſant droit ſur le tout, à mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant, en ce que leſdits Cranſon & Bellere ſont condamnés indéfiniment à rapporter les indues jouiſſances par eux faites de

BIU Cujas

la métairie ſiſe à Rozoy le vieil, & dépendances dont eſt queſtion, & aux dépens : émendant quant à ce, condamne ledit Cranſon à rapporter leſdites jouiſſances, à compter du 17 mars 1698, ſeulement; & de payer auſdits le Coutellier & conſorts, les frais & dépens de la diſcuſſion ordonnée par la ſentence du ſixiéme ſeptembre 1672, les ſentences au réſidu ſortiſſant effet; déclare l'arrêt commun avec ledit Mouſſier, ſa femme, & Lemeſle audit nom, tous dépens compenſés. Si mandons au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, faire pour l'exécution du préſent arrêt, tous exploits de juſtice requis & néceſſaires; de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour de Parlement le dix-huitiéme jour de février l'an de grace 1701 & de notre regne le cinquante-huitiéme. Collationné. *Signé*, par la chambre, du Tillet.

DU DÉGUERPISSEMENT.

QUESTION DIX-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le déguerpiſſement doit avoir lieu, quand le contrat eſt conçu en termes de vente.*
2. *Raiſons du preneur, pour établir qu'il doit être reçu à déguerpir.*
3. *Raiſons de vendeur pour empêcher le déguerpiſſement.*
4. *Sentence du bailli de Forêts, qui déclare l'héritier du preneur non-recevable au déguerpiſſement.*
5. *Sentence arbitrale de trois avocats du parlemeat, & de M. Henrys, qui admet le déguerpiſſement.*
6. *Eloge des avocats du parlement.*

QUESTION XVIII.

Si le contrat étant conçu en termes d'une vente, on eſt recevable à déguerpir l'héritage, pour ſe libérer de la rente & de l'obligation & hypothéque générale, que le créancier pouvoit avoir pour icelle.

1 PAR contrat du ſecond décembre 1629 : *Titius* remét à *Mævius* un domaine pour la ſomme de ſix mille livres; & parce que les termes auſquels ce contrat ſe trouvoit conçu, ont fait douter ſi c'étoit une vendition ou un bail à rente fonciere, ſera préſuppoſé que ledit contrat porte, que *Titius* a vendu, cédé, quitté & remis, vend, cede, quitte & remet un tel domaine; & enſuite, la préſente vente faite, moyennant la penſion annuelle, perpétuelle & fonciere de trois cent livres, retenue & réſervée par ledit vendeur, au lieu du ſort principal de ſix mille livres, & laquelle penſion l'acquéreur promet & s'oblige payer, & icelle continuer tant & ſi longuement qu'il garderoit en ſes mains la ſomme principale de ſix mille livres, avec obligation générale de ſes perſonne & biens, outre l'hypothéque ſpéciale, réſervée ſur le domaine.

Mævius quelques années après, trouva que la rente étoit exceſſive, & s'en voulant libérer, fait ſignifier par acte reçu par notaire en preſence de témoins, qu'il déguerpit les héritages : enſuite de quoi procès eſt meu pardevant le bailli de Forêts; ſur ce prétendu déguerpiſſement, auquel *Mævius* eſt ſoutenu non-recevable, tant parce qu'il ne l'avoit fait ſelon les formes requiſes : que parce qu'il s'agiſſoit d'un contrat de vente qui oblige à perpétuité l'acquéreur, nonobſtant qu'il quite la choſe vendue.

Le demandeur ſoutenoit donc qu'il étoit bien recevable à déguerpir : car encore qu'on ait autrefois douté ſi le preneur ou ſon héritier pouvoit abandonner la choſe, & par cet abandonnement faire ceſſer leur obligation; néanmoins la plus commune opinion s'eſt rangée pour le déguerpiſſement, que les arrêts ont reçu, & l'uſage a confirmé en la perſonne du preneur ou de ſon héritier, comme on peut apprendre de M. Charles Loyſeau, qui au liv. 4 chap. 11, ne traite & raiſonne la queſtion de part & d'autre, que pour la réſoudre en faveur du preneur & de ſon héritier, qu'il dit n'être obligés perſonnellement, qu'entant qu'ils détiennent la choſe, & ſont poſſeſſeurs d'icelle : de ſorte que cette obligation perſonnelle n'étant en ce cas qu'acceſſoire de la réelle, celle-ci ceſſant par le délaiſſement de l'héritage baillé à titre de rente, l'autre doit auſſi ceſſer. C'eſt ce que dit l'article 109, de la coutume de Paris : car ayant décidé que le preneur peut renoncer, en payant tous les arrérages du paſſé, & le terme enſuivant, quoiqu'il eût promis payer la rente, & obligé tous ſes biens, elle ajoute : & s'entend telle promeſſe tant qu'il eſt propriétaire.

2 Diſoit au ſurplus le demandeur, que le contrat ne pouvoit être pris que pour un bail à rente, & non pour un contrat de vente, encore qu'on eût parlé de vendre, & que ledit contrat ſoit qualifié vente; parce qu'il faut plûtôt s'attacher à l'intention des parties, qu'aux paroles, *plus valet quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur* : & comme deux choſes ſont eſſentielles pour la perfection d'une vente; ſçavoir, la tradition de la choſe, &

BIU Cujas

la convention du prix d'icelle; auſſi lorſqu'il n'y a point de prix, & qu'au lieu d'icelui, on baille quelqu'autre choſe, on ne peut dire que ce ſoit une vente, mais bien plûtôt une permutation ou bail à rente. C'eſt pourquoi Juſtinien détermine fort à propos au §. 2. *Inſt. de emp. & vend. pretium in numerata pecunia conſiſtere debet ;* enſuite de quoi il conclut, qu'on ne peut confondre la permutation avec la vendition, & que l'opinion de *Proculus* doit prévaloir à celle de *Sabinus & Caſſius, qui étiam in alia re putabant pretium poſſe conſiſtere.* Ce que l'empereur a emprunté du juriſconſulte *Paulus*, & de la loi premiere, §. premier, *ff. de contrah. empt.* Tant y a que *emptio rebus fieri non poteſt*, comme dit la loi, *penult. C. de rerum permutatione* : c'eſt pourquoi il faut un prix certain, qui ſoit payé ſur le champ, ou qu'on promette payer à terme préfix.

D'où le demandeur inféroit, que la vente n'ayant été faite que pour une penſion annuelle & perpétuelle, on avoit uſé improprement du mot de vente; mais pourtant que cette dénomination ne change point la nature du contrat, comme en la loi, *inſulam ff. de præſcript. verbis*, une iſle ayant été vendue à la charge d'en refaire une autre ſans autre prix, le juriſconſulte répond, *nullam eſſe venditionem, ſed civili intentione incerti agendum eſſe* ; parce que la convention, *conſiſtit ſine pertio*, ainſi que celle de queſtion, laquelle n'eſt en effet qu'un bail à rente, puiſqu'elle aboutit à l'obligation d'une rente, & fait voir que *Titius* a eu intention de la créer, & impoſer ſur ſes héritages; comme *Mævius*, de prendre leſdits héritages ſous la charge de cette rente, & non pour un prix qui fût exigible.

Le défendeur au contraire demeurant d'accord que par l'uſage commun le preneur peut déguerpir, diſoit que cela n'a lieu qu'en un bail à rente, & non pas en un contrat de vente; parce qu'au
3 premier on ne s'oblige qu'à cauſe de la choſe, entant qu'on la poſſede; au lieu qu'au ſecond il y a une obligation perſonnelle pour le prix, qui ſuit toujours l'acquéreur, & ne le quitte point, encore qu'il quitte la choſe par lui acquiſe: de ſorte que le contrat de queſtion étant conçu en termes d'une vendition, c'eſt en vain qu'on veut déguerpir, puiſqu'on demeureroit toujours obligé; & c'eſt pourquoi toute la difficulté tombant ſur la nature du contrat, il la faut juger par les termes, *quorſum enim verba, niſi ut mentem demonſtrent.*

Donc étant porté par le contrat qu'on a vendu, cédé & remis, que la préſente vente a été faite moyennant, &c. l'intention des parties ne peut avoir été conforme qu'à ce qu'elles ont déclaré. Il en faut demeurer là, & n'importe que le prix ne ſoit pas *in numerata pecunia*, parce que ce n'eſt pas *numeratio pretii, ſed conventio, quæ perficit venditionem, l. 1. in fine ff. de contrah. empt.* N'importe non plus qu'il n'y ait point de terme préfix pour payer le prix; parce qu'il n'y a rien qui répugne, qu'il ne ſoit remis aux choix de l'acheteur : il eſt bien néceſſaire qu'on convienne du prix, & qu'il ſoit certain, mais le tems du payement ſe peut remettre à la commodité de l'acheteur, en payant cependant le profit ou intérêt, que les Canoniſtes appellent l'uſure compenſatoire. De fait ſi la vente avoit été faite moyennant le prix & ſomme de ſix mille livres, & que l'acheteur eût convenu qu'il ne pourroit être contraint de payer ladite ſomme, en payant par lui la rente annuelle de trois cens livres, pour les intérêts d'icelle, en récompenſe des fruits de la choſe vendue; cette convention n'empêcheroit pas que ce ne fût une vente, & ne donneroit pas lieu au déguerpiſſement : lequel partant ne peut être reçû aux termes du contrat dont eſt queſtion. C'eſt la même choſe que la vente ait été faite moyennant une rente annuelle & perpétuelle de trois cens livres, au lieu de ſix mille livres, & que l'acheteur ſe ſoit obligé de la payer, tant & ſi long-tems qu'il ſeroit débiteur de ladite ſomme : ou que la vente eût été faite moyennant ſix mille livres, & à condition de ne pouvoir contraindre l'acquéreur pour icelle, tant & ſi long-tems qu'il voudroit payer trois cens livres par an pour le revenu. En effet l'un revient à l'autre, & le prix ſe trouve converti en rente, ou plûtôt la rente ſe trouve créée non ſur la choſe, mais ſur le prix d'icelle; tout ainſi que ſi le vendeur avoit touché les deniers, & iceux baillé en rente, ſuivant la regle vulgaire de droit, par laquelle, *celeritate conjungendorum actuum unus occulatur, & alter proditur.*

Auſſi maître René Chopin ſur la coutume de Paris, liv. 3. chap. 2. art. 6. tient, que la rente étant rachetable ſous un principal exprimé, le preneur ne peut déguerpir, *cùm ſit potius emptor, quàm conductor pretii vectigalis*, & que c'eſt par cette raiſon qu'il doit lods, ſuivant l'art. 78, de la coutume de Paris : Que ſi cet auteur l'a déterminé ſi librement en un bail à rente, lorſqu'elle eſt rachetable, s'il a tenu qu'il équipole à une vente, *redhibitoria annui reditûs pactione ſubjecta, quaſi uſurarum pretii ad aſſem redactarum*; ne diroit-il pas avec plus d'aſſurance en l'hypothéſe de la cauſe, que *Mævius eſt potius emptor quàm conductor pretii vectigalis*, & que ſi la rente a été convenue, c'eſt que *æſtimatæ rei pretium non habebat in numerato* : attendu même qu'il n'eſt pas dit par le contrat que la rente ceſſera par le délaiſſement de l'héritage, mais par le payement de la ſomme pour laquelle auſſi il y a obligation perſonnelle, & hypothéque générale de tous les biens de l'acquéreur.

Ajoutoit encore le défendeur, que le déguerpiſſement n'avoit été fait en jugement, & ſelon la forme preſcrite par l'article 109 de la coutume de Paris, & qu'il étoit défectueux en ſes offres & conditions, même pour ne délaiſſer les héritages au même état qu'ils avoient été baillés.

Sur cette conteſtation le bailli de Forêts, par ſa ſentence du premiers mars 1636, ayant déclaré 4
l'héritier du demandeur non-recevable au déguerpiſſement : & en conſéquence ayant déclaré le contrat exécutoire ſur les biens du défunt, il y en eût appel relevé en la cour, où les parties, pour obvier à plus grands frais & longueurs de procès, s'en étant remis au jugement de quatre avocats, au nombre deſquels j'eus l'honneur d'être admis, (1) on trouvera la queſtion douteuſe, mais pourtant plus favorable pour le déguerpiſſement; & ainſi le réſultat fut, de mettre l'appel- 5
lation, & ſentence au néant; & en émendant, recevoir le déguerpiſſement, en remettant les héritages en bon état, & payant les détériorations,

(1) La réputation de l'auteur étoit ſi grande, qu'étant à Paris où il avoit été appellé par Monſieur le Chancelier Séguier, pour travailler à la réformation de la juriſprudence; il étoit ſouvent appellé aux conſultations, & choiſi pour arbitre. Les plus célébres avocats de ce tems-là ſe faiſoient un honneur de conſulter & d'être arbitres avec lui; & même après qu'il fut retité dans ſa province, quand il ſe préſentoit quelque queſtion importante, les avocats lui envoyoient des mémoires pour ſavoir ſon ſentiment.

BIU Cujas

dont on fit la liquidation pour ſortir les parties d'affaires, & dépens.

Et quoique je me ſois propoſé de ne rien avancer, ſans me voir autoriſé d'un arrêt, je m'en ſuis pourtant voulu relâcher en ce point, à cauſe que cette matiere n'étant pas ſi commune en pays de droit écrit, & notamment en Forêts, qu'elle eſt en la France coutumiere, jai cru que pluſieurs pourroient tirer quelque profit de la queſtion, & s'éclarcir des conditions qui peuvent empêcher le déguerpiſſement en la perſonne du preneur; ſçavoir, quand le contrat eſt en forme d'une vraie vente, & que la rente n'eſt ſtipulée qu'au défaut de payer le prix, & tant & ſi longuement qu'il demeurera entre les mains de l'acquéreur; ou bien quand par le bail le preneur ſe charge de mettre aucun amendement, ou promet fournir & faire valoir la rente, & à ce oblige tous ſes biens, comme porte l'article préallegué 109, de la coutume de Paris.

OBSERVATIONS.

Du déguerpiſſement.

LA matiere du déguerpiſſement eſt doctement & judicieuſement traitée par M. Charles Loyſeau, dans ſon traité du déguerpiſſement. Elle eſt auſſi traitée par les commentateurs de la coutume de Paris, ſur les art. 101, 102, 109, & 110.

L'auteur remarque que cette matiere n'eſt pas ſi commune dans les pays de droit écrit, que dans ceux de coutume; ainſi dans les queſtions qui ſe préſentent ſur cette matiere il faut avoir recours aux auteurs des pays coutumiers.

6 Je ſuis bien aiſe que mon auteur me fourniſſe occaſion de rendre juſtice aux avocats du parlement de Paris. Il y en a pluſieurs qui ont la ſcience univerſelle de toute la juriſprudence, ſoit du droit Romain, ſoit du droit coutumier; mais ils excellent principalement dans la connoiſſance du droit François, & dans les matieres bénéficiales.

DE LA PRESCRIPTION.

QUESTION DIX-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *L'opinion de Papon, qu'en pays de de droit écrit toutes les actions ſe preſcrivent par trente ans, réfutée.*
2. *En droit, pour preſcrire par un acquéreur, il ſuffit d'avoir acquis à* præſumpto domino, *quoique ce vendeur ne fût pas dans la bonne-foi.*
3. *Juſtinien, par ſa novelle 119, deſire la bonne-foi dans le vendeur, quand le propriétaire ignore l'aliénation.*
4. *Arrêt du 6 mai 1637, confirmatif des ſentences du bailli de Forêts & du préſidial de Lyon, qui avoient jugé, qu'il ſuffit que l'acquéreur ſoit en bonne-foi.*
5. *La coutume de Paris eſt conforme à la diſpoſition du droit ſur la preſcription de dix, vingt & trente ans.*
6. *En droit il y a trois maximes certaines ſur les preſcriptions.*

Donataires.

7. *Les donataires entre-vifs preſcrivent par le même tems que les acquéreurs.*
8. *Exceptions à l'égard des donations faites entre les peres & les enfans, les maris & les femmes.*
9. *Diſtinction entre les donations ſimples, & celles faites avec réſerve d'uſufruit.*
10. *Deux arrêts du parlement de Provence, qui ont jugé, que le donataire à la charge d'uſufruit, preſcrit par dix ans entre préſens.*
11. *Arrêt du parlement de Toulouſe, qui juge qu'un fils donataire de ſon pere, avec réſerve d'uſufruit, ne preſcrit pas par dix ans entre préſens.*
12. *Opinion de Brodeau, que le donataire avec réſerve d'uſufruit, ne preſcrit point.*
13. *Sentiment de du Pleſſis, que le donataire ne preſcrit point.*
14. *Diſpoſition des coutumes d'Anjou & du Maine, qui décident que l'héritier préſomptif ne preſcrit que par 30 ans.*
15. *Le donataire ne preſcrit point contre*

BIU Cujas

le créancier de la rente, tandis que le donateur demeure en poſſeſſion, & paye les arrérages.

16. *Le donataire, avec réſerve d'uſufruit, peut s'oppoſer à fin de diſtraire.*

17. *Le donataire ſimple preſcrit par dix & vingt ans; & le donataire à la charge d'uſufruit, par trente ans, même entre les peres les enfans, les maris & les femmes.*

18. *Les coutumes d'Anjou & du Maine admettent la preſcription de trente ans en faveur du donataire, contre le créancier de la rente: les coutumes de Bourbonnois, d'Auxerre, la rejettent entierement.*

19. *Opinion de l'auteur des obſervations, conforme à celle de du Pleſſis, pour la preſcription de trente ans en ce cas.*

Légataires.

20. *Les légataires preſcrivent par dix ans entre préſens, & vingt entre abſens, les hypothéques des créanciers du teſtateur.*

21. *La preſcription acquiſe au légataire, lui demeure, quoique dans la ſuite le legs ne ſe trouve pas valable.*

22. *Le légataire peut ſe ſervir de la poſſeſſion du défunt.*

Biens ſubſtitués.

23. *Les acquéreurs des biens ſubſtitués ne peuvent preſcrire par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens.*

24. *Même après l'ouverture de la ſubſtitution*, niſi tribus concurrentibus.

25. *Opinion de pluſieurs auteurs, qui eſtiment que les acquéreurs des biens ſubſtitués peuvent preſcrire par trente ans.*

26. *Opinion de pluſieurs auteurs contraire, ſuivie par les arrêts.*

27. *Après l'ouverture de la ſubſtitution, la preſcription de trente ans a lieu.*

28. *Il y a difficulté pour la preſcription contraire.*

29. *Les meubles, non plus que les immeubles, ne ſont pas ſujets à la preſcription.*

30. *Si ce n'eſt que la preſcription fût commencée du vivant du teſtateur.*

31. *Les hypothéques que le teſtateur avoit ſur autrui, ſe preſcrivent à l'ordinaire.*

32. *Les ſervitudes dûes au teſtateur ſe preſcrivent par trente ans.*

33. *Les actions que le teſtateur avoit contre un tiers, ſe preſcrivent contre le ſubſtitué, comme elles auroient pu faire contre le teſtateur.*

34. *Les débiteurs peuvent payer valablement à l'héritier.*

35. *Les débiteurs des rentes peuvent preſcrire, & faire le rembourſement à l'héritier.*

36. *L'héritier qui laiſſe preſcrire eſt reſponſable de toutes les choſes preſcrites par ſa faute.*

37. *L'héritier eſt reſponſable de toutes les aliénations & dégradations par lui faites.*

38. *Savoir, ſi en cas d'inſolvabilité de l'héritier, les ſubſtitués peuvent avoir recours contre les poſſeſſeurs; les auteurs ſont partagés.*

39. *L'examen trop ſcrupuleux des queſtions de droit, paſſe au palais pour rêverie.*

Décret.

40. *C'eſt une maxime certaine, que le décret ne purge point les ſubſtitutions.*

41. *L'oppoſition de la part des ſubſtitués n'eſt pas néceſſaire, mais il eſt recevable, ainſi jugé par un arrêt du 23 décembre 1690.*

42. *Cinq maximes certaines ſur cette queſtion.*

43. *La premiere, les biens ſubſtitués peuvent être vendus pour les dettes du teſtateur.*

44. *La deuxiéme, ils ne peuvent être vendus pour les dettes de l'héritier.*

45. *Il faut excepter de cette régle les arrérages des rentes foncieres.*

46. *La troiſiéme, la ſaiſie-réelle faite pour les dettes de l'héritier, n'eſt pas valable, quoique l'adjudication ſoit faite après l'ouverture de la ſubſtitution.*

47. *Le décret fait ſur l'acquéreur des biens ſubſtitués, n'eſt pas recevable.*

48. *L'on ne peut ſaiſir réellement les biens ſubſtitués ſur l'héritier, même pour les dettes de celui qui eſt appellé à la ſubſtitution.*

49. *Deux arrêts du parlement de Toulouſe ſur le même ſujet.*

BIU Cujas

CHAPITRE VI.

De quelques actions & prescriptions d'icelles.

QUESTION XIX.

Si celui qui a acquis de quelqu'un qui n'est pas possesseur de bonne-foi, peut prescrire par 10 ou 20 ans, ou s'il faut 30 ans.

Explication de l'autentique, *malæ fidei, C. de præscript. longi temporis.*

1 ENCORE que plusieurs, & même le sieur Papon, sur la coutume de Bourbonnois, ayent tenu qu'en France toutes prescriptions étoient réduites à trente ans, suivant la constitution de Théodose le Grand, confirmée par Théodose le Jeune, *in l. sicut, C de præscript. 30 vel 40 annorum*, & l'autorité assez vulgaire de Sidonius Apollinaris : Toutefois, cette régle n'est pas assurée, & nos prescriptions en pays de droit écrit ont en certains cas un plus grand cours, & en d'autres, un moindre, encore qu'il s'agisse de la propriété de quelque héritage. De fait, sans parler des actions hypothéquaires qui se prescrivent par dix ans, entre présens & majeurs, & par vingt ans, entre absens, suivant le titre du code, *si adversùs creditorem præscriptio opponatur* : il est certain que le tier-acquéreur & possesseur de bonne foi prescrit par semblable intervalle de dix ans, entre présens & majeurs, & de vingt ans, entre absens, l'héritage qu'il a acquis de celui qu'il présumoit être vrai maître. C'est de cette prescription que parle le titre du code *de præscript. longi temp. 10 vel 20 annorum* : au contraire, si ce n'est pas un tiers-acquéreur qui possède le fonds qui nous est hypothéqué, mais que ce soit le débiteur même, ou son héritier, il ne peut en ce cas prescrire la dette & l'hypothéque que par 40 ans, à cause du concours de l'action personnelle & hypothéquaire, suivant le texte formel de la loi *cum notissimi Cod. de præscript. 30 vel 40 annorum*, dont la disposition a été étendue aux pays coutumiers, par l'arrêt que monsieur Loüet a mis dans son recueil, en la lettre H, nombre 3, & par un autre que le sieur Brodeau cotte au même endroit. Ce que plusieurs trouvent pourtant de difficile digestion, à cause qu'à présent, toutes nos actions sont presque personnelles & hypothéquaires tout ensemble, ensuite des conventions passées pardevant notaires & témoins, & des condamnations des juges, qui portent hypothéque par l'ordonnance de Moulins.

2 Mais laissant à part cette extension de la prescription de quarante ans, qui, selon quelques-uns, est hors de doute & dans l'usage commun, au cas susdit, du concours des deux actions; & venant à la prescription ici proposée, c'est chose assurée que le droit civil, pour fonder cette prescription de dix ou vingt ans, ne requiert que le titre & la bonne foi; c'est-à-dire, que l'acquéreur, qui a acquis *à præsumto domino*, ignore le droit d'un tiers, & continue dans cette bonne foi dix ans pour les présens, & vingt ans pour les absens, sans qu'il soit besoin de sçavoir si celui qui a vendu est possesseur de mauvaise foi, ou s'il a du moins un titre qui soit coloré. Au contraire la loi premiere, *Cod. de præscript. longi temporis*, présuppose nettement en son espece, que le vendeur ne possédoit pas de bonne foi, par le moyen de la controverse qui lui avoit été formée, & néanmoins elle ne laisse pas de décider, *cum post motam & omissam quæstionem, res ad nova dominia bonâ fide transierint, non esse inquietandam quæ nunc possidet personam.*

Le même est décidé en la loi derniere, *Cod. si quis ignorans rem minoris*, car en l'espece d'icelle, un mineur ayant donné sans décret, & contre la prohibition de la loi, des immeubles à un particulier, & le donataire étant, par conséquent, de mauvaise foi, la vente néanmoins faite par ce donataire ne laisse pas de subsister, si le mineur devenu majeur, demeure dix ans dans le silence, & sans troubler l'acquéreur. A quoi se trouve encore conforme la loi 3, sur la fin, *Cod. si major factus alienationem factam*, étant bien raisonnable que la jouissance de trente ans étant suffisante sans titre, & sans qu'il faille s'enquérir de la bonne foi, on puisse prescrire par moindre intervalle; autrement la condition de celui qui n'a point de titre, & celle de celui qui en a un, seroient égales, contre les principes du droit & de la raison.

3 Neanmoins, l'empereur Justinien, ou bien son Tribonien, y a apporté quelque difficulté par sa novelle 129, chap. 7, où il semble desirer pour fonder la prescription de dix ou vingt ans, que non-seulement l'acquéreur soit en bonne foi, mais encore que celui de qui il a acquis fût pareillement possesseur de bonne foi, & qu'il se présumât le vrai maître; autrement il ne lui sert de rien de dire, qu'il a possédé de bonne foi, puisqu'il tient la chose d'un possesseur de mauvaise foi. Toutefois cette décision n'est pas générale, elle est accompagnée d'une modification & condition; sçavoir, que le vrai maître de la chose ignore qu'elle lui appartienne, & l'aliénation d'icelle : Tellement que s'il a sçu son droit, & vû jouir du fonds le tiers-acquéreur, la prescription court contre lui, *in odium negligentiæ*, quoique l'acquéreur ait acquis d'un auteur de mauvaise foi. C'est ainsi qu'il semble qu'on doit entendre la novelle susdite 119, chap. 7, comme en effet elle est ainsi expliquée dans l'Epitome & abrégé de l'Authentique, *malæ fidei possessore*, au titre susdit, *de præscript. longi temporis.*

Aussi, Claude Maison-Neuve ayant donné la moitié de ses biens à Claude, son fils, & fait partage avec lui; & depuis, le fils ayant fait casser le partage, & poursuivi Jean Faure, tiers-acquéreur, pour le relâche d'un fonds qu'il avoit acquis du second donataire du pere, on lui opposa la prescription pour la jouissance de plus de dix ans.

Contre cette prescription le demandeur disoit, que de deux cohéritiers, l'un ne peut rien faire au préjudice de l'autre, suivant la loi 3, *C. de communi dividendo*, & la loi unique, *C. si communis res pignori data sit*; que par conséquent, on n'avoit pû vendre à son préjudice l'héritage de question, & qu'il en pouvoit demander sa part & moitié, nonobstant la jouissance de plus du dix ans; puisque l'acquéreur ayant acquis d'un qui avoit vendu de mauvaise foi, plus qu'il ne pouvoit vendre, n'avoit pû prescrire le droit du cohéritier, que par trente ans, étant nécessaire pour la prescription de dix ans, que la bonne foi se rencontre aussi-bien en la personne du vendeur, que

de

de l'acquéreur, ſuivant la novelle & l'aurhentique préalléguée, ſur laquelle l'article 113 de la coutume de Paris ſemble avoir été formé, étant porté par icelui, qu'il faut avoir joui à juſte titre, de bonne foi, tant par l'acquéreur, que ſes auteurs, dont il a le droit & cauſe.

Au contraire, le défendeur diſoit, qu'il lui ſuffiſoit d'avoir acquis de celui qu'il eſtimoit le vrai maître, & qui poſſédoit l'héritage; qu'ayant donc joui avec titre & bonne foi, en la préſence du demandeur, plus de dix ans, ſon droit étoit aſſuré par le ſilence & la négligence dudit demandeur, nonobſtant la ſubtilité de la novelle de Juſtinien. Car quand il la faudroit ſuivre, on n'étoit pas aux termes d'icelle, puiſque par cette conſtitution, la preſcription n'eſt prorogée juſques à trente ans, que lorſque le vrai maître n'a pas ſçu le droit qu'il avoit en l'héritage, ni qu'il eût été aliéné; au lieu que le demandeur, qui a pourſuivi le partage des autres fonds, n'a pû ignorer la part qu'il avoit en l'héritage de queſtion, ni l'acquiſition du défendeur, lequel il a vû jouir à ſa porte, ſans aucun contredit de ſa part, outre que l'intérêt du demandeur ceſſoit par le remplacement qui lui étoit offert de la part des héritiers du donataire qui avoit vendu, pour obvier aux dépens, dommages & intérêts d'une garantie.

Le demandeur ayant été déclaré non-recevable, & débouté de ſa demande avec dépens, & en ayant appellé au préſidial de Lyon, la ſentence du bailli de Forêts fut confirmée avec dépens. Mais ayant encore appellé à la cour, & produit le nouveau partage, où ledit Faure ſe trouvoit avoir été employé pour expert, d'où l'on inféroit qu'il avoit ſçu le droit du demandeur, & par ce moyen, avoit ceſſé d'être en bonne foi: on répondit que lors dudit partage, l'acquéreur avoit joui plus de dix ans, & partant, que c'étoit à tard, & que l'interruption faite après la preſcription accomplie étoit inutile, & ne pouvoit ôter un droit acquis, autrement il n'y auroit jamais de preſcription. Auſſi, le jugement fut confirmé quant au délaiſſement de l'action; mais tous les dépens furent ôtés à l'intimé, par la commiſération de la pauvreté de l'appellant; l'appellation & ſentence ayant été miſes au néant, & en émendant, les parties miſes hors de cour, ſur la demande du demandeur, ſans dépens; ſauf audit Maiſonneuve ſon remplacement, qui lui fut adjugé ſur les autres biens qui avoient été communs, par arrêt donné en la premiere des enquêtes, le ſix mai de l'anné préſente mil ſix cens trente-ſept, au rapport de monſieur de Sallo. On n'a pû inſérer ici cet arrêt, pour n'avoir été levé. 4

La coutume de Paris eſt conforme à notre droit: car en l'article 113 elle a décidé, que ſi aucun a joui & poſſédé héritage à juſte titre & de bonne foi, tant par lui que par ſes prédéceſſeurs, dont il a le droit & cauſe, franchement & ſans inquiétation, par dix ans, entre préſens, & vingt ans entre abſens, âgés & non privilégiés, il acquiert la preſcription dudit héritage. Ainſi ladite coutume deſire trois choſes: le juſte titre, la bonne foi continuée, & la poſſeſſion paiſible de dix ans, entre préſens, & de vingt ans, entre abſens. C'eſt ce qu'elle a emprunté du droit civil, & Tronçon l'a remarqué. Mais il ſemble qu'il n'auroit pas dû alléguer à ce ſujet la loi premiere & ſeconde, *Cod. ſi adversùs creditorem*; car elles ne concernent que la preſcription des hypothéques: il falloit employer le titre du code *de præſcriptione longi temporis*. Et pour faire voir que la même coutume de Paris ſe conforme entierement à notre droit, c'eſt qu'en l'article 118, elle admet la preſcription de trente ans, quand il n'y a point de titre. 5

OBSERVATIONS.

Si le tiers acquéreur peut preſcrire par dix ans, quoique ſon auteur ait été de mauvaiſe foi.

DAns certe queſtion, l'auteur parle des preſcriptions. 1°. Il décide qu'un tiers acquéreur de bonne foi, peut preſcrire l'héritage par lui acquis, quoique ſon vendeur fût un poſſeſſeur de mauvaiſe foi. Il traite la même queſtion plus amplement dans ce tom. 2, ſuite du liv. 4, queſt. 162, 2°. Il dit que cela a lieu, quand même l'héritage appartiendroit à un mineur, ſi ce mineur après avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, laiſſe paſſer le tems de la preſcription.

Dans le droit, il y a ſur les preſcriptions des hypothéques, trois maximes certaines. La premiere, que les acquéreurs qui poſſedent à juſte titre, & de bonne foi, preſcrivent les hypothéques des créanciers de leur vendeur par dix ans, entre préſens; & vingt ans, entre abſens, ſuivant la loi derniere, au code, *de præſc. long. temp.* & la loi 1, *ſi adverſ. cred.* La ſeconde, que tous les tiers poſſeſſeurs, quoique ſans titre & ſans bonne foi, preſcrivent par trente ans, ſuivant la loi *ſicut 3, de præſcript. 30, vel 40 ann.* La troiſieme, que le débiteur & ſon héritier ne preſcrivent les hypothéques de leurs créanciers, que par l'eſpace de 40 ans, ſuivant la loi *cum notiſſimi*, au même titre. 6

Mais dans quelle cathégorie faut-il mettre les donataires, les légataires & tous ceux qui poſſedent à titre lucratif? 10

Quel tems eſt requis à un donataire, pour preſcrire les hypothéques des créanciers du donateur.

Nous avons dans le digeſte & dans le code un titre *pro donato*, dont toutes les loix décident, que les donataires preſcrivent de la même maniere que les acheteurs; & la loi 2 du titre du code, *ſi adverſ. credit.* dit que le donataire preſcrit par dix ans, entre préſens; parce que n'étant pas héritier, il ne peut pas être convenu par l'action perſonnelle, qui dureroit trente ans; mais ſeulement par l'action hypothéquaire, qui ſe preſcrit par dix 7

BIU Cujas

ans, entre préſens, & vingt ans, entre abſens. Enfin Juſtinien dans la loi 11 *de præſc. long. temp.* décide, que les donataires preſcrivent comme les acquéreurs, par dix ans, entre préſens, & vingt entre abſens.

Cette déciſion ne doit pas être priſe à la lettres je crois qu'il y a pluſieurs diſtinctions à faire. 1°. Il faut diſtinguer la qualité des perſonnes. 2°. La forme de la donation 3°. La nature de la créance. 4°. L'eſpace du tems.

8 A l'égard de la premiere diſtinction, ſi la donation eſt faite par le pere à ſon fils émancipé: (car s'il n'étoit pas émancipé, la donation ne ſeroit pas valable, ſuivant la loi 1, §. 1, *ff. pro don.*) ce fils ne pourra point oppoſer aux créanciers de ſon pere, la preſcription de dix ans, entre préſens, & de vingt ans entre abſens; parce qu'étant regardé comme une même perſonne avec ſon pere, il ne peut pas être conſidéré comme un tiers poſſeſſeur; & les créanciers ſont excuſables de n'avoir pas fait attention à la jouiſſance du fils, qui eſt préſumé poſſeder pour ſon pere. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du parlement de Toulouſe, du mois de mai 1647, rapporté par M. Catelan, dans ſon recueil d'arrêts, tom. 2, liv. 7, ch. 2.

Il faut dire la même choſe à l'égard de la donation faite entre les maris & les femmes, par leur contrat de mariage, ou pendant le mariage, dans les pays où cela eſt permis, ainſi que cela a été jugé par deux arrêts du parlement de Paris, du 15 mais 1573 & du 19 Janvier 1590. Le premier eſt rapporté par Carondas, ſur l'art. 116 de la coutume de Paris, vers la fin. Le ſecond eſt rapporté par Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit 5, nomb. 23.

9 La ſeconde diſtinction regarde la forme de la donation. Je dis la forme, & non pas l'eſpece: car je n'entends pas parler des donations à cauſe de mort, ni de celles qui ſe confirment par la mort, qui ne doivent être conſidérées que comme des donations à cauſe de mort; & par conſéquent le donataire ne peut commencer à preſcrire, qu'après la mort du donateur. Je ne parle donc que de la donation entre-vifs; & dans la forme, je diſtingue celle qui eſt ſuivie d'une tradition réelle, d'avec celle dont la tradition n'eſt que feinte, par le moyen la rétention d'uſufruit. La premiere, transférant la poſſeſſion réelle en la perſonne du donataire, le met ſans doute en droit de preſcrire par dix ans, entre préſens; & vingt ans, entre abſens. La ſeconde au contraire, ne dépouillant point le donataire de la poſſeſſion des héritages donnés, ſes créanciers ont une juſte cauſe d'ignorer l'aliénation. C'eſt ce que la loi 1, *ff. pro donat.* ſemble décider par ces mots, *pro donato is uſu capit, cui donationis cauſa res tradita eſt*, & la loi 2, *Cod. ſi adverſ. credit.* par ces paroles: *ſi donatio in te collata, poſſeſſione corroborata eſt.* Ces loix déſirent que le donataire pour pouvoir preſcrire, ſoit entré en poſſeſſion de la choſe donnée: mais il faut prendre garde que ces loix ont été faites dans un tems, où pour la validité d'une donation, la tradition réelle étoit néceſſaire: depuis que la tradition civile a été reçue, la retention d'uſufruit opere le même effet que la tradition réelle, *idem eſt uſumfructum retinere, quod tradere*, dit la loi 28. *Cod. de donat.* ainſi on ne peut plus objecter au donataire le défaut de poſſeſſion, puiſqu'effectivement il poſſede en qualité de propriétaire, le donatenr n'étant plus qu'uſufruitier, & ne poſſédant plus qu'au nom du donataire. A l'égard des ſoupçons de fraude, & du tort que l'on peut faire aux créanciers en tenant la donation ſecrette, les loix y ont pourvû, en ordonnant l'inſinuation des donation, afin de les rendre publiques, ſur tout à l'égard des donations faites par les peres aux enfans, afin d'empêcher la colluſion, qu'il eſt facile de préſumer entre des perſonnes ſi proches: *ſiquidem clandeſtinis ac domeſticis fraudibus, facile quidvis pro negotii opportunitate confingi poteſt.* L'inſinuation ayant été introduite pour rémedier à la clandeſtinité, en rendant les donations publiques, l'on ne peut plus dire que la donation, quand elle a été inſinuée, eſt demeurée ſecrette, & que les créanciers du donateur n'en ont pas eu de connoiſſance. Enfin la tradition feinte & civile a autant d'effet que la tradition naturelle & réelle: car la fiction des loix opere autant que la vérité, *fictio juris in caſu ficto tantum operatur, quantum veritas in caſu vero.*

10 M. Boniface, dans ſon recueil d'arrêts du parlement de Provence, tome 1, liv. 8, tit. 2, ch. 12, rapporte un arrêt du 23 décembre 1650, qui a jugé, qu'en collatérale un donataire avec charge d'uſufruit, preſcrit l'action hypothéquaire par dix ans, entre préſens; & dans la ſuite de ſon recueil, tom. 2, liv. 9, tit. 1, ch. 16, il fait mention d'un autre arrêt du même parlement du 16 mars 1671, par lequel il a été jugé qu'un fils donataire de ſon pere par ſon contrat de mariage, avec réſerve d'uſufruit, avoit preſcrit par dix ans l'hypothéque du créancier du pere.

11 Cependant M. Catelan, au même endroit, liv. 7, ch. 2, ſur la fin, dit, que par un arrêt du mois de janvier 1697, rendu après un partage, lui étant compartiteur, il a été jugé qu'un fils, donataire de ſon pere, d'une maiſon avec réſerve d'uſufruit, n'avoit pû preſcrire par dix ans, entre préſens, l'hypothéque que le vendeur de cette maiſon avoit

BIU Cujas

pour la ſomme de huit mille livres, reſtante du prix de la vente; l'arrêt fondé ſur ce que la poſſeſſion actuelle & réelle ne ſe trouvoit pas dans cette eſpece, à cauſe de la réſerve d'uſufruit.

M. Brodeau, dans ſon commentaire, ſur l'art. 115, de la coutume de Paris, nomb. 7 dit, que quoique la réſerve d'uſufruit ne vicie pas la donation, néanmoins elle empêche le donataire de preſcrire l'action hypothéquaire, pendant que l'uſufruit eſt détaché de la propriété. La raiſon qu'il en donne eſt, que pour preſcrire, il faut une poſſeſſion naturelle, réelle, actuelle & corporelle, & non une civile, légale, & artificielle; & que celui qui ne poſſede point actuellement & naturellement, ne preſcrit point, quoique la donation ait été acceptée & inſinuée dans le tems de l'ordonnance. 12

M. Dupleſſis, dans ſon judicieux commentaire ſur la coutume de Paris, au traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 2, ſur la fin, reſtraint cette exception dans le cas d'une donation faite par un pere à ſon fils; parce que la poſſeſſion de l'un, doit être conſidérée celle de l'autre, ce qui eſt une juſte cauſe au créancier d'ignorer l'aliénation, & parce que la fraude ſe préſume facilement entre le pere & les enfans. 13

La coutume d'Anjou, article 424, & celle du Maine, article 439 diſent, que l'héritier préſomptif, qui poſſede les héritages ou choſes immeubles, de celui dont il eſt l'héritier, ne peut preſcrire durant la vie de celui à qui il doit ſuccéder, que par trente ans, contre ceux qui ont droit de rente ou autre charge ſur leſdits héritages. Ces coutumes parlent en général des héritiers préſomptifs, tant en ligne directe, que collatérale; parce que dans leur reſſort l'on ne peut diſpoſer de ſes biens au préjudice de ſes héritiers collatéraux. C'eſt pourquoi leur déciſion doit être bornée à leur territoire, & à celui des coutumes qui ont une ſemblable diſpoſition; mais elle ne doit point être étendue dans les coutumes où il eſt permis de diſpoſer par acte entre-vifs de tous ſes biens, & d'une partie par teſtament, au préjudice de ſes héritiers collatéraux: encore moins peut-elle être reçue dans les pays de droit écrit, où les collatéraux ſont regardés comme étrangers, *hæredes extranei*, & n'ont aucun droit dans les biens de leurs parens en ligne collatérale. 14

La troiſiéme diſtinction regarde la nature de la dette, ſavoir ſi c'eſt une rente, ou une ſomme exigible. 15

Dans le premier cas, le donataire ne peut point preſcrire contre le créancier de la rente, tandis que le donateur demeure en poſſeſſion de la choſe donnée, & qu'il continue à payer les arrérages de la rente; parce que le créancier, qui voit toujours ſon débiteur en poſſeſſion de ſes héritages, & qui reçoit de lui le payement des arrérages de ſa rente, n'a pas ſujet de s'inquiéter, ni droit de faire aucunes diligences. Les coutumes de Paris, art. 115, de Bourbonnois, art. 32, & d'Auxerre, art. 187, le décident ainſi, même à l'égard des tiers acquéreurs & détenteurs. 16

Dans le ſecond cas, quand c'eſt une dette exigible, pour raiſon de la quelle le créancier n'a qu'une ſimple hypothéque ſur les héritages donnés, le donataire (quoique le donateur ſe ſoit réſervé l'uſufruit) preſcrit toutes hypothéques, le créancier devant s'imputer ſa négligence, d'avoir été ſi long-tems ſans ſe faire payer, & ſans faire aucune diligences: mais ſi le créancier avoit fait des diligences contre le donateur, comme s'il avoit fait ſaiſir réellement les biens, & qu'il eût compris dans la ſaiſie réelle les héritages donnés; je crois que cela empêcheroit le cours de la preſcription: mais le donataire ſeroit en droit de s'oppoſer à fin de diſtraire, & il obtiendroit ſes fins, ſauf au créancier à ſe pourvoir en déclaration d'hypothéque, & contre cette demande, le donataire pourroit oppoſer la preſcription encourue juſqu'au jour de la ſaiſie réelle. 17

La derniere diſtinction regarde le tems requis pour preſcrire. Il faut diſtinguer la donation pure & ſimple, d'avec celle qui eſt à la charge de l'uſufruit. Dans le premier cas, il n'y a aucun doute que le donataire preſcrit par dix ans, entre préſens, & vingt ans, entre abſens, toutes ſortes d'hypothéques & de charges, de la même maniere qu'un acheteur, ainſi que Juſtinien le déclare expreſſément dans la loi *ſuper* 11, *de præſc. long. temp. Super longi temporis præſcriptione, quæ ex decem, vel viginti annis introducitur, perſpicuo jure ſancimus, ut ſive ex donatione, ſive ex alia lucrativa cauſa bona fide quis per* 10 *vel* 20 *annos rem detinuiſſe probetur, adjecto etiam tempore prioris poſſeſſoris: memorata longi temporis exceptio ſine dubio ei competat, nec occaſione lucrativæ cauſæ repellatur.* Dans le ſecond cas, je crois qu'il faut dire la même choſe à l'égard des donataires étrangers, & que toutes les exceptions ſe réduiſent à trois ſeulement; ſavoir, à l'égard des enfans, des conjoints, & des créanciers de rentes, auſquels le donateur, qui eſt demeuré en poſſeſſion, a continué de payer les arrérages.

Mais la difficulté eſt de ſavoir, ſi dans ces trois cas il n'y a point du tout de preſcription, ou ſi la preſcription de 30 ans doit être reçue.

Dans les deux premiers cas, je crois que la preſcription de trente ans doit avoir lieu; puiſque cette preſcription n'a pas beſoin de titre, & qu'elle couvre tous les défauts. En

BIU Cujas

effet, les arrêts rapportés par M. Catelan, par rapport aux enfans, ſont intervenus dans l'eſpece d'une preſcription de dix ans; & à l'égard de ceux rapportés par Carondas & Chopin, par rapport aux conjoints, ils ſont pareillement dans le cas de la preſcription de dix ans. Ces auteurs diſent que la cour a jugé, que dans ces cas la preſcription de dix ans n'étoit pas ſuffiſante. Par l'argument des conſéquences l'on peut conclure, que la cour a entendu, que la preſcription de 30 ans peut êtte reçue: car autrement elle auroit dû déclarer que dans ces occaſions la preſcription n'a point de lieu.

Le dernier cas me ſemble beaucoup plus difficile; parce qu'un créancier d'une rente, qui voit ſon débiteur dans une poſſeſſion actuelle de ſes héritages, qui lui paye exactement ſes arrérages, dort en repos, & même il n'a pas droit de faire aucunes pourſuites: ainſi ce ſeroit une voie pour tromper un créancier de bonne foi, auquel l'on ne ſauroit imputer aucune négligence. Mais ce qui augmente mon embarras, eſt la diverſité des coutumes.

18 Les coutumes d'Anjou, art. 424, & du Maine, art. 439 diſent, que dans ce cas il n'y a point de preſcription moindre que de trente ans. Les coutumes de Bourbonnois, art. 32. & d'Auxerre, diſent, que le détenteur d'un héritage chargé de rente, ſoit fonciere, ou conſtituée à prix d'argent, ne peut preſcrire la rente, tant que l'obligé à la rente, ou ſon héritier aura payé.

19 Si j'étois obligé à prendre parti entre ces coutumes, je me déclarerois pour les deux premieres; parce que la preſcription de trente ans étant favorable, elle mérite d'être embraſſée avec empreſſement. C'eſt la patrone du genre humain, ſans elle il n'y auroit aucune certitude dans la poſſeſſion des héritages, ni aucune fin aux procès, & le repos des familles ne ſeroit jamais aſſuré. Mais ce qui acheve de me déterminer, c'eſt le ſentiment du judicieux M. du Pleſſis, ſur la coutume de Paris, des preſcriptions, liv. 2, ch. 2, où il dit, que le fils donataire de ſon pere, qui eſt toujours demeuré en poſſeſſion de l'héritage, ne peut preſcrire que par trente ans, comme un débiteur perſonnel, ſuivant la coutume du Maine, dont il approuve la déciſion.

Légataires.

20 A l'égard du légataire, nous avons un titre dans le digeſte *pro legato*, dont toutes les loix diſent, que celui qui poſſede à titre de legs, peut preſcrire par le tems requis pour l'uſucapion, qui eſt d'un an pour les meubles, & deux ans pour les immeubles; mais il ne faut plus raiſonner ſur ce pied, parce que Juſtinien a converti l'uſucapion en preſcription, par la loi unique *de uſucap. transform.* & dans la loi pénultiéme, *de præſcr. long. temp.* il dit, que ceux qui poſſedent à titre lucratif, preſcrivent par dix ans entre préſens, & par vingt ans entre abſens. Ainſi il n'y a pas de doute que les légataires, auſſi bien que les donataires, ne preſcrivent par cet eſpace de tems. Il y en a deux raiſons ſenſibles; l'une, qu'ils n'entrent en poſſeſſion de l'héritage qu'aprés le décès du teſtateur; ainſi les créanciers du défunt ne peuvent pas ignorer que l'héritage a changé de maître, & par conſéquent ils doivent s'imputer leur négligence. L'autre, parce qu'un légataire eſt ſucceſſeur à titre particulier; ainſi il ne repréſente point la perſonne du défunt; & il n'eſt point tenu de ſes faits & promeſſes. C'eſt pourquoi il n'eſt pas obligé d'entretenir le bail fait par le défunt, il peut expulſer le fermier de la même maniere qu'un acquéreur, ſuivant la loi *qui fundum* 39, *ff. loc.* monſieur Catelan, dans l'endroit ci-deſſus cité, fait mention d'un arrêt du parlement de Toulouſe de l'année 1693, qui a jugé, que le légataire particulier d'un fond, preſcrit l'hypothéque des créanciers du teſtateur pendant dix ans.

21 Il y a plus, un légataire peut preſcrire, quoique dans la ſuite le legs à lui fait ne ſe trouve pas valable, ou qu'il ſe trouve un codicile par lequel le legs eſt révoqué, l. 4, & *fin. ff. pro. leg.*

Enfin le légataire de la choſe d'autrui, preſcrit contre le véritable maître, & contre tous ſes créanciers, *d. l.* 4 & 5, *eod.*

22 Il faut encore obſerver, que nonobſtant que le légataire ne ſoit pas tenu des faits & promeſſes du teſtateur, il peut néanmoins dans le cas de la preſcription ſe ſervir de ſa poſſeſſion, & joindre les deux tems enſemble; ainſi que cela eſt décidé dans la loi *Pomponius*, 13, §. 10 *de abd. vel admitt. poſſeſſ.* dans la loi. 14, §. 1, *de uſucap.* & dans la loi 11. *Cod. de præſc. long. temp.*

Tout ce qui vient d'être dit des légataires, ſe peut appliquer aux fidéicommiſſaires particuliers.

Après avoir parlé des perſonnes qui ne peuvent pas preſcrire, il faut dire un mot des biens qui ne peuvent pas être preſcrits.

BIU Cujas

Des biens ſubſtitués.

Il faut diſtinguer, 1°. les différentes eſpeces de preſcription, & les différens genres de biens.

De la preſcription de dix & vingt ans.

A l'égard de la premiere diſtinction, il faut ſéparer la preſcription de dix & vingt ans, d'avec celle de trente à quarante ans.

Pour ce qui eſt de la preſcription de dix & vingt ans, il eſt certain que les acquéreurs 23
des biens ſubſtitués ne peuvent point l'oppoſer aux fidéicommiſſaires, ſuivant la déciſion expreſſe de Juſtinien, dans la loi derniere *commun. de leg. & fideic.* §. *3*, où après avoir défendu à ceux qui ſont chargés de ſubſtitution, d'engager, ni d'aliéner les biens ſujets à reſtitution, il déclare le contrat nul & comme non fait; en ſorte que la preſcription du long-tems ne peut être oppoſée au légataire, ou fidéicommiſſaire : *ſciat quod conditione impleta ab initio cauſa in irritum devocetur, & ſic intelligenda eſt, quaſi nec ſcripta, nec penitus fuerit celebrata : ut nec uſucapio, nec longi temporis præſcriptio contra legatarium, vel fideicommiſſarium procedat.* Juſtinien ajoute, que les légataires & fidéicomiſſaires peuvent revendiquer la choſe aliénée, ſans que les détenteurs puiſſent leur faire aucun obſtacle, *legatario, vel fideic. omnis licentia pateat rem vendicare, nullo obſtáculo ei à detentoribus opponenda.*

Mais Juſtinien parle du tems qui s'eſt écoulé pendant la vie de l'héritier, & avant l'échéance de la condition; c'eſt-à-dire, avant l'ouverture du fidéicommis, *impleta conditione ab initio cauſa in irritum devocetur :* d'où l'on peut inférer, qu'après l'échéance du fidéicommis, l'acheteur peut preſcrire par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, avec d'autant plus de raiſon, que les fideicommiſſaires ſont alors en état d'agir : c'eſt l'opinion de Cynus & de Fulgoſius ſur ce §.

L'opinion contraire, comme plus juridique, eſt ſuivie de preſque tous les docteurs. 24
La raiſon eſt que l'acheteur eſt cenſé n'avoir aucun titre; parce que la loi déclare ſon titre nul : or c'eſt la même choſe quand le titre manque, ou quand la loi le déclare nul, comme l'explique en peu de mots le docte Cujas, dans ſon commentaire ſur cette loi, vers la fin : *Ergo quod dicitur, uſucapio non procedit ſine titulo, ſic intelligitur, ſi vel re ipſa deficiat titulus, vel lex fingat defeciſſe.* C'eſt auſſi le ſentiment de M. Charles du Moulin, dans ſon conſeil 26, nomb. 19, où il cite Balde, Paul de Caſtres, Alexandre, Jaſon, Socin, & Corneus. Peregrinus, *de fideic. art. 41 num.* 16, eſt auſſi de cet avis, & cite encore un plus grand nombre de docteurs. Fuſarius, *de fideic. ſubſt.* queſt. 528, nomb. 10 & Faber, dans ſon Cod. liv. 6, tit. 23, def. 9, ſont pareillement de cet opinion, & citent les mêmes docteurs.

Cette déciſion reçoit trois exceptions. La premiere, ſi l'acheteur avoit acquis d'un autre que de l'héritier; Peregrinus, nomb. 15. Fuſarius, nomb. 17, & Faber, *eodem in notis.* La ſeconde, ſi le fidéicommiſſaire a conſenti, ou approuvé la vente; il faut que le conſentement ſoit exprès : car un conſentement tacite n'eſt pas ſuffiſant, v. g. ſi le fidéicommiſſaire a été préſent à la vente, ou s'il a reçu le prix de la vente en qualité de procureur de l'héritier, cela ne l'exclut pas de revendiquer la choſe après l'ouverture de la ſubſtitution; M. d'Olive, liv. 5, chap. 28, Lapeyrere, lett. S, n. 166, Barry, *de ſucceſſ.* liv. 8, tit. 3, n. 50. La troiſiéme, s'il eſt héritier médiat ou immédiat de celui qui a fait la vente; Fuſarius, queſt. 57 & 60.

De la preſcription de trente & quarante ans.

A l'égard de la preſcription de trente & quarante ans, il y a beaucoup plus de difficul- 25
té : car la raiſon pourquoi l'acquéreur ne peut pas preſcrire par la preſcription de dix & vingt ans, c'eſt parce que ce genre de preſcription requiert un titre, & que l'acheteur eſt cenſé n'en avoir point, à cauſe que la loi déclare ſon contrat nul : mais pour la preſcription de trente ans, il ne faut point de titre; ainſi il ſemble que l'acquéreur puiſſe preſcrire par cette voie. Du Moulin, dans le même conſeil 26, nomb. 23, eſt de ce ſentiment, après Corneus. Il dit que cela a été ainſi jugé au parlement de Paris, en la cauſe de Pompadour, en faveur d'un tiers poſſeſſeur. Papon, dans ſes arrêts, liv. 12, tit. 3, dans les additions, nomb. 4, eſt de même avis, & cite le même arrêt. Chopin, *de morib. Pariſ.* l. 2, tit. 8, n. 8. vers le milieu, & Ricard, des ſubſt. ch. 13, ſont du même ſentiment.

L'opinion contraire me ſemble plus juridique : car Juſtinien, dans la loi *cum notiſſimi,* 26
par laquelle il a introduit la preſcription de trente & quarante ans, y apporte une excep-

BIU Cujas

tion dans le § 4, pour les actions qui naiſſent des contrats ſous condition, ou à jour certain ou incertain : dans ce cas, il ordonne que la preſcription de trente & quarante ans commencera ſeulement après que lacondition ou le jour ſera arrivé, *poſt conditionis exitum, vel poſt diei certæ vel incertæ lapſum, præſcriptiones triginta vel quadraginta annorum, quæ perſonalibus, vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiant.* C'eſt pourquoi il décide que la preſcription ne court point contre la femme pendant le mariage; & dans la loi 1, §. 2, *de annal. excep.* il décide la même choſe en faveur des enfans, tandis qu'ils ſont ſous la puiſſance paternelle, parce qu'ils ne peuvent pas agir ; d'où a été priſe la maxime triviale, *non valenti agere non currit præſcriptio.* Ces deux raiſons militent en faveur des ſubſtitués. 1°. Toutes les ſubſtitutions ſe font à préſent ſous condition, & à jour incertain. 2°. Les ſubſtitués ne peuvent point agir avant l'ouverture du fideicommis, leur droit eſt en ſuſpens juſqu'à la mort de l'héritier, il ne leur eſt point permis d'agir avant ce tems, une action prématurée *induceret votum captandæ mortis* : d'ailleurs le plus ſouvent les ſubſtitués ne ſont pas nés, ou ils ſont en bas âge, ou ſous la puiſſance de leurs parens.

Auſſi cette opinion eſt-elle ſuivie par le plus grand nombre des docteurs, &par la juriſprudence des arrêts des parlemens de droit écrit. Les docteurs ſont cités par Peregrinus, au même endroit, nomb. 16, & les arrêts par M. Maynard, liv. 7, chap. 63, & liv. 8, chap. 35, & par M. Catelan, tom. 2, liv. 7, chap. 4. Charondas, dans ſes réponſes, liv. 4, chap. 47 rapporte l'eſpece d'un arrêt rendu au parlement de Paris, le 9 avril 1500 qui a jugé la même choſe.

27 Mais après l'ouverture du fidéicommis, la preſcription de trente ans eſt reçue en faveur des acquéreurs, ſuivant la commune opinion des docteurs cités par Peregrinus, au même endroit, nomb. 14, par Fuſarius, auſſi au même endroit, nomb. 9 & 16, & la juriſprudence des arrêts, par M. Maynard, aux même endroits, & par M. de la Rocheflavain, liv. 6, tit. 72, art. 1.

Il y a plus, Peregrinus, nomb. 10 dit, qu'après l'évenement du fidéicommis, l'héritier grevé, ou ſes héritiers, peuvent preſcrire les biens ſubſtitués par trente & quarante ans ; mais dans le nombre ſuivant il avertit, que cette opinion n'eſt pas certaine, ſi ce n'eſt que l'héritier ait juſte ſujet d'ignorer que ces biens ſoient compris dans le fidéicommis. Fufarius, nomb. 12, 13 & 14, dit la même choſe.

Preſcription centenaire.

28 Il reſte une troiſieme queſtion, qui conſiſte à ſavoir, ſi la preſcription centenaire peut mettre à couvert les acquéreurs des biens ſubſtitués avant l'ouverture de la ſubſtitution. Preſque tous les docteurs tiennent pour la négative, ſur tout lorſque ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution, n'ont pas été en état d'agir : ils ſont cités en grand nombre par Peregrinus, nomb 16, & par Fuſarius, nomb. 4.

M. Ch. du Moulin ſoutient l'affirmative dans le même conſeil 26, nomb. 24, & ſuivans : il établit ſon opinion avec beaucoup de force & de ſolidité. M. Abraham Lapeyrere, let. P. nomb. 91, eſt de cet avis, & dit, qu'il a vû le juger ainſi dans la chambre de l'édit.

Des différentes eſpeces des biens ſubſtitués

La ſeconde diſtinction renferme pluſieurs choſes. 1°. Les immeubles ; 2°. les meubles ; 3°. les hypothéques ; 4°. les ſervitudes, & les charges ; 5°. les droits ; 6°. les actions ; 7°. 29 les dettes actives ; 8°. les rentes.

A l'égard des immeubles, je me contenterai d'employer ce que j'ai dit ci-deſſus, pour montrer qu'ils ne ſont pas ſujets à la preſcription avant l'ouverture de la ſubſtitution, non-ſeulement en la perſonne du premier ſubſtitué, mais auſſi juſqu'à ce qu'ils ayent paſſé en la perſonne du dernier ſubſtitué, ſuivant l'opinion des docteurs cités par Peregrinus, nomb. 17, Fuſarius, nomb. 5 & 6, & Fachin, liv. 7, ch. 12,

A l'égard des meubles, il ſemble que leur poſſeſſion étant fragile, *mobilium vilis poſſeſſio*, & que la propriété en pouvant être acquiſe par l'eſpace de trois ans, ils ne doivent pas avoir le même privilége que les immeubles : cependant ils doivent avoir en cette occaſion la même faveur ; parce que Juſtinien, dans la loi derniere, *comm. de leg. & fideic.* §. 2. les renferme dans la prohibition, par ce mot, *mancipia*, qui comprend non-ſeulement les eſclaves & les animaux, mais auſſi les meubles meublans, *ſuppellectilia.*

La même choſe avoit été ordonnée avant Juſtinien par l'empereur Alexandre dans la loi 2, au cod. *de uſucap. pro emptore.*

30 Il y a un cas où la preſcription des meubles & des immeubles ſubſtitués peut avoir lieu ; lorſqu'elle étoit commencée du vivant du teſtateur, elle continue pendant la vie

BIU Cujas

de l'héritier, ſuivant la doctrine des auteurs cités par Peregrinus, nomb. 18 & par Fuſarius, nom. 2 & 3, c'eſt auſſi le ſentiment de M. Catelan, tom. 2, liv. 7, chap. 4, vers le milieu, & M. Lapeyrere, let. P. nomb. 97.

31 Pour ce qui eſt des hypothéques que le teſtateur pouvoit avoir ſur le bien des autres, les débiteurs peuvent les preſcrire pendant la vie de l'héritier, par l'eſpace de quarante ans, ſuivant la loi *cùm notiſſimi* : & à l'égard des tiers acquéreurs des biens ſur leſquels le teſtateur avoit des hypothéques, je crois qu'elles ſe preſcrivent à l'ordinaire, par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens ; parce que l'acquéreur ayant acquis l'héritage du véritable propriétaire, il preſcrit les hypothéques contre toutes ſortes de perſonnes par dix ans entre préſens, & vingt ans entte abſens.

32 A l'égard des ſervitudes, ſoit réelles, ou perſonnelles, que le teſtateur avoit ſur le fond d'autrui, ſi l'héritier laiſſe écouler trente années ſans en faire aucun uſage ni demande, elles ſont perdues, ſuivant la loi derniere, au code, *de præſcript. long. temp.* il ne faut pas plus de tems pour preſcrire une ſervitude qu'un héritage, c'eſt-à-dire, dix ans entre préſens, vingt ans entre abſens : mais dans cette eſpece, je crois qu'il faut trente années, parce que le débiteur de la ſervitude n'a point de titre ; au contraire, il preſcrit contre ſon titre.

Pour ce qui eſt des droits, je comprens ſous ce mot la faculté de rachat, le droit de revendication, & autres ſemblables, que pouvoit avoir le teſtateur ; cette faculté ſe preſcrit par trente ans, ſi l'héritier laiſſe paſſer ce tems ſans l'exercer.

33 A l'égard des actions que le teſtateur pouvoit avoir contre différentes perſonnes, ſi l'héritier ne les pourſuit pas, elles ſe preſcrivent par le même eſpace de tems, qu'elles auroient fait pendant la vie du teſtateur, ſuivant la diſpoſition de la loi, *ſi hæres 70* §. *2. ff. ad S. C. Trebell. Si temporalis actio in hæreditate relicta fuerit, tempus quo hæres experiri ante reſtitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui reſtituta fuerit.* Cette loi ne parle à la vérité, que d'une action temporelle ; parce que dans ce tems-là, les actions perpétuelles n'étoient pas ſoumiſes à l'uſucapion ; mais depuis qu'elles ont été aſſujetties à la preſcription, elles doivent avoir le même ſort que les actions temporelles : car la déciſion de la loi n'eſt pas fondée ſur la qualité de l'action, mais ſur le pouvoir de l'héritier, d'agir pour interrompre la preſcription, & ſur la faveur des débiteurs, comme M. d'Olive, liv. 4, chap. 17, l'explique fort bien. Il cite un arrêt rendu le 7 Février 1618 en ſa faveur, qui l'a ainſi jugé. M. Cambolas, liv. 4, chap. 27, cite un arrêt du 20 juillet 1621, qui a jugé la même choſe. M. Catelan, liv. 7, chap. 4, eſt de même ſentiment : il en donne une bonne raiſon. Il dit, que celui qui a preſcrit, eſt réputé avoir payé, *præſcribens ſolventi ſimilis eſt.* Or, les débiteurs peuvent valablement payer à l'héritier, comme il va être dit. M. Ricard, dans ſon traité des Subſtitutions, chap. 13, nomb. 93 & ſuivans, eſt auſſi de cette opinion. Lapeyrere, let. H. n. 14, cite un arrêt du parlement de Bordeaux, du 7 février 1673, qui l'a ainſi jugé.

A l'égard des dettes actives, c'eſt-à-dire, des ſommes dûes au teſtateur, elles ſont ſujettes a la preſcription, comme les actions, puiſqu'elles en dépendent : mais la queſtion que je veux propoſer ici, eſt de ſavoir, ſi les débiteurs de celui qui a fait la ſubſtitution, peuvent payer valablement à l'héritier. Il faut diſtinguer deux tems : 1°. Avant la reſtitution du fidéicommis, il eſt ſans difficulté que l'héritier a qualité pour recevoir toutes les dettes de la ſucceſſion, & que les quittances qu'il donne ſont bonnes & valables, ſuivant la diſpoſition expreſſe de la loi 104 *ff. de ſolut. Ante reſtitutam hæreditatem ſolutiones & liberationes factæ ab hærede ratæ habebuntur.* 2°. Après la reſtitution du fidéicommis, les tranſactions & les décharges faites & accordées par l'héritier, ſont valables, ſi le débiteur ignoroit la reſtitution du fidéicommis, ſuivant la réponſe du juriſconſulte Papinien dans la loi derniere, au digeſte *de tranſact.* & la doctrine d'Accurſe & de Cujas ſur cette loi.

Il faut dire la même choſe, quoique la reſtitution ne ſoit pas encore faite, ſi le tems de le faire eſt échû : comme quand une perſonne eſt chargée de rendre à une autre après un certain tems : de même, quand l'héritier a anticipé la reſtitution du fidéicommis, les débiteurs de la ſucceſſion qui payent à l'héritier, ſont excuſables & valablement libérés, ſi ce n'eſt que le fidéicommiſſaire juſtifie que cela a été fait en fraude, & que le débiteur a participé à la fraude.

34 Il ne me reſte plus qu'à dire un mot des rentes : il y a deux queſtions ſur cela. La premiere, ſi les débiteurs peuvent preſcrire au préjudice des ſubſtitués. La ſeconde, s'ils peuvent valablement rembourſer à l'héritier.

A l'égard de la premiere queſtion, il ſemble que les rentes foncieres tenant lieu de l'héritage ; & les rentes conſtituées paſſant aujourd'hui preſque partout pour immeubles, il faut à cet égard dire la même choſe qui a été dite par rapport aux immeubles, c'eſt-à-dire, qu'on ne peut les preſcrire pendant la vie de l'héritier. Cependant je crois qu'à l'é-

BIU Cujas

gard des rentes foncieres, il en faut porter le même jugement que des charges & hypothéques; & à l'égard des rentes conſtituées, il ne faut point s'arrêter à la fiction dans ce cas, il faut les regarder dans la vérité : ce ſont des contrats, il faut donc les mettre dans la même cathégorie que les actions & les dettes actives, *nomina verè & propriè dicenda ſunt*, & par conſéquent les débiteurs peuvent preſcrire par 30 ans, ſi l'acte eſt ſous ſeing-privé, & par 40, ſi le contrat a été paſſé pardevant notaires.

Pour ce qui eſt de la ſeconde queſtion, elle n'eſt pas ſuſceptible de difficulté ; le rembourſement d'une rente eſt encore plus favorable que le payement d'une dette, qui peut être fait valablement à l'héritier, comme nous venons de dire.

35 Dans tous les cas ci-deſſus expliqués, l'héritier eſt reſponſable de toutes les pertes qui arrivent par ſa faute dans les biens ſubſtitués : mais la difficulté eſt de ſavoir, de quel genre de faute il eſt tenu. Il faut diſtinguer : ſi la preſcription a commencé de ſon tems, il eſt reſponſable de ſa négligence, *de levi culpa tenetur ;* ſi elle a commencé, & qu'elle ſoit finie de ſon tems, *de culpa leviſſima tenetur, imo & diligentia ab eo exigenda eſt, l.* 47, § 5, *de leg.* 1 : mais ſi la preſcription étoit commencée du tems du teſtateur, *tenetur tantum de lata culpa*, faute de l'avoir interrompue, *l. mulier* 22, § 3, *ad S. C. Trebell.* & même s'il reſtoit peu de tems pour achever la preſcription commencée pendant la vie du teſtateur, ou qu'il ignorât que ce bien dût appartenir au teſtateur, il ne ſeroit point du tout reſponſable. Je crois que c'eſt de cette maniere qu'il faut entendre la fin de ce § qui dit, *quod ſi ſine facto ejus prolixitate temporis ædes uſu adquiſitæ ſint, æquiſſimum erit, nihil eum præſtare ; cum culpa careat.* Ce qui me confirme dans cette penſée, c'eſt ce qui eſt dit dans la loi *ſi fundum* 16, *de fund. dot.* que le mari eſt reſponſable de l'aliénation du fonds dotal qui arrive par la voie de la preſcription, ſi ce n'eſt que lors du mariage elle fût preſque accomplie : *planè ſi pauciſſimi dies ad perficiendam longi temporis poſſeſſionem ſuperfuerint, nihil erit quod imputabitur marito.* Faber, *de errorib. pragmat. decad.* 70, *ch.* 2, corrige ce §, il dit qu'il faut lire *abſumptæ*, au lieu de *acquiſitæ*, c'eſt-à-dire, ſi la maiſon eſt tombée par caducité.

36 Voilà pour ce qui regarde la perte qui arrive par la preſcription : mais s'il s'agit d'un dépériſſement arrivé par le fait de l'héritier, comme d'une aliénation, ou d'une dégradation, l'héritier en eſt entierement reſponſable, quand même il l'auroit faite de bonne-foi, & dans une juſte ignorance ; parce qu'il n'eſt pas juſte que par ſon propre fait il faſſe tort au fidéicommiſſaire, *ne factum cujuſquam alteri damnum afferat, l.* 25, § 2, *ad Trebell.*

Ce ſeroit ici le lieu d'examiner de quel jour les fideicommiſſaires ont hypothéque ſur les biens de l'héritier, pour raiſon des aliénations & dégradations par lui faites des biens ſubſtitués ; mais cette queſtion me meneroit trop loin, ainſi il faut la réſerver pour un
37 autre endroit, & achever celle que nous traitons. Nous avons dit, que les fidéicommiſſaires ont recours contre l'héritier pour les aliénations par lui faites, ou pour les preſcriptions par lui ſouffertes : mais la difficulté conſiſte à ſavoir, ſi, lorſque l'héritier eſt inſolvable, les ſubſtitués peuvent avoir recours contre le poſſeſſeur : Paul de Caſtre, ſur le § 3 de la loi derniere, *comm. de leg.* eſt de cet avis, & pluſieurs autres cités par Fuſarius, queſt. 528, nomb. 22. Mais Faber, *de err. prag. decad.* 70, *ch.* 3, réfute fortement cette opinion, & montre ſolidement, qu'une action qui eſt une fois éteinte par le tems, ne peut plus revivre. M. Ricard des ſubſtitutions, *ch.* 13, *n.* 98, eſt du même ſentiment.

Il y auroit encore pluſieurs diſtinctions à faire ſur cela. 1°. Entre la preſcription des héritages & celle des actions. 2°. Si le poſſeſſeur a eu connoiſſance de la ſubſtitution, ou
38 s'il l'a ignorée. 3°. Si les débiteurs ont payé à l'héritier, nonobſtant les défenſes ſignifiées de la part du fideicommiſſaire. 4°. Si les fideicommiſſaires ont pû agir. Mais c'en eſt trop, je crains que ces analyſes ne paſſent au palais pour des rêveries. A ce ſujet, je me ſouviens, qu'un jour communiquant d'une cauſe de ſubſtitution à un jeune magiſtrat, ayant cité Bartole & Balde, dont l'opinion étoit favorable à ma cauſe, il me dit que ces gens-là étoient des rêveurs : je lui répondis que je faiſois gloire de rêver avec ces gens-là. Mais duſſé-je paſſer pour un rêveur achevé, il faut que je diſe encore un mot ſur cette matiere.

Decret des biens ſubſtitués.

39 C'eſt une maxime triviale au palais, que les decrets ne purgent point les douaires ni les ſubſtitutions. Mornac, ſur la loi 13, § *ſed etſi*, *ff. qui ſatiſd. cog.* dit, qu'ayant propoſé la queſtion au pilier des conſultations, tous les anciens furent d'avis, que quoique l'oppoſition ſoit recevable & utile, néanmoins elle n'eſt pas néceſſaire ; parce que les droits du ſubſtitué demeurent toujours en leur entier. Cependant le même auteur ſur la loi 3, au code, *de condict. ob cauſ. dat.* cite un arrêt du premier janvier 1601, qu'il dit avoir jugé que l'oppoſition eſt néceſſaire. Choppin, *de morib. pariſ.* liv. 3, tit. 4, nomb. 7, vers le milieu

milieu dit, qu'il eſt plus à propos de s'oppoſer *conſultius eſt ſubſtituto intercedere.* Maynard, liv. 5, ch. 81, dit la même choſe. Papon, dans ſes arrêts, liv. 18, tit. 6, nomb. 39 dit au contraire, que l'oppoſition n'eſt pas néceſſaire; mais néanmoins que le ſubſtitué eſt 40
recevable à s'oppoſer, afin de conſerver, & faire dire que l'adjudication ſera faite à cette charge; il dit que cela ſe pratique ainſi. En effet, je l'ai vû pratiquer de la ſorte dan le décret du marquiſat de Varennes, dont la ſaiſie réelle étoit pendante en la cour. Dame Gabrielle Dulieu, épouſe du ſieur marquis de Varennes, s'étant fait ſéparer des biens, & élire curatrice de ſes enfans, elle forma pour eux oppoſition au décret. Par l'arrêt qui intervint en la grand'chambre le 23 décembre 1690, il fut dit, que l'adjudication ſeroit faite à la charge de la ſubſtitution. Cet arrêt eſt rapporté ſur la queſtion 164, de ce même livre.

Monſieur Ricard, des Subſt. ch. 13, nomb. 85, établit fort bien, que le décret fait 41
ſur l'héritier, ne purge point le fidéicommis: dans le nombre ſuivant, il ſoûtient qu'il en eſt de même, quoique le décret ſoit achevé depuis l'ouverture de la ſubſtitution; parce qu'ayant été commencé ſur l'héritier qui n'étoit pas le véritable propriétaire, c'eſt un défaut qui dure toujours. Dans le nombre 87, il prétend qu'il en eſt autrement, quand le décret eſt fait ſur un tiers-acquéreur: en ce cas le décret purge, dit-il, le douaire & la ſubſtitution; mais dans les nombres ſubſéquens il reconnoît, que dans l'uſage cela n'eſt pas reçu, & avec raiſon: car ſi cela avoit lieu, ce ſeroit un moyen facile pour faire perdre le douaire aux enfans, & les biens aux ſubſtitués. Le pere ou l'héritier n'auroit qu'à vendre les biens à un tiers, & ce tiers feroit paſſer un décret volontaire: car ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés dans le journal des audiences, tom. 3, liv. 7, ch. 8, & liv. 10, ch. 20, les décrets volontaires purgent toutes hypothéques & droits de propriété, auſſi-bien que les décrets forcés.

M. Catelan, tom. 2, liv. 7, ch. 4, ſur la fin dit, que ſi les biens ſubſtitués ont été ſaiſis ſur l'héritier à la requête d'un créancier du teſtateur, après l'échéance du fidéicommis, le fidéicommiſſaire ne peut pas demander le rabattement du décret, ſi le tems de la demande eſt paſſé: & à la fin il dit, que ſi le décret a été fait pour une dette du défunt, le décretiſte, c'eſt-à-dire, l'adjudicataire, ne peut pas être dépoſſedé, après la preſcription acquiſe; parce qu'il n'eſt pas juſte que le débiteur faiſant une ſubſtitution graduelle & perpétuelle, porte ce préjudice à ſes créanciers, qu'ils ne puiſſent ſe faire payer, ou qu'ils puiſſent être inquiétés un ſiécle après. Suivant ces paroles, le décret ne purge pas le fidéicommis, il donne ſeulement droit à l'adjudicataire de preſcrire contre le ſubſtitué, en conſéquence de ſon adjudication.

De toutes ces opinions on peut recueillir cinq maximes certaines. La premiere, 42
que les biens ſubſtitués peuvent être vendus par décret pour les dettes du teſtateur: car autrement un homme, en faiſant une ſubſtitution, mettroit ſes créanciers hors d'état d'être payés; & quoique la terre ſubſtituée vaille beaucoup plus que la dette du créancier du teſtateur, la vente ne laiſſe pas d'être bonne, & ſi le ſurplus du prix a été diſtribué aux 43
créanciers de l'héritier, le fidéicommiſſaire aura recours contr'eux, ou contre l'héritier. Je crois qu'il faut porter le même jugement de la vente des biens ſubſtitués pour les dettes du teſtateur, que de la vente des biens ſujets au douaire pour les dettes antérieures au mariage; l'adjudicataire ne peut être inquiété, ſauf à la veuve & aux enfans à ſe pourvoir ſur le prix, ſuivant les arrêts cités par M. Brodeau, ſur monſieur Louet, lettre F. chapitre 24.

La ſeconde, les biens ſubſtitués ne peuvent être ſaiſis ni vendus pour les dettes de l'hé- 44
ritier; parce qu'il n'eſt pas propriétaire du fonds: ainſi la ſaiſie réelle ſeroit faite, *ſuper non domino, & pro non debito*, qui ſont les deux plus grands défauts d'une ſaiſie réelle.

Il faut excepter de cette regle, les dettes qui affectent le fonds, comme les droits ſei- 45
gneuriaux, les arrérages des rentes ſeigneuriales & foncieres, des penſions & du douaire de la veuve. Car quoique ces arrérages ſoient une dette perſonnelle de l'héritier qui jouit des fruits; néanmoins ce ſont des dettes réelles par rapport aux créanciers.

La troiſiéme, la ſaiſie réelle faite ſur l'héritier pour ſes propre dettes, n'eſt pas vala- 46
ble, quoique l'adjudication ne ſoit fait qu'après l'ouverture de la ſubſtitution; parce qu'étant nulle dans ſon principe, elle ne peut valider après coup: *quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt.*

La quatriéme, la ſaiſie faite ſur un tiers-acquéreur des biens ſubſtitués n'eſt pas vala- 47
ble, non-ſeulement par les raiſons qui ont été dites ci-deſſus, mais parce que ce ſeroit une voie pour aliéner indirectement les biens ſubſtitués, que cet acquéreur n'eſt pas véritablement propriétaire, la loi déclarant ſon contrat nul, enſorte qu'il ne peut pas preſcrire, comme il a été montré ci-devant; ainſi la ſaiſie réelle ſe trouve toujours faite *ſuper non domino.*

BIU Cujas

48 Enfin l'on ne peut point faire procéder par voie de ſaiſie réelle ſur des biens ſubſtitués, pendant la vie de l'héritier, même pour les dettes de celui qui eſt appellé à la ſubſtitution, parce que ſon droit eſt incertain & en ſuſpens, ce n'eſt qu'une eſpérance ſous une condition qui peut ne pas arriver : enſorte que s'il décede avant l'héritier, ſes créanciers ne peuvent rien prétendre ſur les biens de la ſubſtitution. Cela eſt ſi vrai, qu'il ne tranſmet pas ſon droit même à ſes héritiers, *fideicommiſſum ante conditionis eventum non tranſmittitur ad hæredes.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

AU parlement de Bordeaux, les décrets purgent les ſubſtitutions, ſuivant la note miſe ſur les déciſions de Lapeirere, lettre D. nomb. 5. *Il eſt certain & de Juriſprudence que les décrets purgent toute ſorte de ſubſtitution, & contre toutes perſonnes, ſoit majeurs ou mineurs, ou abſens.* Cela eſt vrai, mais ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution, ont recours ſur tous les autres biens de l'héritier ou fidéicommis, & pour cela ils ont hypothéque du jour du teſtament.

J'ai dit dans ma premiere obſervation que le débiteur d'une rente peut valablement faire le rembourſement du capital à l'héritier inſtitué ; mais je n'ai point rapporté d'arrêt qui l'ait ainſi jugé. Depuis, M. Joubert, ſyndic-général des états de Languedoc m'a communiqué un recueil d'arrêts, recueillis par l'ordre des états, où j'ai trouvé un arrêt rendu à ſa pourſuite, le 22 avril 1705, qui a jugé la queſtion *in terminis*, & à la requête de M. le procureur général du parlement de Toulouſe. Cet arrêt a été rendu public pour ſervir de loi

Extrait des regiſtres du parlement.

49 SUR la requête de ſoit montré au procureur général du roi, préſentée à la cour le 8 du préſent mois d'avril par le ſyndic-général de la province de Languedoc, à ce qu'il lui plaiſe pour les cauſes y contenues, déclarer que les capitaux des rentes de la Province peuvent être rembourſés aux maris, quoiqu'ils aient été conſtitués en dot à leurs femmes, & aux héritiers dont les biens ſont ſubſtitués, ou qui ſeront chargés de rendre l'hérédité pendant leur vie, ou après leur mort ; & que le ſuppliant, ni la province ne pourront être recherchés pour raiſon deſdits rembourſemens, tant pour le paſſé que pour l'avenir : Et vue ladite requête & ordonnance de ſoit montré, y répondre, au pied de laquelle ſont les concluſions du procureur-général du roi. La cour ayant égard à ladite requête, a déclaré & déclare que les capitaux des rentes de la province peuvent être renbourſés aux maris, quoiqu'ils ayent été conſtitués à leurs femmes, & aux héritiers dont les biens ſont ſubſtitués, ou qui ſeront chargés de rendre l'hérédité pendant leur vie, ou après leur mort, & que ledit ſyndic, ni la province de Languedoc ne pourront être recherchés pour raiſon deſdits rembourſemens, tant pour le paſſé, que pour l'avenir. Prononcé à Toulouſe, en parlement le 22 avril 1705.

Extrait des regiſtres du parlement.

SUR les requiſitions verbalement faites par le procureur général du roi, contenant que le public ſe trouvant intéreſſé dans l'arrêt que la cour a rendu le 22 avril dernier, portant que les capitaux des rentes dues par la province peuvent être rembourſés aux maris, quoique conſtitués en dot à leurs femmes, de même qu'aux héritiers, dont les biens ſont ſubſtitués, ou qui ſont chargés de rendre des hérédités après leur mort, ou pendant leur vie, ſans que ledit ſyndic ou la province puiſſent être recherchés pour raiſon deſdits rembourſemens, tant pour le paſſé, que pour l'avenir. Il eſt néceſſaire, que cet arrêt ne puiſſe être ignoré de perſonne, puiſqu'il doit ſervir également de regle & de ſûreté pour les familles des particuliers & pour la province, à cauſe de quoi requéroit qu'il plaiſe à la cour ordonner que ledit arrêt ſera affiché par-tout où beſoin ſera, enregiſtré & publié dans les ſénéchauſſées & bailliages du reſſort de la cour. La cour ayant égard auſd. réquiſitions, ordonne que ledit arrêt ſera affiché, tant dans les places publiques de la préſente ville, que dans les autres villes du reſſort de la cour, & que des copies d'icelui duement collationnées ſeront envoyées à la diligence du procureur-général, dans les ſénéchauſſées & bailliage, pour être procédé à l'enregiſtrement & publication, enjoignant à ſes ſubſtituts d'en certifier la cour dans le mois. Prononcé à Toulouſe en parlement, le 14 juillet 1705.

La même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Paris, avec un peu plus de circonſpection : il faut que le débiteur qui rembourſe à l'héritier, donataire ou légataire chargé de ſubſtitution, prenne ſoin qu'il ſoit fait un bon emploi du capital ; mais il n'eſt pas garant de l'évenement. Cette Juriſprudence eſt ſagement établie ; car ſi le débiteur,

BIU Cujas

qui rembourse n'étoit pas obligé de faire un bon emploi, il pourroit s'entendre avec l'héritier, le donataire, le légataire, le tuteur ou autre, pour faire perdre le fonds de la rente aux mineurs, ou aux substituts; mais après le premier emploi, il n'est pas tenu de veiller à la sureté de la rente: il ne seroit pas juste de le rendre garant à perpétuité des hazards & des caprices de la fortune.

DE LA PRESCRIPTION DES SALAIRES

Des serviteurs.

QUESTION VINGTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *L'action des domestiques, pour le payement de leurs gages, ne dure qu'un an, après qu'ils sont sortis de chez leurs maîtres.*
2. *Récit du fait, sur lequel les sentences & arrêt ci-après sont intervenus.*
3. *Sentence de M. Henrys, en qualité de juge de la châtelenie royale de Châtelneuf, qui met les parties hors de cour.*
4. *Sentences du bailli de Forêts & du présidial de Lyon, qui infirment celle de M. Henrys.*
4. *Arrêt du 13 février 1621, qui confirme la sentence de M. Henrys.*
6. *Avis de M. Henrys, que pour empêcher la prescription, il faut une demande judiciaire, ou un acte par écrit.*
7. *Eloge de M. Henrys.*
8. *Les avocats s'attachent trop aux régles, & les juges trop peu.*
9. *Au parlement de Paris les serviteurs peuvent demander trois années de leurs gages, mais ils n'ont de privilége que pour la derniere. Au parlement de Toulouse ils ont privilége pour le tout.*
10. *Les prescriptions annales ne sont pas reçues au parlement de Toulouse.*
11. *Elles sont reçues aux parlemens de Grenoble & d'Aix.*
12. *A Paris elles n'ont pas lieu entre les marchands.*

QUESTION XX.

Des salaires des serviteurs, & de quel tems ils peuvent être demandés.

ENCORE que les salaires soient favorables, & que l'écriture sainte commande en divers endroits d'en faire le payement, toutefois cette faveur ne peut empêcher que l'action pour lesdits salaires ne doive être limitée à certain tems, pour obliger les serviteurs à s'en faire payer, & donner quelques assurances aux maîtres de famille.

1 Aussi, l'ordonnance de Louis XII, en l'art. 67, oblige les serviteurs à faire demande de leurs gages & salaires, dans un an après qu'ils seront sortis de service, & encore ne leur donne action que pour les trois dernieres années, s'il n'y a convention ou obligation par écrit, ou sommation suffisante: Laquelle ordonnance doit servir de régle en semblables actions, suivant l'arrêt intervenu sur l'hypothése de la présente question.

2 Laurent Bernard, étant veuf & chargé d'un enfant, sur la fin des guerres civiles de la ligue, & cherté des denrées causée par le désordre des orages précédens, n'eut autre recours que de prendre pour retraite assurée la maison & famille de Pierre Chambon, son voisin & allié, au service duquel il auroit demeuré long-tems; & depuis encore continué le même service avec Barthelemi Chambon, fils & héritier dudit Pierre Chambon, & environ l'espace de vingt-quatre ans, sans discontinuation; pendant lequel tems, lesdits pere & fils Chambon, auroient non-seulement nourri & entretenu le pere, mais encore son fils.

Mais comme toutes choses sont sujettes au changement, ledit Bernard, sur la fin de ses jours à l'âge d'environ soixante-quinze ans, quitte la maison dudit Chambon, & se retire avec Gabriel de Combes, son cousin, auquel il fait cession & remise des gages & salaires qu'il prétendoit lui être dûs de vingt-quatre années par ledit Barthelemi Chambon.

Ensuite du transport causé pour acquittement de dette & récompense de services, Gabriel de Combes, cédataire, (1) tire en instance icelui Chambon en la châtellenie royale de Châtelneuf, pour le payement desdits salaires de vingt-quatre années, à raison de 18 livres par an; en laquelle instance il y eut assez longue contestation, sur ce que le demandeur soutenoit que ledit Bernard ayant servi pendant le tems susdit, tant pour l'agriculture, qu'autre labeur de ménage, & jusques à sa retraite, on ne lui pouvoit dénier la récompense du service, qu'avec ingratitude & mauvaise foi; & que sa cause étoit d'autant plus favorable, que ce seul recours lui étoit resté pour passer ses derniers jours.

(1) Ce mot signifie un cessionnaire.

BIU Cujas

Le défendeur, au contraire, diſoit, que ledit Bernard avoit démeuré, tant avec lui, qu'avec ſon défunt pere, pendant les années calamiteuſes, plûtôt en qualité de parent ou allié, que d'un mercenaire : Qu'en effet, lui & ſes enfans avoient été entretenus & habillés, encore que pour la plus grande partie du tems, icelui Bernard ait été incapable de rendre ſervice, tant à cauſe de ſes fréquentes maladies, que de ſon vieil âge. Quoiqu'il en ſoit, qu'ayant été ſatisfait & content, il ne pouvoit être recevable à demander le ſalaire d'un ſi long tems, la préſomption faiſant pour le défendeur, n'étant pas à croire que ſans le payement d'iceux ſalaires, ou compenſation d'iceux, ledit Bernard eût eu de quoi s'habiller & s'entretenir, non plus que ſon fils, par argument de la raiſon rapportée en la loi finale, *Cod. de alim. pupillo præſtandis.* Et comme cette préſomption eſt fondée ſur une équité manifeſte, n'y ayant apparence de néceſſiter, après un ſi long intervalle de tems, les maîtres à prouver le payement qu'ils font ſans témoins, & de bonne foi à leurs ſerviteurs; auſſi elle avoit ſervi de motif à l'ordonnance de Louis XII, ci-deſſus cotée; enſuite de laquelle ledit défendeur concluoit à ſon délaiſſement, non-ſeulement pour les années précédentes, mais encore pour les trois dernieres, pour leſquelles il diſoit, que ledit Bernard, valétudinaire, & réduit à une extrême vieilleſſe, n'avoit pû gagner aucun ſalaire, & qu'il n'avoit été retenu que par commiſération, comme il n'étoit ſorti que par la ſeule pratique & induction dudit de Combes, cédataire.

Comme les faits impliquoient quelque contrariété, & qu'on avoit en outre oppoſé une promeſſe de payer les ſalaires demandés, même depuis peu de tems, auſſi il y eut appointement à vérifier, & enſuite les parties firent ouir quelques témoins, le dire deſquels ſe réſolvoit, d'une part, au ſervice continuel dudit Bernard, pendant ledit tems de vingt-quatre ans, & juſques environ un an auparavant la demande : Et d'autre part, avoit le défendeur prouvé qu'icelui Bernard & ſon fils avoient été entretenus, habillés & aſſiſtés en leurs maladies, à ſes dépens, & même qu'il avoit eu quelque eſpece de gouvernement en ſa maiſon; & de plus, qu'étant devenu viel & incommodé, il n'avoit pû rendre aucun ſervice qui fût conſidérable.

3 Sur ce, ayant été pourvu de l'office de châtelain & juge royal audit Châtelneuf, (1) & le procès m'étant remis pour juger, j'eſtimai que pour les premieres années, il y avoit lieu de non-recevoir, ſuivant l'ordonnance ſuſdite, & que les trois dernieres années, ledit Bernard n'ayant été capable de rendre ſervice, & étant plûtôt à charge, il n'avoit pû mériter aucune récompenſe; tellement, que par ma ſentence, les parties furent miſes hors de cour & de procès, ſans dépens.

De cette ſentence, de Combes ayant appellé pardevant le bailli de Forêts, elle fut infirmée par
4 ledit bailli; & de ſa ſentence, Chambon ayant auſſi appellé au ſiége préſidial de Lyon, la condamnation entiere des ſalaires demandés fut confirmée, avec dépens. Mais ne perdant pas haleine par cette double chûte, non plus que par l'exécution du jugement préſidial, pourſuivie à la rigueur, ſous caution; & ſuivant le ſecond chef de l'édit, ledit Chambon releve ſon appel du tout à la cour, où il a obtenu arrêt à ſon avantage, & moi, le contentement de voir que ma ſentence a été renverſée en deux divers ſiéges, & enfin confirmée par l'arrêt qui ſuit.

ARRÊT.

Comme de la ſentence donnée par le juge de
5 Châtelneuf, le 20 octobre 1618, entre Gabriel de Combes, ceſſionaire de Laurent Bernard, demandeur, & concluant, à ce que Barthelemi Chambon fût condamné lui payer vingt-quatre années des ſalaires & gages que ledit Chambon auroit promis audit Bernard, à raiſon de 18 livres par an, & aux dépens, d'une part; & ledit Barthelemi Chambon, défendeur, d'autre, tendant à fin d'abſolution; par laquelle, ſur ladite demande, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès, ſans dépens : Eût été appellé par ledit Combes à notre bailli de Forêts à Montbriſon, lequel auroit appointé les parties à infirmer ou confirmer, & rendu ſa ſentence le 7 mars 1619, par laquelle il auroit dit avoir été mal jugé par le juge, *à quo* : Emendant, ordonné que ledit Chambon payeroit audit de Combes les ſalaires & gages, du tems que ledit Bernard l'auroit ſervi & feu ſon pere, au dire de prud'hommes, dont les parties conviendroient à la huitaine; leſquels auroient égard au travail que ledit Bernard auroit pû rendre à cauſe de ſon âge, & à ce que ſon enfant auroit été nourri en la maiſon dudit Chambon; ſur leſquels gages ſeroit déduit ce qu'il montreroit avoir été payé audit Bernard; ledit Chambon condamné aux dépens de la cauſe d'appel, & ceux de la cauſe principale réſervés : De laquelle ſentence auroit été appellé par ledit Chambon à nos gens tenans le préſidial de Lyon, leſquels auroient appointé leſdites parties à infirmer ou confirmer, & par leur ſentence du 2 jour de juillet 1619, dit, que ce dont a été appellé, ſortiroit ſon plein & entier effet; l'appellant condamné ès dépens de la cauſe d'appel : De laquelle ſentence ledit Chambon auroit de rechef appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu, pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous : Joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité & production nouvelle que ledit appellant pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant : Icelui procès vû, forcluſions de bailler moyens de nullité, & produire de nouveau : Arrêt du 2 janvier dernier, entre ledit Chambon, appellant d'une liquidation deſdits gages, faite en exécution d'une ſentence donnée par notredit ſénéchal de Lyon, le 2 juillet 1619 : Exécutoire décerné de ladite liquidation, montant à la ſomme de 360 livres, le 5 octobre audit an; taxe & exécutoire de dépens; exécution faite, & de tout ce qui s'en ſeroit enſuivi, d'une part; & ledit de Combes, intimé, d'autre; par lequel, ſur leſdites appellations, les parties auroient été appointées au conſeil : Joint les prétendues fins de non-recevoir dudit intimé, qui étoient que ledit appellant auroit exécuté ladite ſentence, & payé volontairement les dépens, & défenſes au contraire, ſur leſquelles ſeroit préalablement fait droit; joint audit procès par écrit : Productions reſpectivement faites par leſdites parties ſur leſdites appellations verbales; griefs contenant auſſi les cauſes d'appel dudit Chambon, & réponſes auſdi-

(1) Cette juriſdiction eſt fort belle & d'une grande étendue, l'auteur l'a exercée fort long-tems; ainſi il a fait les fonctions de la judicature avec la profeſſion d'avocat des parties pendant près de trente ans; enſuite il a rempli dignement la charge d'avocat du roi pendant plus de vingt ans; & par conſéquent il joignoit enſemble une heureuſe nature, une longue étude & une grande expérience : Voilà ce qui peut rendre un homme conſommé dans la juriſprudence.

BIU Cujas

tes fins de non-recevoir; réponſes dudit de Combes : Et le tout diligemment examiné. Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter auſdites fins de non-recevoir, faiſant droit, tant ſur leſdites appellations verbales, que procès par écrit, a mis & met leſdites appellations, ſentence, & ce dont a été appellé, au néant, ſans amende: Emendant, ordonne que la ſentence du juge de Châtelneuf ſortira ſon effet; & que les deniers payés par ledit Chambon, en exécution deſdites ſentences, & exécutoires, tant de la liquidation des gages, que des dépens, frais, miſes & exécution lui ſeront rendus; condamne ledit de Combes ès dépens faits pardevant notre bailli de Forêts à Montbriſon, gens tenans notre préſidial de Lyon, que cauſes d'appel : Auſquels préſidiaux notredite cour fait défenſes de prononcer autrement que par bien ou mal jugé, ſuivant nos ordonnances, la taxe des adjugés pardevers notredite cour réſervée. Prononcé le tréiziéme février 1621.

Quand l'ordonnance parle du tems dans lequel il faut demander les ſalaires, & de la preſcription d'iceux, elle met cette exception, s'il n'y a compte, ſommation, ou interpellation; & M. Briſſon remarque que cela ſe doit entendre d'une interpellation hors jugement, & qu'elle eſt ſuffiſante, n'y ayant pas apparence d'obliger un ſerviteur à ſommer ſon maître, par un exploit ou autre écrit, lorſqu'il eſt encore à ſon ſervice. Cela eſt fort équitable, & néanmoins, l'article 127 de la coutume de Paris, comprenant les ſerviteurs & autres mercenaires, parle d'une interpellation judiciaire. Ce que fait pareillement l'ordonnance, quand elle parle des marchands qui vendent en détail.

Sur quoi nous avons vû diſputer en notre ſiége, ſi le fait d'une promeſſe de payer étoit recevable à vérifier par témoins. Tronçon, ſur l'art. 126 de la coutume de Paris, dit que comme il a été compoſé de l'ordonnance de Louis XII, auſſi, qu'en interprétation dudit article, & de l'ordonnance, il a été jugé par arrêt de l'audience du mardi 9 mars 1530, qu'il faut que les marchands faſſent leur demande dans le tems, ou bien qu'ils ayent quelque promeſſe par écrit.

C'eſt ce que nous avons ſoutenu pluſieurs fois 6
par nos concluſions, tant parce que l'ordonnance parle d'un compte par écrit, ou d'une ſommation judiciaire, & rejette par conſéquent les promeſſes verbales, que parce qu'autrement ce ſeroit rendre l'ordonnance illuſoire. On pourroit toujours propoſer un ſemblable fait, & il ne faudroit qu'avoir deux témoins. Nous avons pourtant vû juger le contraire.

OBSERVATIONS.

Des ſalaires des ſerviteurs, & combien dure leur action.

DANS cette queſtion, l'auteur établit que l'action pour les gages & ſalaires des ſer- 7
viteurs & domeſtiques, ne dure qu'une année, à compter du jour qu'ils ſont ſortis de la maiſon de leur maître : il dit l'avoir ainſi jugé en qualité de châtelain & juge royal de Chaſtelneuf; de laquelle y ayant eu appel au bailliage de Montbriſon, elle fut infirmée par le bailli de Forêts, qui jugea que l'action devoit durer trente ans. L'appel de la ſentence du bailli de Forêts ayant été portée au préſidial de Lyon, elle fut confirmée; mais par l'arrêt rapporté par l'auteur, les ſentences de Montbriſon & de Lyon furent infirmées, & celle rendue par l'auteur fut confirmée : ce qui prouve que notre auteur étoit auſſi bon juge que bon avocat, & bon juriſconſulte, & que l'on n'a pas raiſon de dire que les avocats ſont plus propres à traiter des queſtions, qu'à les décider. Il eſt vrai qu'ils ſont ordinairement plus long tems à décider une queſtion que les juges; parce qu'ils les examinent & les décident dans les régles : au lieu que les juges ne ſuivent dans 8
leurs jugemens le plus ſouvent que les lueurs d'une équité apparente, ou les préventions de leur eſprit. Ce que l'on peut dire ſur cela, c'eſt que les avocats s'attachent trop aux régles, & les juges ne s'y arrêtent pas aſſez.

L'auteur excepte de la régle par lui établie l'arrêté de compte ou une demande judiciaire, ou une promeſſe par écrit : car une promeſſe verbale ne ſeroit pas ſuffiſante, ainſi qu'il dit l'avoir toujours ſoutenu dans ſes concluſions. Il dit la même choſe à l'égard des marchands, ſuivant les articles 126 & 127, de la coutume de Paris. A préſent cela eſt décidé par l'ordonnance de 1673, tit. 1, art. 7, 8 & 9.

Quoique les domeſtiques puiſſent demander trois années de leurs gages, néanmoins ils n'ont de privilége que pour la derniere année dans le reſſort du parlement de Paris; 9
dans celui de Toulouſe, le privilége eſt univerſel, mais on ne les colloque qu'année par année, ſuivant les arrêts rapportés par M. Catelan, tom. 2, liv. 6, ch. 29.

Ces ſortes de preſcriptions annales n'ont pas lieu dans le reſſort du parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de M. Deſpeiſſes, & des auteurs & arrêts par lui rapportés, 10
tom. 1, p. 729, col. 1, & de M. Catelan, tom. 2, liv. 7, ch. 25, où il dit que l'ordonnance à ſemblé trop ſévere, & la peine trop grande, pour une négligence de ſi peu de tems, qui doit paſſer moins pour négligence, que pour un ménagement d'honnêteté, ſoutenue par la confiance.

Mais elles ſont reçues au parlement de Grenoble, ſuivant le témoignage de M. Expilly, plaid. 12, & de M. Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy Pape, p. 313.

Elles ſont auſſi en uſage en Provence, ſuivant les arrêts rapportés par Morgues, ſur les 11
ſtatuts de Provence, p. 303 & 304, & par Boniface, dans ſon recueil d'arrêts, tom. 1, liv. 8, tit. 2, ch. 7, & dans la ſuite de ſon recueil, tom. 2, liv. 9, tit. 1, ch. 3.

BIU Cujas

NOUVELLE OBSERVATION.

Des preſcriptions annalles entre marchands.

12 LES preſcriptions annales ſont reçues au parlement de Bordeaux. L'auteur des nouvelles notes ſur les déciſions de Lapeyrere, dit que les arrêts de ce parlement ſe ſont conformés en ce point à l'ordonnance de 1673.

Il faut obſerver que ces preſcriptions annales n'ont pas lieu entre les marchands; parce que la bonne foi, qui eſt l'ame du commerce, eſt ennemie des fins de non-recevoir, qui, le plus ſouvent, ſont fondées ſur la mauvaiſe foi. Cela ſe juge ainſi dans la juriſdiction des conſuls, & leurs jugemens ſont autoriſés par les arrêts. Il y en a un du parlement de Paris dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 2, ch. 46, & un du grand-conſeil dans le journal du palais, tom. 1, part. 2, ch. 1, c'eſt auſſi le ſentiment de M. Brodeau, ſur l'art. 126. de la coutume de Paris, nomb. 4.

DU SERMENT DÉCISOIRE.

QUESTION VINGT-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Celui à qui l'on défere le ſerment ne peut ſe diſpenſer de le prêter.*
2. *Le ſerment déciſoire doit être fait à l'audience.*
3. *Sentence du bailli de Montbriſon, confirmée par arrêt, portant que la partie feroit le ſerment à l'audience.*
4. *Le ſerment eſt favorable, il faut plutôt l'autoriſer que le retrancher.*
5. *Les marchands peuvent demander le ſerment à ceux qui leur objectent la fin de non-recevoir.*
6. *Le ſerment déciſoire doit être fait à l'ordinaire par toute ſorte de perſonnes.*
7. *Le ſerment ne doit pas être ſi facilement ordonné.*
8. *Il y a des cas où l'on n'eſt pas obligé d'affirmer.*

QUESTION XXI.

Si le ſerment déciſif peut être refuſé, & ſi l'article 54 de l'ordonnance de Moulins en peut excuſer.

1 *MANIFESTÆ turpitudinis eſt nolle jurare, vel jusjurandum non deferre*, dit la loi *manifeſtæ, ff. de jurejurando ſive, &c.* On ne peut donc pas refuſer le ſerment quand il eſt déféré, & il faut, ou l'accepter, ou le référer. A quoi ne peut faire obſtacle l'article 54 de l'ordonnance de Moulins. Car encore qu'elle exclue la preuve par témoins quand la choſe excéde cent livres, elle n'exclud pas le ſerment. L'ordonnance a bien voulu prévenir la corruption des témoins, & empêcher les procès, en obligeant les parties de paſſer contrat de ce qui excéde cent livres; mais elle n'a pas entendu favoriſer la mauvaiſe foi & la perfidie des perſonnes. Ainſi, de quoi qu'il s'agiſſe, il faut toujours prêter le ſerment, & l'on ne fait point de tort à une partie, quand on veut tirer la vérité de ſa bouche. C'eſt ce qui s'obſerve pareillement en faveur des marchands qui vendent en détail; quoiqu'après ſix mois ils ne ſoient plus recevables d'en faire demande, ils peuvent pourtant inſiſter au ſerment de leur débiteur; mais en ce cas, c'eſt le faire juge de la cauſe, & ce ſerment en fait la déciſion, ainſi qu'il eſt dit en la loi 1, *ff. quibus rerum actio non detur.* Car, comme nous avons, par notre uſage, trois ſortes de ſermens, le ſerment volontaire, le ſerment de juſtice, & le ſerment déciſoire; il faut ſe réduire à ce dernier, quand il y a fin de non-recevoir, & que la preuve ne peut être reçue par témoins.

Mais comme c'eſt un ſerment ſolemnel & im- 2
portant, auſſi ſe doit-il faire en juſtice, & avec plus de précaution. Se faiſant en audience & publiquement, la préſence du juge, & le reſpect du lieu, impriment quelque terreur; & tel qui ne feroit point de ſcrupule de ſe parjurer en maiſon privée, n'a pas l'aſſurance de le faire dans un auditoire. C'eſt pour ce ſujet, que pour le ſerment déciſoire, on ne peut s'en diſpenſer, & qu'il faut néceſſairement le faire en jugement & en plein barreau, s'il n'y a une impoſſibilité notoire. Quoique le juriſconſulte, *in l.* 15, *de jurejurando ſive volunt*, diſe, *ad perſonas egregias, eoſque qui valetudine impediuntur, domum mitti oportere, ad jusjurandum*, & que Mornac, ſur ladite loi, remarque que ce ſerment d'honneur ſe pratique pour les perſonnes de haute condition, & qui ſont dans les charges éminentes. Nous ne voudrions pas pourtant le tirer à conſéquence pour le ſerment déciſoire, ſi ce n'eſt en tout cas pour les perſonnes qui,

BIU Cujas

par leur relief, ſemblent devoir eux-mêmes ſe faire juſtice. C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt obtenu par le ſeigneur de Peliſſac contre le ſeigneur de Saint-Prieſt. La cour jugea que le ſerment déciſif pouvoit être déféré d'un fait, outre la teneur du contrat, & qui excédoit cent livres; & jugea pareillement, que ledit ſeigneur de Saint-Prieſt n'avoit pû s'excuſer de ſe préſenter en jugement pour y ſatisfaire.

Quant au fait, nous l'avons déja touché ſur une autre queſtion, & il ſuffira de dire ici, que le ſeigneur de Saint-Prieſt ayant été aſſigné devant le bailli de Forêts, pour ſe purger par ſerment, s'il n'avoit pas promis faire valoir la rente juſques à la ſomme de 580 livres par an, à raiſon de dix livres le ſeptier de ſeigle, & les autres grains à proportion, ſuivant le mémoire par lui remis; ledit ſeigneur de Saint-Prieſt ſoutint n'être tenu de s'en purger par ſerment. Quil s'en falloit tenir au contrat, & qu'en ſemblables choſes, c'eſt le contrat qui régle la convention. Qu'avant que d'arrêter le marché, on fait diverſes propoſirions; mais qu'enfin on eſt cenſé ſe réduire à ce que le contrat porte. Que même les parties ne ſçauroient ſe ſouvenir de tout ce qui a été dit & propoſé, & qu'il ne faut pas auſſi dire, que tout ce qui a été dit & propoſé, ſoit obligatoire.

3 Nonobſtant cela, & en conſéquence de ce que le ſeigneur de Peliſſac déclara d'abord qu'il s'en remettoit au ſerment déciſif du ſeigneur de Saint-Prieſt, & qu'il le faiſoit juge de la cauſe; il fut ordonné qu'il affirmeroit déciſoirement. Ledit ſeigneur de Saint-Prieſt en ayant appellé, la cour confirma le jugement du bailli, & renvoya les parties pardevant lui. En exécution, ledit ſeigneur de Saint-Prieſt, pourſuivi de ſatisfaire, s'excuſa ſur ſon indiſpoſition, & demanda qu'un juge fût commis pour recevoir ſon ſerment. Le ſeigneur de Peliſſac l'ayant empêché, & ſoutenu que le ſerment déciſoire ne ſe pouvoit faire qu'en jugement; & que comme il étoit plus important, il devoit auſſi être bien plus ſolemnel : Que ſi les autres formes & cérémonies qui ſe pratiquoient autrefois pour plus grand reſpect de la religion, avoient été retranchées, on n'avoit pas pourtant retranché la ſolemnité du lieu. Que cela s'étoit toujours obſervé dans le pays de Forêts, pour quelques perſonnes que ce fût, & que c'étoit l'uſage du ſiége. Ayant donc ſoutenu tout cela, & conſenti d'accorder plûtôt divers délais, que de ſe relâcher de la ſolemnité du ſerment, il fut ordonné que le ſeigneur de Saint-Prieſt ſatisferoit aux préjugés, & ſe préſenteroit en jugement pour prêter le ſerment requis, nonobſtant les procurations rapportées, & les affirmations faites par icelles. Car encore qu'il s'obſerve que les ſeigneurs de marque ſont reçus à faire leur affirmation par procuration, cela n'a pas lieu pourtant pour choſe de poids & d'importance, & moins encore pour un ſerment déciſoire.

Enſuite, y ayant eu divers délais, & pour le profit d'iceux, ayant été ordonné que les faits étoient tenus pour confeſſés & avérés, le ſeigneur de Saint-Prieſt en appella de rechef à la cour, à cauſe que ſes procurations avoient été rejettées, & que ſans avoir égard aux certificats d'exoine, par lui rapportés, on l'avoit obligé de ſe préſenter en perſonne, & en jugement. Mais après avoir connu que ſon appel ne pouvoit être favorable, & qu'il ne pouvoit pas ſe diſpenſer de ſubir le ſerment qu'on lui demandoit, il aima mieux donner les mains, & demeurer d'accord du fait, que de faire un ſerment douteux. On lit dans l'hiſtoire, que Clynias, philoſophe Pythagoricien, pouvant par un ſerment licite & véritable éviter une amende de quinze cens écus, aima mieux ſouffrir cette peine que de jurer. Ainſi nous pouvons dire que ledit ſeigneur de Saint-Prieſt aima mieux faire offre de faire valoir la rente, que de faire un ſerment douteux, ſuivant en cela le conſeil du ſage : *Nihil agere quod dubites, dubitatio enim ſpeciem præ ſe fert iniquitatis.*

Extrait des regiſtres du parlement.

ENTRE meſſire Louis de Saint-Prieſt, chevalier, marquis dudit Saint-Prieſt, & baron de Couzan, appellant d'une ſentence rendue par le bailli de Forêts, ou ſon lieutenant, & gens tenans le ſiége préſidial à Montbriſon, le 18 janvier 1640, d'une part; & meſſire Claude de Luzy, ſeigneur de Peliſſac, intimé, d'autre : ſans que les qualités puiſſent nuire ni préjudicier aux parties. De Montelon, avocat pour le ſieur de Saint-Prieſt, dit que ſa partie a vendu à l'intimé la terre & ſeigneurie de Chalin, de la contenance de laquelle terre l'intimé lui avoit baillé un mémoire. L'intimé a prétendu qu'en cette vente étoit compriſe une rente noble de cinq cens quatre-vingt tant de livres, & néanmoins cette rente noble ne vaut ladite ſomme, & eſt de beaucoup moindre. Conteſtation ſur ce ſujet; demeure d'accord qu'il eſt intervenu deux ſentences, confirmées par arrêt, par leſquelles eſt dit, que ſa partie ſubira le ſerment déciſoire, ſi on n'a pas baillé le mémoire qui contient la valeur de ladite rente noble. En exécution d'icelui, ſa partie n'a pû ſubir le ſerment en perſonne, mais a envoyé des procurations contenant ſon affirmation, à cauſe de ſon indiſpoſition; encore envoye un exoine ſur les lieux; & néanmoins, par une autre ſentence, quoique du conſentement de l'intimé, la procédure fut diſcontinuée, a depuis pourſuivi & fait ordonner qu'il prêteroit le ſerment en perſonne, qui eſt ſon appel, auquel a conclu; lequel ne peut plus ſubſiſter par le moyen des offres que fait ſa partie, de faire valoir ladite rente & droits nobles réſultans du terrier, ladite ſomme de cinq cens quatre-vingt livres; émendant, après ſes offres, ſera déchargé de ſubir le ſerment. Buffet, auſſi avocat pour l'intimé, que l'appellant a été condamné par deux ſentences confirmées par arrêt, après le ſerment déciſoire du fait du mémoire baillé; après lequel ne lui demande rien. En exécution deſquelles ſentences il a fait pluſieurs procédures, même obtenu ſentence; par laquelle, faute de ſubir l'interrogatoire, les faits articulés par ſa partie ſeront tenus pour confeſſés & avérés; & à préſent ſoutient, qu'il eſt tenu d'affirmer en perſonne. La cour a mis & met l'appellâtion, & ce dont a été appellé au néant; émendant, a déchargé la partie de Montelon, du ſerment porté par ladite ſentence : Et en conſéquence des offres judiciellement faites, a condamné l'appellant faire valoir la rente noble dont eſt queſtion, à la ſomme de 580 livres tournois; & à faute de ce, parfaire ce qui s'en defaudra en pareille rente noble; & néanmoins, condamne l'appellant ès dépens de la cauſe d'appel, ſans autres dépens. Fait en parlement le 17 juillet 1640. GUYET.

Le ſerment eſt favorable; il faut plûtôt l'autoriſer que le retrancher. La foi qui maintient la ſo- 4
ciété civile, n'eſt que le lien qu'elle établit entre les hommes, mais le ſerment eſt un lien qui lie les hommes avec Dieu, & qui établit un commerce entr'eux. Dès-lors qu'on ne tient plus compte du ſerment, on commence à ne plus croire aucun Dieu, & c'eſt être auſſi-bien ſans religion, que ſans

BIU Cujas

foi. Auſſi, en la loi premiere; *de jurejurando*, le ſerment eſt appellé, *maximum expediendarum litium remedium*. Et ſaint Paul, en l'épitre aux Hébreux, dit pareillement, *omnis controverſiæ fidem juramentum eſſe.*

Et quoiqu'au journal des audiences, chap. 26, il y ait un arrêt qui ſemble contraire, il ne l'eſt pas pourtant, & nous croyons qu'il n'a été donné que ſur les circonſtancesde la cauſe. En icelle l'on ne révoquoit pas en doute la vérité du contrat, & l'on ne demandoit le ſerment, que ſur les eſpeces auſquelles le principal de la rente avoit été payé. C'eſt de quoi le créancier ne peut pas avoir une mémoire ſi préciſe; & il faudroit pour cela qu'il eût gardé ſon bordereau. D'ailleurs, le débiteur propoſoit, qu'on lui avoit fait prendre les piſtoles à plus haut prix que ne portoit l'ordonnance; cela tenoit de la chicane, à cauſe qu'on ſçait bien que l'uſage donne le prix aux piſtoles, & que dans le commerce, c'eſt lui qui en régle le cours. C'eſt donc aſſez qu'on s'en ſoit contenté, & après cela le ſerment ne peut être recherché.

OBSERVATIONS.

5 L'Auteur, dans cette queſtion, établit,

1°. Que nonobſtant l'ordonnance de Moulins, qui défend la preuve par témoins au-deſſus de cent livres, le créancier peut demander le ſerment au débiteur, ce qui s'obſerve principalement à l'égard des marchands. Cela eſt nettement décidé par l'ordonance de 1673, tit. 1, art. 10. *Pourront néanmoins les marchands & ouvriers déférer le ſerment à ceux auſquels la fourniture aura été faite, les aſſigner & faire interroger. Et à l'égard des veuves, tuteurs de leurs enfans, héritiers & ayans cauſe, leur faire déclarer s'ils ſavent que la choſe eſt dûe, encore que l'année, ou les ſix mois ſoient expirés.*

Il faut dire la même choſe à l'égard de toutes ſortes de perſonnes, le demandeur peut déférer le ſerment au défendeur, qui ne peut ſe diſpenſer de le prêter, ainſi que l'auteur le prouve dans la queſtion 74, de ce livre.

6 2°. L'auteur dit que le ſerment déciſoire doit être fait à l'audience & en perſonne, ſi ce n'eſt à l'égard des perſonnes conſtituées dans les grandes dignités; ſuivant l'uſage qui ſe pratique à préſent, l'on n'en diſpenſe perſonne.

7 3°. Il dit que le ſerment eſt favorable, & qu'il faut plûtôt l'autoriſer, que le retrancher. Le juriſconſulte Ulpien, dans la loi 8, *de condit. inſtit.* eſt d'un avis contraire. Il dit, que le prêteur diſpenſe ſouvent du ſerment, parce que les perſonnes qui n'ont pas de religion ſont faciles à jurer, & ceux qui ſont trop religieux, font ſcrupule de jurer même pour la vérité: *cùm enim faciles ſint nonnuli hominum ad jurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis uſque ad ſuperſtionem, ne vel hi, vel illi aut conſequerentur, aut perderent quod relictum eſt, prætor conſultiſſimè intervenit.* En effet, ceux qui ſont d'aſſez mauvaiſe foi pour dénier les choſes qu'ils doivent légitimement, ne font guéres de ſcrupule d'affirmer qu'ils ne doivent rien: quiconque eſt capable de mentir, ne fait point difficulté de ſe parjurer; celui qui ne craint pas de trahir la vérité, ſe mocque du parjure.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

8 QUoique les juges ſoient très-faciles à obliger les parties d'affirmer, ſouvent ſans raiſon, & ſans néceſſité, il y a pourtant des cas où les parties ne ſont pas tenues d'affirmer. 1°. Pour le payement des arrérages des actes conſtitués, on ne peut demander que de cinq ans, ſans que le débiteur ſoit obligé d'affirmer d'avoir payé les arrérages des années précédentes, ainſi que M. Henrys l'établit dans la queſtion 74, ci-après.

2°. Quand on eſt fondé ſur un acte paſſé pardevant notaires, l'on n'eſt pas obligé d'affirmer; ainſi un créancier, porteur d'une obligation paſſée pardevant notaires, n'eſt pas obligé d'affirmer s'il en a fourni la valeur. Ainſi jugé par deux arrêts, des 14 janvier 1625 & 13 mai 1637, rapportés dans le journal des audiences, tom. 1, chap. 32. De même le porteur d'une quittance paſſée pardevant notaires, n'eſt pas tenu d'affirmer s'il a payé le contenu en icelle.

DE

DE L'ALIÉNATION DES BIENS DES MINEURS.

QUESTION VINGT-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les mineurs peuvent rentrer dans leurs biens vendus par autorité de juſtice, & par avis de parens.*
2. *Les mineurs ne peuvent pas rentrer dans leurs biens vendus par décret.*
3. *Eſpèce du fait, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
4. *Arrêt du 29 juillet 1623, qui décharge un mineur de rendre à l'acquéreur le prix de ſon acquiſition, ſauf à lui à ſe pourvoir contre le tuteur.*
5. *Pluſieurs arrêts qui ont déchargé les mineurs de rendre le prix à l'acquéreur, à moins qu'il ne juſtifie qu'il a tourné à ſon profit.*
6. *Pluſieurs arrêts en forme de réglement, qui permettent aux mineurs de rentrer dans leurs héritages vendus, & condamnent les acquéreurs à la reſtitution des fruits.*
7. *Arrêt important du 21 avril 1701, qui juge huit queſtions en faveur des mineurs.*

QUESTION XXII.

De l'aliénation des biens des mineurs, & ſi elle eſt valable, faite de l'avis des parens, & par décret du juge.

1 L'ALIÉNATION des immeubles d'un mineur eſt chatouilleuſe; quelque aſſurance qu'on y cherche, il n'y en a point; & quelquefois ce ſont les précautions qui nuiſent. On en peut dire ce qu'on dit des potirons, quelque apprêt qu'on en faſſe, l'uſage n'en eſt pas bon, & la meilleure ſauſſe qu'on y puiſſe apporter, c'eſt de les jetter là. Ainſi en eſt-il des ventes des biens des mineurs : On prend l'avis des parens, on demande permiſſion aux juges, on fait publier les héritages, on les fait eſtimer par experts; & après tout, les juges interpoſent leur décret. Mais tout cela n'empêche pas que le mineur n'en reclame, & qu'il ne puiſſe rentrer dans ſon
2 héritage, s'il ſe trouve tant ſoit peu léſé. Donc il n'y a point d'aſſurance plus grande, que d'acheter l'héritage plus qu'il ne vaut, & il ſemble que c'eſt l'unique moyen d'empêcher un mineur d'y revenir, ſi ce n'eſt lorſque l'héritage ſe vend par criées, & avec les ſolemnités preſcrites par les décrets. Voici ce que M. Loüet en dit en ſon recueil, lettre A, nomb. 5, & Brodeau, ſur icelui.

3 Pierre de la Ruë, tuteur décerné à Gaſpard Aſtier, prend avis des parens, & par icelui leur fait dire, qu'il étoit à propos de vendre un jardin appartenant à ſon mineur, & que l'intérêt des deniers qu'on en pourroit tirer ſeroit bien plus avantageux que le revenu du jardin. Enſuite de quoi ledit jardin eſt vendu ſix cens livres, par ordonnance & décret du juge, mais volontaire, & ſans néceſſité qui preſſât. Depuis, le tuteur rendant compte de ſa tutelle, & voulant employer cette partie, le mineur l'empêche; & après, appelle de l'ordonnance du juge, & pour faire ceſſer l'adjudication, obtient lettres.

Il ſoutenoit qu'il y avoit eu léſion, & que ce qui avoit été vendu ſix cens livres, en valoit plus de douze cens. Mais ſon principal fondement conſiſtoit en ce point, que la vente avoit été faite ſans cauſe ni néceſſité; que puiſqu'il ne devoit rien, ſon tuteur n'avoit pû vendre l'héritage du mineur, & qu'il avoit dû conſidérer que les héritages paternels, que les propres anciens ne reçoivent point d'eſtimation; & que c'eſt pour ce ſujet que la cour a jugé par ſes arrêts, que les préſidiaux ne pouvoient connoître & juger en dernier reſſort du retrait lignager. Qu'au reſte, l'acquéreur étoit acquéreur de mauvaiſe foi, & qu'ayant ſciemment acquis l'héritage d'un mineur, il étoit comptable des fruits, & ne pouvoit agir pour le prix, que contre le tuteur ſeul.

L'acquéreur, au contraire, ſoutenoit que s'il avoit acquis l'héritage d'un mineur, il ne l'avoit fait que par autorité de juſtice, & en ſuite de l'avis des parens : Que la coutume d'Auvergne ne deſiroit que cela, & que c'eſt en ce cas qu'elle permettoit d'aliéner les immeubles du mineur : Par conſéquent, qu'il étoit acquéreur de bonne foi, & qu'il ne pouvoit être tenu qu'à ſuppléer ce qui manqueroit du juſte prix, ſi manquement y avoit : Qu'ayant payé au tuteur, & le tuteur s'en chargeant dans ſon compte, l'intérêt du mineur ceſſoit.

Sur cette conteſtation, intervint ſentence du ſénéchal d'Auvergne, ou ſon lieutenant à Riom, par laquelle, ayant égard aux lettres & offres, il auroit ordonné que le décret de la vente du jardin demeureroit ſans effet; & en conſéquence de ce, auroit condamné les détenteurs à ſe déſiſter d'icelui, en les rembourſant, par le demandeur, du ſort principal, loyaux coûts, réparations & méliorations, ſauf audit demandeur à ſe pourvoir contre ſon tuteur, &c.

Y ayant eu appel de la part du mineur, il fondoit ſon grief, non-ſeulement ſur la condamnation de quelques dépens, mais encore ſur ce qu'il avoit été chargé de rembourſer l'acquéreur; & diſoit, que ne paroiſſant d'aucun emploi, & le tuteur étant plûtôt reliquataire que créancier, c'étoit à l'acqué-

BIU Cujas

reur à recourir contre lui. Que celui qui *cum perſonâ ſuſpectâ contrahit, curioſus eſſe debet de verſione in rem. l. vir & uxor, l. finali ad Velleianum ff.* & autres textes du droit, cités par monſieur Loüet & par ſon apoſtillateur, en la lettre M, nomb. 19, où ils cottent quelques arrêts pour cela. Il fut auſſi jugé par l'arrêt qui ſuit, que c'étoit au tuteur que l'acquéreur devoit demander ſon rembourſement.

ARRÊT.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France
4 & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut. Sçavoir faiſons, que comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal d'Auvergne, ou ſon lieutenant à Riom, le 22 juin 1622, entre maître Gaſpard Aſtier, demandeur en enthérinement des lettres de nous obtenues le 9 juillet 1621, d'une part, & maître Baptiſte-Jean-Jacques & Pierre Salamy, & Pierre de Matucieres, défendeurs, d'autre; par laquelle notredit ſénéchal, ayant égard auſdites lettres, auroit ordonné que le décret de la vente du jardin dont étoit queſtion, du 10 ſeptembre 1611, demeureroit ſans effet; & en conſéquence de ce, condamné leſdits défendeurs de ſe déſiſter de la poſſeſſion d'icelui jardin, en leur rembourſant, par ledit demandeur, le ſort principal dudit décret, loyaux coûts, réparations & méliorations faites audit jardin; ſauf audit demandeur à ſe pourvoir contre Pierre de la Ruë, ſon tuteur, ainſi qu'il verroit bon être, & condamné ledit demandeur aux dépens, depuis le jour des offres faites par leſdits défendeurs : Eût été par ledit demandeur appellé à notre cour de parlement, en laquelle, parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit, reçu & conclu, pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé. Joint les pieces hors le procès, &c. Icelui procès vû, griefs & réponſes; requête dudit appellant du 26 avril dernier, contenant ſa déclaration, qu'il n'étoit appellant de ladite ſentence, qu'en ce qu'il auroit été condamné rembourſer auſdits intimés le lit ſort principal, loyaux coûts & dépens, &c. Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur ledit procès par écrit, a mis & met ladite appellation & ſentence, de laquelle a été appellé, au néant, & ſans amende, en ce que notredit ſénéchal auroit condamné ledit appellant rendre aux intimés ledit ſort principal, frais, loyaux coûts, & aux dépens; en émendant, quant à ce, en a abſous & abſout ledit appellant, envers lequel elle a condamné leſdits intimés en la reſtitution des fruits dudit jardin, depuis ledit décret, ſelon l'eſtimation qui en ſera faite, au dire d'experts à ce connoiſſans, dont les parties conviendront pardevant l'excuteur du préſent arrêt, autrement en ſera par lui pris d'office, ladite ſentence au réſidu ſortiſſant ſon effet; & outre, a condamné & condamne leſdits intimés ès dépens de la cauſe principale, ſans dépens de la cauſe d'appel; ſauf à eux à ſe pourvoir contre ledit de la Ruë, pour leur rembourſement du ſort principal & intérêts, frais & loyaux coûts. Et ſur leſdites appellations verbales, a mis & met leſdites appellations & leſdites parties hors de cour & de procès; la taxe des dépens adjugés, pardevers notredite cour réſervée. Si mandons, &c. Donné à Paris en notre parlement le 29. jour de juillet 1623. *Signé*, GALLARD.

Pour confirmation de ce préjugé, on peut alléguer la loi pénultiéme, *ff. de rebus eorum qui ſub tutelâ*, en laquelle le juriſconſulte rapporte un reſcrit des empereurs Antonin & Severe, *ne fundum quidem ſterilem vel ſaxoſum, vel peſtilentem, vel alioquin infructuoſum vendi liceat*, comme encore on peut alléguer la loi, 12, *C. de præd. minor.* en laquelle, *ob æs alienum tantùm, cauſâ cognitâ, prædium minoris diſtrahi permittitur.* Ce que *Joannes à Sande*, en ſes déciſions du ſénat de Friſe, dit avoir été jugé de la ſorte, *lib. 2, tit. 6, defin* 14.

OBSERVATIONS.

De l'aliénation des biens des mineurs, & de la faculté qu'ils ont d'y rentrer.

5 L'Auteur dans cette queſtion dit, qu'il n'y a point de ſûreté d'acheter les biens des mineurs, quelque précaution que l'on y apporte : il cite un arrêt qui juge que les mineurs peuvent rentrer dans leurs biens, quoiqu'ils ayent été vendus par autorité de juſtice ſur l'avis des parens, & que le mineur n'eſt point tenu de rendre le prix à l'acquéreur, s'il ne juſtifie qu'il a tourné à ſon profit, ſuivant les arrêts rapportés par M. Louet & Brodeau, let. A. chap. 5, & let. M. ch. 19, M. le Preſtre, cent. 3, chap. 45, & M. Papon, dans ſes arrêts, liv. 16, tit. 1, art. 9.

6 Depuis, le parlement a rendu pluſieurs arrêts en forme de réglement, qui permettent aux mineurs de rentrer dans leurs biens vendus par leurs tuteurs ou par eux-mêmes, avec reſtitution des fruits. C'eſt à l'acquéreur à juſtifier, que le prix de ſon acquiſition a tourné au profit du mineur : il y en a un du 9 avril 1630, rapporté dans le premier tom. du journal des audiences, liv. 2, chap. 71 : il y en a un autre du vingt-huitiéme avril mil ſix cent ſoixante-quatre dans le ſecond tome, livre ſixiéme, chapitre vingt-huitiéme.

Depuis il eſt encore intervenu, pluſieurs arrêts ſemblables qui ont été imprimés & publiés; ainſi il me ſeroit facile de les rapporter : mais de peur de groſſir trop ce volume, je me contenterai d'en rapporter un qui me ſemble avoir jugé toutes les queſtions qui peuvent tomber ſur cette matiere.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Sçavoir faiſons,
7 que comme de la ſentence donnée par notre bailli de Provins, ou ſon lieutenant, le

BIU Cujas

quatre juin, 1699, Entre notre bien amé Joſeph Billebaut, procureur au bailliage & châtelenie de Melleray, demandeur en entérinement des lettres de reſciſion, ſuivant ſa requête du 10 janvier audit an 1699, d'une part, & Catherine Pevillot, veuve de Pierre Richard cabaretiere, demeurante à Plancy, demandereſſe d'autre; par laquelle faiſant droit auſdites parties, les lettres de reſciſion obtenues par ledit Billebaut avoient été entérinées, ordonné qu'il jouiroit du bénéfice d'icelles; & en conſéquence les parties avoient été remiſes au même & ſemblable état qu'elles étoient avant la paſſation des contrats des 20 mars 1688, & en ce faiſant ladite Catherine Pevillot veuve Richard auroit été condamnée à laiſſer audit Billebaut les héritages, fonds & immeubles mentionnés auſdits contrats, & lui en rapporter les fruits; ſçavoir à l'égard des années du bail fait à Jacques Billebaut, ſuivant les clauſes & conditions portées par icelui, & pour les autres années échues depuis l'expiration dudit bail, au dire d'experts à ce connoiſſans, dont les parties conviendroient devant ledit juge, ſinon & à faute de ce faire & à leur refus, par ceux qui ſeroient par ledit juge nommés d'office, ſeroit fait état par ledit Billebaut à ladite veuve Richard des ſommes contenues en ſon plaidoyer, du même jour de ladite ſentence, ſuivant ſes offres, montant à deux cent ſoixante & douze liv. cinq ſols, & l'intérêt d'icelle au taux de l'ordonnance, & la ſomme de quatre cent dix-ſept liv. quinze ſols payée par lad. veuve Richard, ſçavoir à Claude le Page quarante livres quinze ſols, à Jacques Billebaut quarante-huit livres, à Denis Billebaut le jeune cinquante liv. à Denis Billebaut l'aîné quatorze livres, à Pierre Briſſot dix-ſept liv. pour frais, & auſſi aux intérêts deſd. ſommes, ſuivant notre ordonnance, nonobſtant tout ce qui auroit été dit & propoſé au contraire par ladite veuve Richard, dont elle auroit été déboutée & condamnée en la moitié des dépens, & l'autre moitié compenſée entre leſdites parties: eût été appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu par arrêts des 31 mars & 20 décembre 1700: le premier entre Catherine Pevillot veuve Pierre Richard, cabaretiere demeurante à Plancy, appellante de lad. Sentence rendue au bailliage de Provins, le 4 juin 1699, d'une part, & ledit Joſeph Billebaut procureur au bailliage & châtelenie de Mellerai, encore d'autre; & le deuxiéme entre ledit Joſeph Billebaut procureur au bailliage & Châtellenie de Melleray, appellant de lad. ſentence rendue au bailliage de Provins, le 4 juin 1699, d'une part; & ladite Catherine Pevillot veuve Pierre Richard cabaretiere, demeurant à Plancy, intimée d'autre part, & reçu pour juger en la maniere accoutumée, ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis par les parties, & l'amende pour nous, & leſdites parties appointées à fournir griefs & réponſes, faire production nouvelle, & contre icelle donner contredits, le tout dans le tems de l'ordonnance, joint par ledit arrêt du 20 décembre 1700, les demandes dudit Billebaut, portées par ſes requêtes des 16 & 18 dudit mois de décembre, ſur leſquels les parties auroient été appointées en droit à écrire, produire, auſſi dans le tems de l'ordonnance, & joint audit procès par écrit: Vû icelui procès & ſentence, d'entre ladite Pevillot veuve Richard demandereſſe aux fins de la commiſſion & exploit des 6 & 20 ſeptembre 1700, d'une part, & ledit Joſeph Billebaut procureur au bailliage de Melleray, & Marie Veron ſa femme; led. Billebaut prenant le fait & cauſe de ladite Veron, défendeur d'entre leſd. commiſſions & exploit des 6 & 20 février 1700 contenant la demande de ladite Pevillot, à ce que l'arrêt qui interviendroit ſur l'appel de ladite ſentence du bailli de Provins, du 4 juin 1699, fût déclaré commun avec ladite Veron; ce faiſant il fût ordonné qu'elle ſeroit tenue fornir moyens, & faire enſorte que lad. ſentence fût imfirmée, & ledit Billebaut débouté de ſes lettres & condamné aux dépens; ſinon & en cas d'évenement, que lad. Veron ſeroit condamnée d'acquitter, garantir & indemniſer lad. Pevillot des condamnations intervenues & qui pourroient intervenir contre elle au profit dudit Billebaut, avec tous dommages, & intérêts & dépens tant en demandant, défendant, que de la ſommation: Défenſes deſdits Billebaut, & Marie Veron ſa femme, icelui Billebaut prenant le fait & cauſe de ladite Veron, du 24 mars 1700, contre la demande de ladite Pevillot: Arrêt du 17 mai enſuivant, par lequel ſur les demandes & défenſes, les parties auroient été appointées en droit, & écrire, produire dans le tems de l'ordonnance, & joint au procès par écrit, étant au rapport du ſieur de Brilhac conſeiller: Leſdites requêtes dud. Billebaut; la premiere du 6 décembre 1700, par laquelle il auroit conclu à ce qu'il plût à notred. cour entériner les lettres de reſciſion, obtenues par ledit Billebaut, le 15 dudit mois; ce faiſant, remettre les parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient avant tous les actes énoncés auſd. lettres, & en conſéquence lui adjuger les fins & concluſions qu'il avoit priſes au procès, & condamner lad. Catherine Pevillot en tous les dépens; & la deuxiéme du dix-huit dud. mois de décembre contenant la demande dudit Billebaut, à ce qu'il plût à notred. cour lui donner acte de ce qu'il avoit toujours offert à lad. Catherine Pevillot, & lui offroit d'abondant de lui tenir compte de la ſomme de trois cent quinze livres cinq ſols ſix deniers, & l'intérêt qui

BIU Cujas

étoit seulement tourné à son profit, de tous les actes énoncés dans les lettres de rescision que lad. Billebaut avoit obtenues, le 15 dud. mois de décemb. déclarer lesd. offres bonnes & valables; & en conséquence adjuger aud. Billebaut les fins & conclusions qu'il avoit prises au procès avec dépens; lesd. lettres obtenues en Chancellerie par ledit Billebaut, le 15 décembre 1700, à l'effet d'être restitué contre les actes par lui passés au profit de lad. Pevillot: Griefs de lad. Pevillot, du 30 juin 1700, contre ladite sentence du 4 juin 1699, en exécution dudit arrêt du 31 mars audit an 1700, servant aussi d'avertissement, suivant l'arrêt du 17 mai, à ce qu'il plût à notredite Cour mettre l'appellation & la sentence dont étoit appel au néant, émendant débouter led. Billebaut de l'entérinement de ses lettres de rescision, ordonner que les contrats de ventes faits à lad. Pevillot, les 20 mars 1697, & 20 mai 1698, seront exécutés selon leur forme & teneur, & en cas que notredite cour fît quelque difficulté, condamner ledit Billebaut de payer & rembourser à lad. Pevillot lad. somme de trente livres d'une part, quinze cent livres d'autre, soixante & quinze livres encore d'autre, & celles auxquelles se trouvoient monter tant les droits de lods & ventes, payés pour raison desd. acquisitions, que les augmentations & améliorations faites sur lesdits héritages & bâtimens avec lesdits intérêts d'icelles sommes, & le condamner en outre aux dépens, tant de la cause principale que de celle d'apel; & faisant droit sur la demande de lad. Pevillot, déclarer l'arrêt qui interviendroit commun avec lad. Marie Veron, femme dudit Billebaut; ce faisant en cas que ladite sentence fût confirmée, le condamner à rendre & restituer à ladite Pevillot les sommes contenues dans les contrats, dont est question; & d'acquitter, garantir & indemniser icelle Pevillot, des condemnations qui pourroient intervenir contre elle, avec dommages, intérêts & dépens: Réponse dudit Billebaut du 10 janvier 1701. aux griefs de ladite Pevillot, servant aussi de griefs sur l'appel par lui interjetté de ladite sentence du 4 juin 1699 & d'avertissement sur les demandes portées par ses requêtes des 16 & 18 décembre 1700, contenant ses conclusions; à ce qu'il plût à notredite cour, entant que touche l'appel interjetté par ladite Catherine Pevillot & sa demande, mettre l'appellation au néant, la débouter de sa demande, & la condamner à l'amende & aux dépens; & sur l'appel dudit Billebaut, mettre l'appellation & sentence du bailli de Provins, dont est appel, au néant, en ce que par icelle sentence il auroit été ordonné que ledit Billebaut feroit état à ladite Pevillot, veuve Richard, de la somme de quatre cent dix-sept livres, 15 sols, prétendue payée au nommé Claude le Page, Jacques Billebaut, Denis Billebaut le jeune, Denis Billebaut l'aîné & Pierre Briffot, par ladite Pevillot, & des intérêts de ladite somme; & en ce que la moitié des dépens auroit été compensée; émendant quant à ce, ayant aucunement égard aux lettres de rescision obtenues par ledit Billebaut, les 12 mai 1688, & 15 décembre 1700 & icelle entérinant, remettre les parties en tel & semblable état qu'elles étoient auparavant les contrats de vente des 10 décembre 1686, 25 janvier, 4 novembre & 19 décembre 1687 & 23 mars 1688, la promesse du 15 janvier audit an 1688, les transactions des 16 décembre 1687 & 28 octobre 1688, & l'authorisation que ledit Billebaut avoit faite de ladite Marie Veron sa femme, par aucuns desdits actes & transactions, & par le contrat du 15 mai 1688, par la quittance du 3 décembre audit an, & autres actes approbatifs faits depuis, & les actes, obligations, promesses & transports, contenant l'engagement des immeubles dudit Billebaut, énoncés ausdits contrats de vente; & en conséquence décharger led Billebaut de ladite somme de quatre cent dix-sept livres, quinze sols, & des intérêts d'icelle, aux offres que ledit Billebaut avoit toujours faites, & qu'il réiteroit, de déduire à ladite Pevillot toutes les sommes qu'elle justifieroit avoir tourné au profit dudit Billebaut, & les intérêts d'icelles; & notamment la somme de trois cent quinze livres, cinq sols, six deniers, que ledit Billebaut convenoit de bonne foi dès à-présent avoir tourné à son profit, avec l'intérêt au taux de l'ordonnance, & condamner lad. Pevillot en tous les dépens, tant de la cause principale, que de celle d'appel: Réponse de ladite Pevillot du 17 février 1701, aux griefs dudit Billebaut: salvations dudit Billebaut du 28 dudit mois de février contre lesdites réponses à griefs: Production de ladite Pevillot, suivant ledit arrêt du 17 mai 1700: Requête desdits Billebaut & sa femme, du 24 dudit mois de mai, employées avec les piéces y énoncées pour écritures & production, en exécution du même arrêt, sommations respectives de contredits: Autre requête dudit Billebaut du 12 janvier 1701, employée pour écritures & production, suivant l'arrêt du 20 décembre précedent: Requête de ladite Pevillot, du 30 mars audit an 1701, employée avec les piéces y énoncées, pour défenses aux lettres de rescision & demandes dudit Billebaut; écritures & production en exécution du même arrêt: Sommation respective de contredits: Production nouvelle dudit Billebaut, reçue par requête du 23 septembre 1701: contredits de ladite Pevillot, du 3 mars ensuivant: Sommation à elle faite de produire de nouvel: Requête dudit

BIU Cujas

Billebaut du 23 ſeptembre dernier, contenant ſes concluſions & demandes, à ce qu'il plût à notredite cour, lui donner acte de déclaration faite par ladite Catherine Pevillot, dans ſes réponſes à griefs du 17 dudit mois de février, attendu qu'elle ne pouvoit avoir d'autre preuve de la prétendue qualité de marchand qu'elle vouloit attribuer audit Billebaut, que les énonciations qu'elle en avoit faites dans quelques-uns des contrats de vente & actes, contre leſquels les lettres de reſciſion dudit Billebaut avoient été obtenues; ce faiſant procédant au jugement du procès, attendu que leſdites énonciations ne faiſoient pas le moindre dégré de preuve que ledit Billebaut fût marchand dans le tems deſdits actes, & la dénégation qui avoit été faite par icelui Billebaut dans toutes les écritures, d'avoir jamais fait aucun commerce, adjuger audit Billebaut les fins & concluſions qu'il avoit priſes au procès, par ſes griefs du 10 janvier 1701, & condamner ladite Pevillot aux dépens; ſur laquelle requête notredite cour auroit réſervé à faire droit en jugeant: Requête de ladite Pevillot du 23 mars dernier, par elle employée pour réponſe à celle dudit Billebaut ci-deſſus énoncée, & défenſe à la demande y contenue: tout joint & diligemment examiné: Notredite cour par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur le tout, en tant que touche l'appel interjetté par ledit Billebaut, a mis & met l'appellation & ſentence, de laquelle a été appellé au néant; émendant ayant aucunement égard aux lettres de reſciſion, obtenues par ledit Billebaut, le 12 mai 1688, & 22 novembre 1695, 7 janvier 1696, 15 décembre 1700, & à ſes requêtes des 16 & 18 dudit mois de décembre, en entérinant leſdites lettres, a remis & remet les parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient avant les contrats de vente des 10 décembre 1686, 25 janvier, 4 novembre & 19 décembre 1687, & 23 mars 1688; promeſſe du 15 janvier 1688: Autoriſation faite par ledit Billebaut, de ladite Veron ſa femme, par les actes & tranſactions, par le contrat du 5 mai 1688, par la quittance du 3 décembre audit an; autres actes approbatifs faits depuis; actes, obligations, promeſſes, tranſports concernant l'engagement des immeubles deſdits Billebaut énoncés auſdits contrats de vente: & en conſéquence décharge ledit Billebaut de la condamnation contre lui prononcée, de faire état de la ſomme de quatre cents dix-ſept livres quinze ſols & intérêts; ordonne que ledit Billebaut, ſuivant ſes offres portées par ſadite requête du 18 décembre 1700, tiendra compte à ladite Pevillot, de la ſomme de trois cents quinze livres cinq ſols ſix deniers & intérêts, & des autres ſommes qu'elle juſtifiera avoir véritablement tourné au profit dudit Billebaut; & en conſéquence ſur l'appel interjetté par ladite Pevillot, met l'appellation au néant; ordonne que ladite ſentence, de laquelle a été appellé, ſortira effet; déboute ladite Pevillot de ſa demande portée par ſa requête, commiſſion & exploit des 6 & 20 février 1700, & la condamne en l'amende de douze livres, & en tous les dépens des cauſes principales, appel & incidens; l'exécution du préſent arrêt à notredite cour réſervée. Mandons au premier notre huiſſier ou ſergent, mettre à exécution le préſent arrêt. Donné en parlement le 21 avril 1701. Collationné, ſigné par la chambre, du Tillet, & ſcellé le 27 avril 1701, ſigné Carpot.

Cet arrêt juge huit queſtions.

La premiere, que la preuve faite par témoins de la minorité d'un mineur, eſt ſuffiſante.

La ſeconde, qu'un mineur marié depuis long-tems, doit rentrer dans ſes biens immeubles, qu'il a vendu en minorité pendant ſon mariage par des contrats volontaires, où il a pris la qualité de marchand, qui lui a auſſi été donnée dans des procédures faites par ſes créanciers, avant & depuis les mêmes contrats de vente.

La troiſiéme, que l'acquéreur doit être condamné à la reſtitution de tous les fruits qu'il a perçus, quoiqu'il ait eu lieu de croire que le mineur étoit majeur dans le tems des contrats de vente qu'il lui a faits, y ayant long-tems qu'il étoit marié, lorſqu'ils ont été faits.

La quatriéme, que l'acquéreur eſt tenu de juſtifier l'emploi du prix qu'il prétend avoir payé au mineur, & de faire voir qu'il a tourné au profit du mineur, pour lui en demander la reſtitution, ou en prétendre la déduction ſur les fruits.

La cinquiéme, que les reconnoiſſances faites par le mineur & par ſa femme majeure dans les contrats de vente & dans des quittances poſtérieures, que partie du prix a été payée à leur acquit, ne ſuffiſent pas pour en prétendre la déduction ſur les fruits perçus par l'acquéreur.

La ſixiéme, que les ſommes payées par l'acquéreur en l'acquit du mineur à pluſieurs parens, au profit deſquels il avoit fait en minorité, & pendant ſon mariage, des promeſſes & des obligations, ne doivent point pareillement être déduites à l'acquéreur ſur les fruits perçus, ni le mineur marié tenu de les reſtituer à l'acquéreur; & que les quittances qui

BIU Cujas

en contiennent le payement, ne ſont pas des quittances d'emploi valable, quand l'acquéreur ne juſtifie pas que les ſommes payées par lui aux créanciers du mineur, dont les créances ont été faites en minorité, ayent tourné à ſon profit, quoiqu'elles fuſſent payables par corps par le mineur, qui avoit commis un ſtellionat envers les créanciers rembourſés par l'acquéreur.

La ſeptiéme, que les ſommes payées par le dernier acquéreur, en conſéquence d'une tranſaction faite par le mineur en minorité, avec pluſieurs autres acquéreurs précédens ſur des lettres de reſtitution qu'il avoit obtenues contre eux, pour retirer les héritages qu'il leur avoit vendus, de peur que le dernier acquéreur à qui il les avoit vendus depuis, ne le pourſuivît comme ſtellionataire, ne devoient point pareillement être rendues à ce dernier acquéreur par le mineur, ni déduites ſur les fruits perçus.

La huitiéme, que la reſtitution du mari mineur contre les contrats de vente de ſes immeubles faits en minorité, & contre l'autoriſation qu'il y a donnée à ſa femme, & de ſa femme majeure, qui s'eſt dit ſéparée de biens d'avec lui, & s'eſt obligée ſolidairement avec lui à la garantie, doit profiter à la femme, & la faire décharger de la garantie envers l'acquéreur, ſans qu'il ſoit néceſſaire qu'elle obtienne perſonnellement des lettres de reſciſion pour ſe faire relever de ſon obligation.

* Dans le recueil d'arrêts de M. Augeard, art. 46, il y a un arrêt rendu le 19 février 1704, en la quatriéme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Laiſtre, très-digne Magiſtrat, par lequel il a été jugé, que l'aliénation des biens d'un enfant mineur par ſa mere, ſa tutrice, ſans avis de parens, ſans autorité de juſtice & ſans diſcuſſion préalable des meubles, étoit nulle de plein droit, ſans qu'il fût néceſſaire de lettres de reſciſion. L'arrêt prononce, *ſans qu'il ſoit beſoin de s'arrêter aux lettres de reſciſion.*

DES ASSOCIATIONS DES MINEURS.

QUESTION VINGT-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si une fille mineure peut, par ſon contrat de mariage, s'aſſocier avec ſon mari en tous biens.*
2. *Eſpèce du fait, ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
3. *Raiſons de la femme.*
4. *Raiſons du créancier.*
5. *Arrêt du 1 ſeptembre 1640, qui confirme les ſentences, qui avoient entériné les lettres de la femme.*
6. *L'ameublement fait par une fille mineure eſt reductible* ad légitimum modum.
7. *Le tuteur d'une fille mineure ne peut faire entrer que le tiers des meubles en communauté.*

QUESTION XXIII.

Si une fille mineure, en contractant mariage,
1 *peut contracter aſſociation avec ſon mari, & ſi elle en peut être relevée, quoique dès-lors il n'y eût point d'inégalité.*

JEROME Chaptard & Claudine Vexenaud, ayant
2 été mariés enſemble dans la coutume d'Auvergne; le contrat porte que la mere autoriſant l'épouſe, lors mineure de vingt-cinq ans, le mari & la femme s'aſſocient, & demeurent aſſociés en tous biens préſens & à venir, meubles & immeubles, chacun par moitié, avec convention de ſuccéder l'un à l'autre au défaut d'enfans. Sera remarqué que la femme n'avoit pour lors que le quint des biens de la mere, mais que depuis les autres freres & ſœurs étant prédécedés, toute la ſucceſſion de la mere lui ſeroit échue. Il arrive que par mauvais ménage, ou autrement, les biens du mari ſont ſaiſis & mis en criées, & ceux qui étoient avenus à la femme compris en icelles, comme étant confus dans la ſociété. La femme voyant ce déſordre, & appréhendant de ne pouvoir rien retirer du débris, s'oppoſe au décret, & demande la diſtraction des biens maternels. Pour y parvenir, elle a recours aux lettres du prince, afin d'être relevée de l'aſſociation contractée par elle mineure.

Elle pouvoit dire que l'aſſociation étant une eſpece d'aliénation, & tendante à rendre commun ce qui eſt propre & particulier, un mineur ne la 3
peut pas faire. Comme nous diſons que qui partage n'acquiert rien de nouveau, & qu'alors, *quiſque ſuum recipit*; auſſi nous ſuppoſons que c'eſt lorſque la ſociété eſt contractée, que l'aliénation a été faite, & c'eſt de ce tems-là que le lod peut être demandé là où il eſt dû de ſemblables contrats. Etant donc interdit au mineur de pouvoir aliéner ſes immeubles, il lui eſt pareillement défendu de s'aſſocier en tous biens. Quand les loix parlent de l'aliénation, elles en parlent comme d'un genre qui comprend diverſes eſpeces, *l.* 28 *ff. de verbor.*

BIU Cujas

signif. Et en la loi *ait Prætor*, *ff. de minorib.* le juriſconſulte confond toutes les eſpeces, *ſi minor emit, ſi vendidit, ſi ſocietatem coiit, ſi mutuam pecuniam accepit, ſuccurretur* : Ce qui eſt confirmé *in l.* 16 §. 1 du même titre.

Mais ſans recourir au droit commun, la femme pouvoit ſe fonder ſur la coutume, qui en termes formels défend aux mineurs l'aliénation de leurs biens par quelque contrat que ce ſoit. Elle a jugé ce point ſi important, qu'elle ne s'eſt pas contentée de le défendre une fois, elle en a voulu faire divers articles. Au titre des mineurs, article premier, il eſt dit que le mineur ne pourra par contrat de mariage, ni autrement diſpoſer de ſes immeubles. Au titre des donations, article 25, toutes convenances paſſées en traité de mariage, & en faveur d'icelui ſont approuvées; mais c'eſt à condition que ce ſoit par perſonnes capables de contracter. Et au titre des aſſociations, article premier, la même regle eſt établie, mais ſous la même condition, que ce ſoit par perſonnes capables de contracter. C'eſt donc choſe aſſurée, que, ſoit par le droit commun, ſoit par la coutume, le mineur ne peut contracter une aſſociation valable, & qu'étant nulle de ſoi *ob defectum poteſtatis*, & par l'incapacité de la perſonne, il n'eſt pas néceſſaire de demander, s'il y a eu léſion ou non, étant préſumée *ipſo jure*. Outre que la femme ne ſe trouvoit que trop léſée, puiſqu'elle perdroit tout, ſi l'aſſociation ſubſiſtoit.

Au contraire, les créanciers pouvoient dire, que
4 le mineur ne peut être reſtituable, comme mineur, mais comme léſé, & qu'il faut de néceſſité que la minorité & la léſion concourent: Par conſéquent, qu'il ne ſuffiſoit pas que lors du mariage la demanderesſe en lettres fût mineure; mais il faudroit encore qu'elle eût été léſée. C'eſt ce qu'on ne pouvoit dire, car elle n'avoit fait que ce qu'une perſonne majeure eût fait, & c'eſt une convention ſi commune, qu'il n'y a preſque point de mariage entre des perſonnes de cette ſorte, qui ne porte la même aſſociation. Le mineur n'eſt donc pas reſtituable *quando uſus eſt communi jure*, & qu'il n'a fait, que ce qu'un majeur eût fait. Car en ce cas, on ne peut pas dire qu'il ait été circonvenu, & la préſomption du dol ceſſant, c'eſt au mineur à prouver qu'il ait été léſé autrement que par ſon âge; & c'eſt la déciſion de la loi derniere, *C. de in intregrum reſtitut. minor.* Qu'en effet les autres loix cotées ſuppoſent que le mineur ait été trompé, & que la ſociété qu'il a contractée ait été frauduleuſe. En la loi *ait Prætor*, le juriſconſulte dit, *Si minor ſocietatem coiit, & captus eſt, ei ſuccurretur:* Et en la loi *in cauſa*, au même titre *de minoribus*, il dit pareillement, *Si minor circumſcriptus ſocietatem coierit.* Il faut donc qu'il ait été déçû, & qu'ayant beaucoup de biens, il ſe ſoit aſſocié avec un autre qui n'eût preſque rien : Il faut qu'il y ait une inégalité bien grande, pour inférer de là, que ſi le mineur eût été majeur, il n'eût jamais conſenti à un contrat déſavantageux.

Diſoient donc les créanciers, qu'on n'étoit pas en ces termes, que la femme n'ayant lors du contrat que le quint ou le quart des biens de la mere, elle ne pouvoit pas dire qu'elle fût plus riche que le mari, & qu'elle apportât plus dans la ſociété que lui. Que ſi depuis elle avoit eu la ſucceſſion entiere de la mere, c'étoit par un évenement fortuit & inopiné, qui ne pouvoit pas avoir un effet rétroactif. Que lors du mariage, la mere avoit d'autres enfans qui lui pouvoient ſuccéder, & auſquels elle pouvoit donner la meilleure partie de ſes biens, auſſi-tôt qu'à la demanderesſe en lettres.

Que comme on n'avoit pas pû prévoir le décés, de tous les autres enfans ; on ne pouvoit pas auſſi tirer le prétexte de la léſion d'une choſe inopinée. Qu'on ne conſidere jamais l'évenement, & que ce n'eſt pas par lui qu'on regle ſi le mineur eſt reſtituable. Le juriſconſulte le dit en termes exprès, *in l.* 1. §. *ſciendum ff. de minoribus :* le mineur, dit-il, n'eſt pas écouté, *ſi velit reſtitui occaſione damni non inconſultè accidentis, ſed facto.* Ce qu'il dit d'un dommage qui arrive par hazard, & qu'on n'a pu prévoir, il le faut dire d'un profit qui vient inopinément, y ayant autant & plus de raiſon. *Nec enim eventus reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas*, ainſi qu'il eſt dit en la même loi : A quoi l'on peut ajouter ce dire du poëte.

Careat ſucceſſibus opto,
Quiſquis ab eventu facta notanda putat.

Bref, qu'il ne falloit pas oppoſer, qu'encore que la mere n'eût donné qu'une partie de ſes biens, on pouvoit eſpérer le reſte ; car y ayant d'autres enfans, il n'y avoit pas apparence de ſonger à leur prédecès, & d'y faire fondement.

Et quant à la coutume, l'on pouvoit dire qu'elle permettoit aux mineurs de contracter une aſſociation de tous biens, avec aſſiſtance de curateur, avis de parens, & décret de juge. Que tout cela devoit être préſumé, puiſque le mariage ne s'étoit fait que de l'autorité de la mere, & en préſence des parens, & par conſéquent de leur avis. Et quand il y auroit eu décret du juge, la choſe ne ſeroit pas plus conſidérable, ni l'acte plus favorable. On étoit donc aux termes de la loi premiere, *C. ſi adverſus donationem*, où les empereurs demandent ſeulement la préſence du curateur, & que la convention ſoit faite avec égalité ou modération. C'eſt ce qu'on diſoit avoir été confirmé par la cour; même pour une communauté de tous les propres des conjoints, ſuivant les préjugés rapportés par Mornac ſur la loi *mulier*, *ff. de jure dotium*, & par Brodeau ſur monſieur Loüet en la lettre M. article 9.

Ces raiſons étoient aſſez fortes, & il ſemble qu'elles rendoient le jugement arbitraire : mais pourtant la cour ne laiſſa pas de donner gain de cauſe à la femme, & d'entériner ſes lettres, ou plûtôt de confirmer la ſentence du premier juge qui les avoir entérinées. L'appel du ſénéchal de Riom, & l'arrêt eſt d'autant plus certain, qu'il fît naître un différend que nous voulons ajouter.

ARRET.

Comme de certaine ſentence donnée par le châtelain de Thiers, ou ſon lieutenant, le 20 5
jour de juin 1637, entre Joſeph de la Saigne, demandeur en criées, d'une part; & Jérôme Chaptard, défendeur, & Claudine Vezenaud femme dudit Chaptard, oppoſante à fin de diſtraction, d'autre : par laquelle ledit Châtelain, ou ſon lieutenant, auroit fait diſtraction à ladite oppoſante de tous les héritages déclarés & confinés au procès verbal de ſaiſie, fors de trois quartonnées de la terre appellée de Pradilho, déclarée au cinquiéme article de ladite ſaiſie; de la moitié du Paſquier, appellé le Chas, au onziéme article; de la moitié du Pré, & une quartonnée de la terre déclarée au douziéme article; le pré de las Pradas au quatriéme article, la moitié de la terre du Pont au dix-ſeptiéme article; la terre du dix-neuviéme, & la moitié de la terre de Perecreux, au vingtiéme article de ladite ſaiſie : leſquels il auroit déclaré appartenir audit Chaptard, tous les autres héritages demeurans propres à ladite oppoſante, pour en jouir par elle, & diſpoſer comme de ſon

BIU Cujas

bien propre maternel : au moyen de ce, auroit fait main-levée de la saisie faite sur iceux, & condamné ledit de la Saigne ès dépens, liquidés à treize livres deux sols, non compris l'expédition de ladite sentence : eût été de la part dudit de la Saigne, appellé à notre sénéchal d'Auvergne, ou son lieutenant, lequel, lesdites parties appointées à confirmer ou infirmer, auroit par sa sentence du deuxième jour de septembre 1638, sur ledit appel, mis les parties hors de cour & de procès, sans dépens, fors les épices & expédition de ladite sentence, & voyages, auxquels ledit de la Saigne auroit été condamné ; a été de la part dudit de la Saigne, appellé à notre cour de Parlement, en laquelle, parties ouies en leurs causes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçû pour juger entre ledit de la Saigne appellant, d'une part, & ladite Vexenaud intimée d'autre ; si bien ou mal auroit été appellé : Joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auxquels griefs & prétendus moyens de nullité, ladite intimée pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle, bailler contredits avec dépens dudit appellant ; icelui procès, griefs, réponses, forclusion de produire de nouvel par ledit appellant : Acte de reprise d'autre procès, fait au greffe de notredite cour par Pierre Pasquet, au nom & comme curateur des enfans dudit Chaptard, & de ladite défunte Vexenaud, du 26 jour de juillet 1639 : Arrêt du 22 mars dernier, par lequel sur l'appellation verbale par ledit appellant interjettée d'autre sentence du 10 jour de novembre 1639, par laquelle ladite Vexenaud auroit été séparée de biens avec ledit Chaptard, les parties auroient été appointées au conseil, bailleroit l'appellant ses causes d'appel dans trois jours, l'intimé ses réponses, produire dans les trois jours ensuite ; & joint audit procès, joint aussi les fins de non-recevoir dudit intimé, qui étoient que l'appellant n'étoit nommé ni compris dans ladite sentence, défenses au contraire dudit appellant qu'il bailleroit dans ledit tems : Requête du 29 jour de juin aussi dernier, employée par ledit appellant pour cause d'appel ; réponse à icelle : autre requête dudit appellant, du 24 jour d'août aussi dernier, par laquelle réponse ausdites fins de non-recevoir, il auroit employé ses causes d'appel, & la sentence de séparation de ladite Vexenaud ; production desdites parties sur ladite appellation verbale, contredits d'icelles suivant l'arrêt du 4 jour de juillet aussi dernier. Tout vû & diligemment examiné ; notredite cour par son jugement & arrêt, sans s'arrêter ausdites fins de non-recevoir, faisant droit tant sur le procès par écrit, que appellations verbales, a mis & met lesdites appellations au néant, sans amende ; ordonne que lesdites sentences desquelles a été appellé, sortiront leur plein & entier effet, sans dépens de ladite cause d'appel : Prononcé le 1 jour de septembre 1640.

OBSERVATIONS.

Si la fille mineure, qui a contracté avec son mari une association universelle par son contrat de mariage, en peut être relevée.

6 DAns cette question l'auteur décide, qu'une fille mineure peut être restituée contre une association universelle faite avec son mari par leur contrat de mariage. Il rapporte l'exemple de la communauté entre conjoints dans les pays de coutume ; il cite M. Louet sur la lettre M, chap. 9, pour prouver que les filles mineures peuvent, par contrat de mariage, mettre tous leurs biens en communauté. Cependant les arrêts rapportés en cet endroit par M. Louet, ont jugé que l'ameublissement fait par une fille mineure dans
7 son contrat de mariage, est réductible *ad legitimum modum*. Il y a plus, les arrêts rapportés par le même auteur sous la même lettre, chap. 20, ont jugé, que quand la dot d'une mineure consiste en deniers, son tuteur n'en peut faire entrer que le tiers en communauté, & que le surplus lui demeure propre à elle & aux siens de son côté & ligne. Cette jurisprudence est aujourd'hui certaine au palais ; ainsi je ne m'y arrêterai pas davantage.

DES FRAIS DE CRIÉES.

QUESTION VINGT-QUATRIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si le poursuivant criées peut employer en frais extraordinaires, tous les frais qu'il fait à la poursuite des criées.*
2. *Espèce du fait.*
3. *Raisons du poursuivant.*
4. *Raisons des autres créanciers.*
5. *Avis de l'auteur en faveur du poursuivant.*
6. *A présent c'est une maxime certaine, que le poursuivant employe en frais extraordinaires tous les frais par lui faits.*
7. *Avis de l'auteur des observations pour introduire*

BIU Cujas

introduire l'exception de calomnie en ſemblable occaſion.
8. *Exemple pour montrer juſqu'où va l'abus.*
9. *Anecdotes.*

QUESTION XXIV.

1 *Si le pourſuivant criées ayant ſoutenu l'intérêt commun des créanciers contre l'oppoſition de la femme, & diſputé ſes lettres, peut faire paſſer les frais qu'il a fait, pour frais extraordinaires.*

2 LE ſieur Joſeph de la Saigne étoit pourſuivant ſaiſies & criées ſur les héritages de Jérôme Chaptard. La femme s'étant oppoſée, afin de diſtraire, & ayant obtenu lettres royaux pour faire caſſer l'aſſociation, ledit ſieur de la Saigne ſoutient le procès, & diſpute l'effet des lettres, non ſeulement à Riom, mais encore à Paris, ayant appellé de la ſentence qui les avoit entérinées. Depuis, pour être rembourſé de ſes frais, ayant demandé d'être colloqué pour iceux, & au rang des frais extraordinaires, c'eſt ce qui lui fut diſputé par quelque autre créancier.

3 Le pourſuivant pouvoit dire, que ce qu'un ſaiſiſſant fait au cours des criées, pour les avancer & pour faire ceſſer les obſtacles qui ſurviennent, il le fait non ſeulement pour lui, mais pour tous les créanciers: Que comme *commune negotium gerit*, il eſt auſſi raiſonnable que travaillant pour tous, les frais tombent ſur tous, ou du moins ſur la même choſe: Que c'eſt une règle aſſez générale, & qu'on juge d'ordinaire que ſemblables frais doivent être pris ſur les deniers du décret, & par préférence à tous: Qu'encore qu'il n'ait pas pris l'avis des intereſſés, & qu'ayant ſuccombé il ait appellé, on ne peut pourtant lui faire porter les frais d'une pourſuite ſi juſte: Que tant s'en faut qu'il y ait le moindre ſoupçon de colluſion, il paroît viſiblement qu'il a travaillé pour le bien commun: Que plus l'oppoſition étoit importante, plus il avoit ſujet de s'y roidir, & d'empêcher que la femme ne fit diſtraire la meilleure partie des biens: En un mot, que c'étoit aſſez que la cauſe fût ſoutenable, & que le pourſuivant eût trouvé par conſeil qu'il devoit reclamer auſſi-bien de la derniere ſentence, que de la premiere: Que l'appel fut d'autant plus juſte, que la femme n'établiſſoit ſa léſion, que ſur ce qui lui étoit depuis échu par hazard, & que le ſort & l'évenement ne doit pas être la regle de nos actions.

4 Celui des créanciers qui le diſputoit, pouvoit ſoutenir au contraire, qu'on ne peut prendre pour frais extraordinaires, que ce que le pourſuivant eſt néceſſité de faire pour parvenir à l'adjudication par décret: Qu'outre le cours commun des criées, tous les incidens qu'il lui faut ſoutenir, toutes les pourſuites & diligences, qui ſurviennent, & ſans leſquelles il ne ſçauroit parachever le décret, paſſent pour frais extraordinaires. Mais il ne faut pas qu'elles ſoit volontaires & fruſtratoires: car étant telles, elles tombent ſur celui qui les fait: Il s'en doit imputer la faute, & il n'eſt pas raiſonnable qu'il plaide volontairement aux dépens d'autrui: Que ſi cela avoit lieu, il ſeroit au pouvoir d'un ſaiſiſſant de conſommer tout le prix, de s'entendre avec le débiteur, & de ſuſciter des incidens pour faire perdre aux créanciers: Que comme la conſéquence en ſeroit dangereuſe, il faut auſſi que le pourſuivant prenne l'avis des autres oppoſans, qu'il leur dénonce le fait, & faſſe intervenir l'ordonnance du juge; notamment quand il s'agit d'appeller d'une ſentence, ou de ſoutenir une appellation.

Que ſi le pourſuivant n'avoit fait que débattre l'oppoſition & la diſtraction demandée, s'il n'avoit que diſputé les lettres devant le premier juge, & en étoit demeuré là, ſon procédé ſeroit excuſable, & poſſible ne lui diſputeroit-on pas les frais de cette conteſtation: Mais qu'il en ait appellé lui ſeul & de ſon chef, & que non content d'avoir ſuccombé, non-ſeulement devant le premier juge, mais encore devant le ſénéchal de Riom, il en ait voulu faire décider par arrêt, c'eſt une opiniâtreté qui ne reçoit point d'excuſe.

Ayant été conſulté ſur ce point, quoique la queſtion nous parût douteuſe, nous avions pourtant jugé la cauſe du pourſuivant favorable, & nous eſtimions que n'ayant rien fait qu'à bonne intention, que pour l'utilité commune, avec beaucoup d'apparence & par bon conſeil, il n'étoit pas raiſonnable qu'il portât ces frais: Qu'à toute rigueur on lui devoit adjuger ceux de l'inſtance premiere & de la cauſe d'appel de Riom, & n'en retrancher que les frais faits à la cour: Que pour ceux-là il y avoit eu non pas de la malice & de l'intelligence; mais de l'imprudence de s'y engager ſans aveu. Nous ne ſçavons pas pourtant ce que la cour en a jugé, & nous attendons l'arrêt pour le donner au public, s'il nous eſt communiqué.

On nous a depuis aſſuré que le ſieur de la Saigne gagna ſa cauſe, & l'on nous a fait eſperer l'arrêt.

OBSERVATIONS.

Si le pourſuivant criées a droit d'employer en frais extraordinaires, les dépens auſquels il ſuccombe en ſoutenant l'intérêt des créanciers.

A Préſent l'on ne doute plus au palais, que le pourſuivant criées ne ſoit en droit d'employer en frais extraordinaires, tous les frais qu'il a faits, en ſoutenant l'intérêt commun des créanciers, ſur-tout quand il s'agit d'empêcher une demande en diſtraction, & même les dépens auſquels il a ſuccombé dans une ſemblable conteſtation. Il eſt obligé de les payer & de les avancer du ſien; mais il les employe dans ſa déclaration des frais extraordinaires, & les reprend ſur les premiers deniers du prix des biens vendus à ſa pourſuite, ſans qu'on puiſſe les lui conteſter, ſous prétexte qu'il s'eſt engagé dans un mauvais procès. Il ſeroit pourtant bien à propos d'accorder aux créanciers qui perdent, l'exception de ca-

BIU Cujas

lomnie ; c'eſt-à-dire, d'examiner ſi le pourſuivant à dû ſoutenir un procès de cette qualité ; cela modéreroit un peu l'avidité des procureurs pourſuivans, qui entreprennent témérairement & ſans aucun examen, de combattre toutes les demandes en diſtraction, & & les oppoſitions à fin de charge, ou à fin de conſerver.

8 Dans l'ordre des deniers provenans de la vente de la charge de chevalier d'honneur au parlement de Bourgogne, qui avoit appartenu au ſieur marquis de Varennes, & qui a été faite aux requêtes de l'hôtel, au rapport de monſieur de Jaſſaut, la dame de Varennes après s'être fait ſéparer de biens, s'étoit oppoſée pour ſa dot, & pour une ſomme de cinq mille livres à elle léguée pendant ſon mariage par Gabrielle Charrier, ſon aïeule; cette oppoſition étoit très-légitime : cependant le procureur pourſuivant crut qu'il étoit de ſon devoir de la conteſter. Voici comment il s'y prit. Il ſoutint que la ſomme de cinq mille livres ayant été léguée à la dame de Varennes pendant ſon mariage, cette ſomme étoit tombée dans la communauté, à laquelle la dame de Varennes ayant renoncé, puiſqu'elle étoit ſéparée de biens d'avec ſon mari, elle ne pouvoit pas la redemander : ſans prendre garde que le contrat de mariage avoit été paſſé dans la ville de Lyon, où la communauté conjugale n'a pas lieu, à moins qu'elle n'ait été ſtipulée ; & qu'il n'y en avoit pas un mot dans le contrat de mariage : cependant il fit ſur cela cent rôles d'écriture.

La dame de Varennes m'ayant apporté le procès, pour répondre aux contredits faits contre elle, je fus indigné contre l'auteur des contredits ; j'en parlai à défunt monſieur Dupré, qui pour lors étoit bâtonnier ; il ſe ſentit pareillement indigné ; & qui ne le ſe-
9 roit pas ? Il fit porter le procès au parquet de meſſieurs les gens du roi, qui prirent la réſolution d'en faire un exemple, & de remédier à un ſi grand abus ; mais les procureurs de communauté, qui furent mandés au parquet, prirent ſi bien leurs meſures, que le zéle de monſieur Dupré, & celui de meſſieurs les Gens du roi, devint inutile, *dii meliora.*

DU BÉNÉFICE DE RESTITUTION.

QUESTION VINGT-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le mineur releve le majeur.*
2. *Quand l'acte eſt nul d'une nullité radicale, le bénéfice de reſtitution ſert au majeur.*
3. *Il faut diſtinguer entre les exceptions perſonnelles & réelles, & ſi la reſtitution eſt fondée ſur la léſion ou ſur la dot.*
4. *Arrêt du 4 juin 1637, qui juge qu'une mineure ſe faiſant reſtituer contre la renonciation par elle faite au profit de ſon tuteur, ſon mari & le pere de ſon mari ſont auſſi reſtituables.*
5. *La promeſſe de faire ratifier n'eſt pas un véritable cautionnement, en ce cas la reſtitution de la femme profite à ſon mari.*

QUESTION XXV.

Si le mineur releve le majeur, & la diſtinction qu'il y faut faire.

1 MAITRE Jean Chenu en ſa ſeconde Centurie, & après lui Filleau en ſon recueil, rapportent un arrêt du 27 juin 1609, par lequel il a été jugé, qu'une mineure ayant quitté ſes droits à ſon frere & tuteur, moyennant certaine conſtitution, & le mari, & le pere du mari s'étant obligés de lui faire ratifier ſa quittance & renonciation, la reſtitution en entier obtenue par la fille, profitoit aux autres ; & que la mineure étant relevée, les majeurs étoit reſtituables, *ex conſequentia reſtitutionis minoris.*

2 Cela eſt juſte & raiſonnable, quand l'acte principal eſt nul par une nullité radicale, & qui choque le droit public : car en ce cas la même nullité porte conſéquence pour tout ce qui en dépend, & l'acceſſoire n'eſt pas de meilleur alloi que le principal. C'eſt une influence commune, & qui ruine auſſi-bien la fidéjuſſion que l'obligation directe. S'il n'y avoit que la minorité ſeule qui ſervît de prétexte à la reſtitution en entier, le fidéjuſſeur ne ſeroit pas recevable ; & comme il n'auroit été pris que pour aſſûrer l'obligation du mineur, il faudroit auſſi qu'il la fît valoir. C'eſt pour cela ſeul qu'il ſeroit obligé, & ayant dû prévoir le danger, il n'auroit pas ſujet de s'en plaindre. Il eſt vrai, lui diroit le créancier, que j'ai contracté avec un mineur ; mais c'eſt pour cela que je vous ai recherché, & ſans votre obligation je n'aurois pas contracté.

Mais quand, outre la minorité, il y a quelque autre nullité viſcerale, elle ſert auſſi-bien au ma- 3
jeur qu'au mineur : c'eſt parce qu'il faut diſtinguer

BIU Cujas

les exceptions perſonnelles, & les réelles : les premieres attachées à la perſonne du mineur, ne paſſent pas plus avant, & le fidéjuſſeur ne peut pas s'en ſervir : au lieu que les réelles ont plus d'étendue ; & profitent auſſi-bien au fidéjuſſeur, qu'au mineur. Ulpien a donc eu raiſon de dire *in l. 13 de minorib. hoc verſari in cauſæ cognitione* : c'eſt-a-dire, qu'il faut conſidérer ſi la reſtitution ne vient que de la ſimple léſion & faveur de l'âge ; ou s'il y a eu dol de la partie : en ce cas-ci la reſtitution profite au majeur *l. 2 C. de fidejuſſ. minorum.* C'eſt ce qui eſt traité amplement par le docte *Antonius Faber lib. 8 conjectur. cap. 3*, où il dit, qu'il faut encore diſtinguer ſi le mineur a donné un fidéjuſſeur, *tanquam minor, aut tanquam alius quilibet* : qu'au premier cas, le mineur étant reſtituable, le fidéjuſſeur, qui n'eſt intervenu qu'à cauſe de cela, ne le peut être : Mais qu'au ſecond cas le mineur n'étant pas conſidéré comme mineur, mais comme majeur, & le fidéjuſſeur étant intervenu plûtôt pour l'aſſurance de l'acte, que pour le défaut de la perſonne, tout ainſi qu'on l'auroit déſiré pour un majeur ; en ce cas la reſtitution ſe communique au fidéjuſſeur, parce qu'elle eſt plus réelle, que perſonnelle. C'eſt de la ſorte qu'on doit entendre la loi 46, *ff. de fidejuſſoribb.* en laquelle il eſt dit, que la loi n'approuvant pas l'acte principal, la fidéjuſſion ne peut valoir. En un mot, il faut conſidérer, ſi les moyens de reſtitution regardent plûtôt la choſe que la perſonne, le fait que l'âge, & le dol que la léſion.

Donc pour confirmer ce qui à été préjugé par l'arrêt cotté, & qui eſt inſéré en la queſtion 165, du receuil de Filleau, nous en voulons ajouter un autre, par lequel la cour a jugé, que la fille mineure ſe faiſant relever de la quittance & renonciation par elle faite au profit de ſon tuteur & perſonnier, le mari & le pere du mari, qui s'étoient obligés de faire valoir ſa quittance, devoient être relevés, & reſtitués en conſéquence de la reſtitution de la mineure. C'eſt parce qu'en effet il y auroit du dol, ſoit qu'on conſiderât la qualité du tuteur, ſoit qu'on s'arrêtât à celle du perſonnier, ou cohéritier. Pour la premiere, la fraude eſt toujours préſumée, *non viſis nec diſcuſſis rationibus* : pour l'autre, la mineure n'ayant pas ſçû *omnia quæ in vero erant, non tam paciſcitur, quam decipitur* ; ainſi qu'il eſt dit *in l. 9 §. 2, ff. de tranſactionibus.*

4 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, SALUT. Sçavoir faiſons, que comme de deux ſentences données par notre ſénéchal d'Auvergne, ou ſon lieutenant, les 4 mars & 8 mai 1636, la premiere entre François Fougerouze, fils & héritier de Pierre Fougerouze, tant en ſon nom, que comme mari d'Antoinette Dugay, demandeur, ſuivant les lettres de nous obtenues le 27 ſeptembre 1635, à ce que les parties fuſſent remiſes en l'état qu'elles étoient avant la renonciation faite par ladite Antoinette Dugay, au profit de Jacques Dugay, ſon frere, de tous les droits qui lui appartenoient par le décès de Jean Dugay, leur pere, échûs, & de ceux qui lui écherroient par le décès de Marie Dugay, leur mere, décharger le *reliqua* du compte qui lui étoit dû par ſes tuteurs ; enſemble des promeſſes faites par ledit Fougerouze pere & fils, de faire ratifier leſdites renonciations & décharges par ladite Antoinette Dugay, quand elle ſeroit majeure, & ce tant par ſon contrat de mariage, du 25 août 1626, qu'autres actes : ce faiſant, ordonner qu'il ſeroit procédé au partage des biens délaiſſés par ſeſdits pere & mere, avec reſtitution des fruits depuis le contrat de mariage, compte lui être rendu par ſes auteurs de l'adminiſtration de ſes biens, juſques au jour d'icelui ; & le *reliqua* d'icelui payé, d'une part ; & Antoinette Breuil, veuve de Claude Dugay, au nom de mere & trutrice des enfans dudit défunt & d'elle, & Mathieu Dugay, fils & héritier de Pierre Dugay, défendeurs, d'autre : par laquelle ayant égard auſdits lettres, & icelles entérinant, en ce qui concernoit ladite Antoinette Dugay, les parties auroient été remiſes en l'état qu'elles étoient auparavant ledit contrat de mariage : & en conſéquence, ſans avoir égard à la quittance par elle donnée du compte qui lui devoit être rendu, & *reliqua* d'icelui, condamne ledit Mathieu Dugay lui rendre compte de l'adminiſtration de ſes biens, pardevant le rapporteur, dans quinzaine : comme auſſi ledit Jacques Dugay à venir à partage des biens deſdits Jean & Marie Dugay, ſes pere & mere ; & de ladite Antoinette, en rapportant ce qu'elle avoit reçu ; ou moins prenant, ſans préjudice du recours dudit Mathieu Dugay, & autres contre ledit Fougerouze, tant de ſon chef, que comme héritier de ſondit pere ; défenſes au contraire, dépens réſervés en fin de compte & partage : la ſeconde, entre ledit Fougerouze eſdits noms, demandeur, d'une part ; leſdits Breuil & Mathieu Dugay eſdits noms, défendeurs, d'autre : & encore Dame Gabrielle de Bon de la Ligue, veuve de Gaſpard Hérail de Pierrefort Delaroue, tutrice de Baltazar de Pierrefort Delaroue, ſon fils intervenant, d'autre ; par laquelle, attendu qu'il étoit queſtion de l'exécution de la précédente, ſans préjudicier à l'appel qui en avoit été interjetté par ladite de Bron, audit nom, & autres appellations à interjetter par elle & ledit Mathieu Dugay, auroit été ordonné, que dans huitaine il ſatisferoit à ladite ſentence ; & à l'ordonnance du 3 avril 1636, & faute de ce faire, ledit tems paſſé, qu'il ſeroit contraint payer les cent livres d'amende contre lui adjugées, dépens réſervés en fin dudit compte : Eût été appellé en notre cour de parlement, en laquelle parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre leſdits de Bron, & Mathieu Dugay eſdits noms, appellans deſdites ſentences, d'une part, & leſdits Fougerouze, eſdits noms, intimés, d'autre, ſi bien ou mal auroit été appellé ; joint les griefs hors le procès ; prétendus moyens, &c. Productions nouvelles deſdits appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance ; auſquels griefs, prétendus moyens de nullité, leſdits intimés pourroient répondre, & contre leſdites productions nouvelles, bailler contredits aux dépens deſdits appellans ; joint l'appellation verbale par leſdits appellans, interjettée de ladite ordonnance du 3 avril, ſur laquelle les parties auroient été appointées à écrire par mêmes griefs, réponſes, & produire : Icelui procès vû, les griefs dudit Mathieu Dugay, réponſes : requête de ladite Bron, des 20 mars 1638 & juin, employées pour griefs par ledit Fougerouze, pour réponſes ſur les appellations de ladite de Bron : forcluſion de produire de nouveau par leſdits appellans ; production deſdites parties ſur ladite appellation verbale ; contredits deſdits Fougerouze & Dugay, ſuivant l'arrêt du 30 dudit mois de mars : forcluſions d'en fournir par ladite de Bron, ſalvations dudit Fougerouze ; inſtance d'entre ledit Mathieu Dugay, demandeur en ſommation, ſuivant l'exploit du 21 mars 1636, d'une part, & ledit Fougerouze, défendeur, d'autre, renvoyé par jugement du dernier août enſuivant, en notre cour, en conſéquence de ſes appellations : & par arrêt du 30 mars 1637, les parties appointées

BIU Cujas

à ouir droit : production dudit Fougerouze ; forclusions de produire par ledit Dugay : autre inſtance d'entre ledit Jacques Dugay, demandeur ſuivant les lettres & requêtes des 16 & 19 janvier audit an, d'une part ; & ledit Mathieu Dugay, défendeur, d'autres : Défenſes, appointemens en droit, productions deſdites parties : Requête du 8 avril 1638, employée pour contredits par leſdits Jacques Dugay, ſuivant ledit arrêt du 30 Mars : Forclusions d'en fournir par ledit Mathieu Dugay : Autre inſtance d'entre Pierre Dugay, héritier dudit Mathieu Dugay, ſon pere, tant en ſon nom, que comme tuteur de ſes freres & ſœurs, auſſi héritiers dudit défunt, ayant eſdits noms repris leſdits procès & inſtances, au lieu dudit Mathieu Dugay, par acte du 17 février 1639, demandeur en ſommation, ſuivant l'arrêt du 30 mars audit an, d'une part ; & leſdits Jacques & Antoinette Dugay & Fougerouze, défendeurs, d'autre : Défenſes, appointement en droit, productions deſdites parties ; contredit dudit Pierre Dugay, ſuivant l'arrêt du 19 avril dernier : Requête de 3 mai & juin, employées pour contredits & ſalvations par leſdits Dugay & Fougerouze : Arrêt du 27 dudit mois de mai par lequel, ſur l'incident des lettres obtenues par led. Fougerouze, le 9 mai 1636, & ſommation dudit Pierre Dugay, eſdits noms, les parties auroient été appointées en droit, & produire, & acte de ce qu'elles auroient reſpectivement employé, ce qu'elles auroient écrit & produit : Tout joint & diligemment examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit, tant ſur le procès par écrit, qu'appellations verbales, a mis, & met leſdites appellations, ſentences, & ce dont a été appellé au néant, en ce que ledit Mathieu Dugay auroit été condamné rendre compte à ladite Antoinette Dugay, de la tutelle & adminiſtration de ſes biens, ſauf audit Mathieu Dugay ſon recours contre ledit Fougerouze, tant en ſon chef, que comme héritier de ſon frere ; émendant quant à ce, ayant égard à noſdites lettres des 9 mai 1636, & 16 janvier 1637, a remis & remet les parties en tel état qu'elles étoient avant le contrat du 25 août 1627 ; ce faiſant condamné ledit Pierre Dugay, eſdits noms, rendre compte pardevant notre ſénéchal d'Auvergne, ou ſon lieutenant à Riom, auſdits Jacques & Antoinette Dugay, du maniement qu'a fait Pierre Dugay, ayeul, des biens de la ſociété d'entre lui & Jean Dugay, & autres ; leſdites ſentences au réſidu ſortiſſant leur effet : & en conſéquence ſur les autres demandes & ſommations, les parties hors de cour & de procès ; ſauf à ladite de Bron ſon droit en autre cauſe, ſans dépens entre les parties. Si mandons au ſénéchal d'Auvergne ou ſon lieutenant à Riom, à la requête deſdits Dugay, le préſent arrêt mettre à dûe & entiere exécution, de point en point, ſelon ſa forme & teneur : De ce faire vous donnons pouvoir, & au premier notre huiſſier ou ſergent, faire tous exploits requis & néceſſaires pour l'exécution de ces préſentes. Donné à Paris en notre parlement, le 4 juin, l'an de grace 1637, & de notre regne le 30, par jugement & arrêt de la cour. *Signé*, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

L'Auteur dans cette queſtion établit, que le bénéfice de reſtitution accordé au mineur, ſert à ſa caution, quand il y a du dol de la part du créancier, comme dans ce cas où il s'agiſſoit d'une quittance finale, paſſée par la mineure à ſon tuteur, laquelle le mari & ſon pere avoient promis de ratifier quand la mineure auroit atteint l'âge de majorité.

Il n'y a pas de difficulté en ce cas, parce que le tuteur qui prend une ſemblable précaution, eſt préſumé ne le faire, que pour ſe diſpenſer de rendre compte, & cacher par ce moyen ſa mauvaiſe adminiſtration, & par conſéquent il commet un dol & une fraude : d'ailleurs la promeſſe de faire ratifier un mineur, n'eſt pas un véritable cautionnement ; en ce cas le bénéfice de reſtitution accordé à la femme, ſert toujours au mari.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'Ai tourné un peu trop court ſur ma premiere obſervation, il faut diſtinguer, 1°. Entre un tuteur qui a rendu compte, & celui qui ne l'a pas rendu. A l'égard du tuteur qui a rendu compte dans les regles, il peut fort bien, dans le contrat de mariage de ſa mineure, à laquelle il conſtitue une dot, ou dans les autres payemens qu'il lui fait, ſtipuler que le mari ſera tenu de la faire ratifier quand elle ſera majeure. Mais à l'égard du tuteur qui n'a pas rendu compte, une ſemblable précaution eſt inutile, parce qu'elle eſt préſumée être faite pour ſe diſpenſer de rendre compte, & cacher ſa mauvaiſe adminiſtration, ce qui reſſent le dol & la fraude.

2°. Il faut diſtinguer entre le tuteur & les étrangers. A l'égard des étrangers qui contractent avec une mineure, & qui prennent la précaution de faire obliger le mari ou le pere de la mineure ou autre, de la faire ratifier, quand elle ſera parvenue à l'âge de majorité ; cette précaution eſt légitime, enſorte que celui qui a promis de faire ratifier la mineure, eſt obligé de le faire, ou d'exécuter le contrat, & s'il ne peut le faire, de ſupporter les dommages & intérêts, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 8 février 1603, rapporté par M. Lepreſtre, liv. 3, chap. 89.

Cela eſt conforme à la diſpoſition du droit, qui n'étend pas le bénéfice de reſtitution à la caution du mineur : *ſi cùm ſcirem minorem & ei fidem non haberem, tu fidejuſſeris pro eo : non eſt æquum fidejuſſori in necem meam ſubveniri, l. 13*, ff. *de min. & l. 1 & 2, cod de fidejuſſ. min.*

BIU Cujas

DE LA SOLIDITÉ ENTRE MARCHANDS.

QUESTION VINGT-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La promeſſe faite par deux marchands eſt ſolidaire, quoique cela ne ſoit pas exprimé.*
2. *Raiſons du créancier.*
3. *Raiſons du débiteur.*
4. *Arrêt du 4 février 1632, confirmatif d'une ſentence du juge conſervateur, qui l'avoit ainſi jugé.*
5. *Il n'y a point de difficulté entre marchands qui ſont en compagnie.*
6. *Arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé que la promeſſe entre deux marchands aſſociés enſemble, eſt ſolidaire.*
7. *La juriſprudence des parlemens de droit écrit eſt ſemblable.*
8. *Depuis l'ordonnance de 1673, cette queſtion eſt ſans difficulté.*
9. *Il en eſt de même, quoique les deux marchands débiteurs ne ſoient pas aſſociés.*
10. *Au parlement de Toulouſe, les intérêts ſont dûs de droit entre aſſociés, ſans aucune demande.*

CHAPITRE XXVI.

Si la promeſſe, ou cédule de deux marchands, faite pour vente de marchandiſe, eſt ſolidaire.

1 IL n'eſt pas néceſſaire de poſer ici le ſujet du procès, & d'en rapporter le fait : Il eſt aſſez clair, & il ne faut que lire l'arrêt pour s'en éclaircir. La queſtion étant donc générale, & non particuliere, nous n'avons qu'à ſuppoſer ce que le créancier pouvoit dire, & ce que le débiteur pouvoit oppoſer.

Le créancier diſoit, que par l'ancien droit ceux qui promettoient enſemble une ſomme, étoient
2 cenſés la promettre ſolidairement. Comme ils étoient *correi debendi*, ils n'étoient conſidérés que comme un ſeul débiteur, & leur obligation, ou promeſſe, étoit auſſi-bien confuſe que leurs perſonnes. La loi les jugeoit du moins aſſociés en cela, & par conſéquent les obligeoit à payer l'un pour l'autre. C'eſt ce qui eſt clairement décidé en la loi ſeconde, *ff. de duobus reis : cùm duo eamdem pecuniam aut promiſerint, aut ſtipulati ſint, ipſo jure & ſinguli in ſolidum tenentur, & ſinguli debent.* Ce qui eſt confirmé dans le code, & encore dans les Inſtitutions de Juſtinien. Car en la loi 3, au même titre du code, *de duobus reis*, être obligé conjointement, & être obligé ſolidairement n'étoit qu'une même choſe. En effet, les empereurs confondent ces termes, & ils ſuppoſent que *qui ſunt rei promittendi, ſunt obligati in ſolidum*, ſi ce n'eſt que *ab initio unuſquiſque pro parte ſit obligatus* ; ainſi qu'il eſt dit en la loi 3 *C. de duobus reis.* De ſorte qu'au lieu qu'à préſent il faut s'obliger expreſſément un ſeul & pour le tout, & renoncer au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion ; il falloit au contraire par l'ancien droit déclarer qu'on ne s'obligeoit que pour ſa part & virile, autrement l'obligation étoit ſolidaire. Cette différence a été introduite par la nouvelle conſtitution de Juſtinien 99 *de reis promittendi*, par laquelle il a changé l'ancienne juriſprudence. Car au lieu que s'obliger, *ſimul vel in ſolidum*, n'étoit que la même choſe, & qu'une promeſſe faite par deux ou trois conjointement, étoit ſolidaire, s'il n'y avoit été dérogé par une convention contraire ; au lieu que *ex hujuſmodi obligationibus, & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debebatur, & promittentes ſinguli in ſolidum tenebantur*, ainſi que dit Juſtinien, en ſes inſtitutions, au titre *de duobus reis ſtipulandi* : à préſent l'obligation ſe peut diviſer, s'il n'eſt convenu qu'elle ſera ſolidaire.

Cela ſuppoſé, le créancier diſoit que ſi le différend étoit entr'autres perſonnes, il faudroit ſuivre cette regle, & dire que la promeſſe n'eſt pas ſolidaire, la convention n'étant pour cela aſſez expreſſe. Mais puiſque c'eſt entre marchands, & pour fait de marchandiſe, il en faut juger autrement, & croire que comme le vendeur a crû s'aſſurer ſur la promeſſe des deux, il n'a pas auſſi entendu diviſer ſa dette : Qu'il a plûtôt ſuivi l'ancien droit, qu'il ne s'eſt attaché aux ſubtiles précautions introduites par l'empereur Juſtinien : Qu'entre marchands elles ne ſont pas néceſſaires, & que comme en leur négoce ils doivent aller plus rondement, il n'eſt pas auſſi néceſſaire qu'ils recherchent tout ce que les autres obſervent : Qu'entr'eux la bonne foi doit tenir le haut bout, & qu'une parole opere pour eux, ce que pluſieurs clauſes font pour les autres.

D'ailleurs le créancier pouvoit dire que Juſtinien n'a pas entiérement changé le droit ancien, qu'il a ſeulement permis que les débiteurs puſſent renoncer au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion ; ſi bien qu'au défaut d'y renoncer, l'obligation eſt ſolidaire, lors même que c'eſt comme une eſpece de ſociété ; car en ce cas la nature de la dette opere ce que pourroit opérer une convention expreſſe : de ſorte que deux marchands, qui enſemble achetent quelque marchandiſe, & promettent enſemble de la payer, ſont cenſés aſſociés en cela.

Enfin le créancier pouvoit ſoutenir, que c'étoit l'uſage des marchands, qu'il s'obſerve de la ſorte parmi eux, & que comme ils ne cherchoient pas tant de précautions, & ſe contentoient d'un billet, & le plus ſouvent de la parole, il ne falloit pas auſſi les

BIU Cujas

astraindre aux clauses de solidité, non plus qu'aux renonciations qui sont familieres aux notaires : Qu'il falloit donc se régler par cet usage, qui devoit servir de loi, & qu'en effet Justinien autorise ce que les marchands ont établi parmi eux : *his videlicet quæ argenti distractores & alii negotiatores indefensè constituerint, in sua firmitate secundum morem adhuc obtinentem durantibus, l. 2. §. 2. C. de constit. pecunia.*

3 Le débiteur, qui ayant déja payé la moitié de la promesse, étoit convenu pour l'autre, disoit de sa part, qu'il ne falloit plus rechercher le droit ancien, puisque Justinien ne l'avoit pas seulement changé, mais plûtôt l'avoit renversé, & qu'au lieu que l'obligation étoit censée solidaire, s'il n'y avoit été dérogé, il avoit voulu qu'elle ne le fût point s'il n'avoit été convenu, & qu'on n'eût renoncé au bénéfice de division, & de discussion. C'est la disposition expresse de sa novelle 99, en ces termes : *siquidem non adjecerit oportere, & unum horum in solidum tenere, omnes ex æquò conventionem sustinere.* Et c'est de là qu'a été tirée l'autentique, *hoc ita C. de duobus reis*, qui porte que l'obligation ne peut être solidaire, *nisi pactum fuerit speciale unumquemque teneri in solidum.* D'où s'ensuit que n'y ayant point de convention, chacun ne peut être convenu que pour sa part. Et quoique Justinien ait fait une loi nouvelle, il semble pourtant qu'il l'ait empruntée de la loi 11, du même titre, *de duobus reis*, en laquelle le jurisconsulte dit : *cùm tabulis esset comprehensum, illum, & illum centum aureos stipulatos, neque adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur.* Quoi qu'il en soit, le même Justinien avoit déja donné le bénéfice de division & de discussion, à ceux *qui pecunias pro aliis simul constituebant.* C'est en la loi derniere, *C. de constituta pecunia*, qu'il fait cette extension du privilége que l'épitre de l'empereur Adrien avoit déja accordé aux fidéjusseurs; & il en rend cette raison : *æquitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.* Au surplus le défendeur soutenoit, qu'on ne pouvoit pas dire que ce fût une société, & non plus tacite qu'expresse; & qu'au contraire de ce que la promesse n'étoit pas solidaire, il falloit inférer que chacun n'avoit entendu que prendre sa part de la marchandise, & ne s'obliger aussi que pour sa part & moitié : Que quand on dit qu'entre associés, l'action ou l'obligation est indivisible, il faut entendre cela d'une société universelle, ou du moins pour le commerce. Et si encore, pour rendre l'obligation d'un des associés commune aux autres, & solidaire, nos interprétes désirent deux choses; sçavoir, que celui qui s'oblige, s'oblige pour la société, & pour le fait d'icelle : ce qu'on peut apprendre d'*Antonius Thesaurus*, en ses décisions du sénat de Turin, décision 136 : Et c'est ce qui se pratique parmi les marchands de Lyon, où celui qui fait un billet, le fait pour lui & sa compagnie.

Enfin le défendeur dénioit le prétendu usage, & disoit au contraire, que n'y ayant point de société, chacun n'étoit tenu que pour sa part; & partant, concluoit avec le jurisconsulte *Paulus, in l. 14 ff. de institutor. actione*, que certainement *ubicumque actio societatis, vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat.*

Sur cette contestation, par sentence du conservateur des priviléges des foires de Lyon, rendue le 16 novembre 1629, fut jugé que la promesse étoit solidaire : & en ayant été appellé, l'arrêt qui suit a jugé le contraire.

ARRÊT.

4 Comme de la sentence donnée par notre conservateur des priviléges des foires de Lyon, le 16 novembre, 1629, entre Joseph Buillioud, marchand, demeurant audit Lyon, & y négociant sous le privilége des foires, demandeur; à ce que Claude Baraillon fût condamné lui payer la somme de huit cent neuf livres treize sols, restant du contenu en une promesse, de la somme de seize cent dix-huit livres treize sols, faite par ledit Baraillon, & Pierre Trablaine, au profit dudit Buillioud, pour raison de marchandise, avec les changes & intérêts de ladite somme, depuis le terme échû, nonobstant que par ladite promesse il n'y eût solidité stipulée, & ès dépens, d'une part; & ledit Baraillon, marchand de Saint-Estienne en Forêts, fréquentant lesdits foires, défendeur, d'autre, par lequelle ledit Baraillon auroit été condamné, tant par provision, que définitivement, payer audit Bullioud ladite somme de huit cent seize livres treize sols, restant de ladite promesse, avec les intérêts, à raison du denier seize, depuis la demande, & aux dépens; sauf son recours contre qui il verroit, & que ladite sentence seroit exécutée par provision, en baillant caution, nonobstant opposition ou appellation quelconque, & sans préjudice d'icelles : Eût été de la part dudit Baraillon appellé en notre cour de parlement; en laquelle, parties ouies en leurs causes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçû, pour juger entre icelles, si bien ou mal auroit été appellé. Veu les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, ausquels griefs & prétendus moyens de nullité, l'intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler griefs aux dépens dudit appellant; icelui vû, griefs, réponses : Requête par laquelle ledit Baraillon auroit employé le procès pour production nouvelle : incident entre ledit Baraillon, demandeur en lettres de nous obtenues le 22 avril 1631, pour articuler & vérifier les faits y contenus, d'une part; & ledit Bullioud défendeur, d'autre : Appointement en droit, production des parties; incident : Arrêt du 17 decembre audit an, entre ledit Baraillon, appellant en adhérant du commandement & contrainte, du 28 novembre 1621, fait en exécution de ladite sentence, d'une part, & ledit Bullioud intimé, d'autre; par lequel sur ledit appel, les parties auroient été appointées au conseil, bailler causes d'appel, réponses & produire : causes d'appel; requête employée pour réponses & production desdites parties; forclusion de remplir par ledit Baraillon, les piéces défaillantes en ces productions : contredits dudit Baraillon, suivant l'arrêt du 10 janvier dernier : Requête dudit Bullioud, employée pour contredits & salvations; après que les juges-consuls & autres bourgeois de notre ville de Paris, ont été mandés & ouis : Tout joint & diligemment examiné : Notredite cour par son jugement & arrêt, sans s'arrêter à nosdites lettres, faisant droit tant sur le procès par écrit, qu'appellations verbales, a mis & met lesdites appellations, & ce dont a été appellé, au néant, & sans amende, & les parties hors de cour & de procès : Et ce faisant, a ordonné & ordonne que ladite somme de 809 livres 13 sols, ensemble les profits mentionnés par la quittance du 28 novembre 1629, seront rendus audit Baraillon, & sans dépens. Prononcé le 4 jour de février 1632. *Signé*, RADIGUES.

Nous n'estimons pas que cela puisse faire difficulté entre marchands qui sont en compagnie 5

BIU Cujas

de négoce, ni autres aſſociés. Car s'ils ſont entre eux reſpectivement agens, facteurs & entremetteurs, & ſi l'un peut obliger l'autre; à plus forte raiſon faut-il dire que s'obligeant enſemble, & pour un fait commun, l'obligation doit être ſolidaire, quoiqu'il ne ſoit pas dit l'un pour l'autre, & un ſeul pour le tout. Auſſi le ſieur Carondas livre 7 chap. 103, & livre 8 chap. 38, de ſes réponſes, non-ſeulement aſſure cela, mais il en rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 29 avril 1564, & après lui monſieur Maynard, liv. 4, chap. 14, de ſes queſtions notables, dit de même que le parlement de Toulouſe l'a ſouvent jugé de la ſorte.

OBSERVATIONS.

Si les promeſſes & les obligations de deux ou pluſieurs marchands ſont ſolidaires.

DAns cette queſtion, l'auteur établit, que le billet fait par deux marchands aſſociés enſemble eſt ſolidaire, quoiqu'ils ne ſe ſoient pas obligés ſolidairement. Il dit que tel eſt l'uſage pratiqué entre les marchands de la ville de Lyon. Il rapporte un arrêt du 4 février 1632, confirmatif d'une ſentence de la conſervation de Lyon, qui l'avoit ainſi jugé. Bacquet, des droits de juſtice, chap. 21, nomb. 248 & ſuivans, dit que cela fut ainſi jugé par un arrêt du 19 juillet 1590; il traite fort bien la queſtion. 6

La juriſprudence des parlemens de droit écrit eſt ſemblable, ſuivant les arrêts rapportés par Guy-Pape, conſil. 130 & 144. Boyer, déciſ. 221, nomb. 15. Maynard, liv. 4, chap. 14. Lapeirere, lett. M, nomb. 16, & dans les nouvelles notes, nomb. 32 & 36. 7

Aujourd'hui, cette queſtion ne peut plus faire la matiere d'un doute raiſonnable; car l'ordonnance de 1673, au titre des ſociétés, article 7, la décide en termes bien précis : *Tous aſſociés ſeront obligés ſolidairement aux dettes de la ſociété, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait ſigné, au cas qu'il ait ſigné pour la compagnie, & non autrement.* Cela ne manque jamais à Lyon, où toutes les ſociétés portent le nom de compagnie, *un tel & compagnie.* Pereſius, ſur le titre du code, *de duob. reis*, dit que la même choſe s'obſerve par-tout, *ad mores noſtros quod attinet, notandum eſt mercatores ſocios, qui per ſemetipſos mercaturam exercent, ſive in uno loco, ſive in diverſis, in ſolidum teneri, cùm ob utilitatem contrahentium, tùm quod factum unius videatur factum alterius.* 8

Mais la difficulté eſt lorſqu'il n'y a point de ſociété entre pluſieurs marchands qui s'obligent en commun. Charondas, dans ſes réponſes, livre 8, chap. 38, cite deux arrêts qui ont jugé que l'obligation étoit ſolidaire; mais il eſt réfuté par Baquet, en l'endroit ci-deſſus. 9

Bardet, tom. 2, liv. 2, chap. 3, rapporte un arrêt du 18 janvier 1633, qui a déclaré ſolidaire une promeſſe de cette qualité. L'auteur du journal du palais rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe, rendu à l'audience de la grand'chambre le 17 juin 1672, qui a confirmé une ſentence de la bourſe de Toulouſe, c'eſt-à-dire, du juge des marchands, qui avoit jugé l'obligation ſolidaire en ſemblable cas. Dans ce parlement, l'on juge que les intérêts ſont dus de droit, ſans aucune demande entre aſſociés, ſuivant le témoignage de M. Catelan, tome deux, livre ſix, chapitre vingt-un. 10

DE LA RECONNOISSANCE DES ECRITURES PRIVÉES.

QUESTION VINGT-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Quoique les changemens ſoient ſuſpects, néanmoins il eſt quelquefois bon de changer de route.*
2. *La reconnoiſſance des écritures privées ſe fait, ou par l'aveu du dibiteur, ou par experts, ou par comparaiſon.*
3. *Quand le débiteur ne compare pas, ſa promeſſe doit être tenue pour reconnue.*
4. *Il n'eſt pas néceſſaire, quand le débiteur ne compare pas, de faire reconnoître ſa*

BIU Cujas

promeſſe, ſi ce n'eſt qu'il ſoit mort, ou abſent.
5. *Raiſons de l'auteur, pour établir cette propoſition.*
6. *Au parlement de Toulouſe l'on ordonne que le débiteur défaillant ſera réaſſigné.*
7. *Déclaration du roi, qui régle la maniere en laquelle la reconnoiſſance des écritures doit être faites.*

QUESTION XXVII.

De la forme requiſe pour la reconnoiſſance des cédules & promeſſes de main-privée.

1 COMME l'uſage nous enſeigne ce qu'il faut ſuivre, il nous découvre auſſi ce qu'il faut changer; & nous apprenons de lui auſſi-bien à corriger les abus, qu'à perſiſter aux bons réglemens. Quoique les changemens ſoient ſuſpects, il eſt quelquefois bon de changer de route; & il vaut mieux quitter un mauvais chemin, que de le continuer. 2 Nous diſons cela au ſujet de la reconnoiſſance des cedules, qui ſe peut faire, ou par aveu du débiteur, ou par témoins, ou par comparaiſon de lettres. Le premier moyen eſt le plus court, & c'eſt au défaut d'icelui qu'il faut recourir aux témoins, ou au rapport de maître, par comparaiſon d'écriture. On n'eſt donc pas obligé de faire reconnoître une cédule par témoins ou par experts, quand celui qui l'a fait eſt vivant, & qu'au défaut de ſe préſenter pour avouer ſa ſignature, il eſt cenſé l'avoir faite. C'eſt la peine de ſa contumace, & ſon refus fait ſa conviction. Son ſilence eſt un aveu tacite, & c'eſt aſſez confeſſer la dette, que de ne l'oſer pas dénier.

3 Néanmoins nous avons vû pratiquer, qu'encore qu'un débiteur ne ſe préſente pas, & qu'au refus d'avouer ou de déſavouer ſa cédule, elle doive être tenue pour reconnue, on ne laiſſe pas d'obliger les créanciers à la faire reconnoître par témoins, ou par maîtres écrivains. On dit même que cela eſt abſolument néceſſaire, & que les arrêts de la cour l'ont ainſi jugé. C'eſt ce que nous ne pouvons pas bien goûter, & nous croyons que cela n'eſt pas ſeulement ſuperflu, mais encore qu'il peut être injuſte. Il eſt vrai que le débiteur étant décédé, cette forme eſt néceſſaire, puiſqu'il ne s'agit pas du fait propre de l'héritier, & qu'il ſe peut faire qu'il ne connoiſſe pas bien l'écriture du défunt. Il eſt vrai que le débiteur étant abſent, & ſon abſence rendant ſon ſilence excuſable, il faut que le créancier fonde ſa demande; ou du moins qu'il attende que le débiteur ſoit de retour, afin qu'il n'ait plus d'excuſe: mais hors le cas de mort ou d'abſence, nous croyons que c'eſt au débiteur à confeſſer ou dénier ſa cédule; & qu'à faute de ſe préſenter pour affirmer, à faute de la vouloir reconnoître, elle doit demeurer pour reconnue, ſans qu'il en faille faire autre reconnoiſſance.

Pour fondement nous diſons, qu'autrement il y auroit de l'injuſtice, entant que le débiteur profiteroit de ſa mauvaiſe foi & de ſa contumace. En effet, ſi le créancier n'a point d'autre moyen pour faire reconnoître ſa cédule, il s'enſuivra qu'il perdra ſa dette, non par ſa faute, mais par la faute du débiteur: Que le débiteur fuyant l'aſpect de la juſtice, & refuſant de ſe préſenter, ſe liberera lui-même ſans rien payer. Suppoſons que ce ſoit une perſonne puiſſante, & que le créancier ne trouve ni témoins ni experts qui puiſſent ou veuillent reconnoître la cédule, faudra-t'il pour cela qu'il perde ſa dette? N'ayant autre moyen que le ſerment du débiteur, pourquoi veut-on l'en exclure? & ne vaut-il pas mieux que le débiteur qui refuſe de ſe préſenter ſuccombe, que le créancier qui veut prendre droit par l'aveu du débiteur même.

Mais voici une raiſon qui ſemble ne ſouffrir 4 point de replique. Il eſt certain que quand on fait appeller quelqu'un pour payer une ſomme qu'il a promiſe, ſans qu'il y ait obligation ou promeſſe, il eſt obligé de ſe préſenter & d'affirmer; & qu'au défaut de ce faire, s'il n'y a excuſe légitime, le fait eſt tenu pour confeſſé & avéré, & qu'enſuite le débiteur prétendu eſt condamné. Tel eſt l'uſage commun qui s'obſerve en tous les ſiéges. Or il faut qu'on avoue qu'une promeſſe par écrit a du moins 5 autant de force qu'une promeſſe verbale, & que celui qui a une cédule eſt plus favorable, que celui qui n'a que la parole. Et c'eſt pourquoi, puiſque ſur une ſimple promeſſe verbale, le fait eſt tenu pour confeſſé & avéré, au défaut de ſe préſenter par le débiteur, ne faut-il pas ordonner le même ſur une cédule? Nous ne voyons pas qu'il y ait raiſon de différence, & nous croyons qu'il faut du moins ſe régler de la même ſorte. C'eſt parce qu'il y a autant ou plus de mauvaiſe foi de la part du débiteur, & qu'une contumace égale mérite une même peine. En un mot, c'eſt que le débiteur ne peut être favorable quand il uſe de fraude, ou que ſa fuite eſt ſuſpecte; comme quand il refuſe de ſe préſenter & de ſe purger par ſerment; parce que *manifeſtæ turpitudinis eſt nolle jurare, vel jusjurandum differre.*

Il eſt vrai que nous ne voudrions pas uſer de précipitation; & quoique l'ordonnance de François premier porte, que les cédules ſeront tenues pour confeſſées par un ſeul défaut, & emporteront hypothéque, nous croyons pourtant, que ſi le débiteur ne comparoît point, il doit être réaſſigné, & qu'il fait un ſecond défaut. En effet, M. Maynard, liv. 3 chap. 5, de ſes queſtions notables, remarque que l'ordonnance n'a lieu que quand l'aſſignation a été donnée à la perſonne du débiteur par un exploit bien & duément libellé & atteſté, & que 6 tel eſt l'uſage du parlement de Toulouſe. Enſuite de quoi il ſemble vouloir s'inſcrire en faux contre l'arrêt que M. Papon a inſéré dans ſon recueil, au titres des cédules, & reconnoiſſance d'icelles, art. 7 tiré d'*Aufrerius in ſtylo Parlamenti, 4 part. art.* 205. Le même ſieur Maynard aſſure donc, que cela n'a lieu qu'en cas de préſentation & comparution de la partie; mais auſſi que s'étant préſentée, & au défaut de venir reconnoître ſa promeſſe, elle doit être tenue pour reconnue & confeſſée. En effet, l'arrêt donné audit parlement de Toulouſe contre l'archevêque d'Auch de l'illuſtre maiſon de Levis, porte, qu'il viendroit reconnoître ou nier ſa cédule dans la fin du mois, *aliàs Curia ex tunc pro nunc tenuit dictam cedulam pro confeſſata.* Enfin, ledit Maynard avoue, qu'en cas de contumace, & au refus de ſe préſenter pour reconnoître ou dénier ſa cédule, il ne peut éviter du moins qu'il ne ſoit tenu pour confeſſant & reconnoiſſant la dette, ſon ſilence ou ſon mépris tenant lieu d'un aveu tacite. Et quoiqu'après il ſemble deſirer la vérification par témoins, ou comparaiſon

BIU Cujas

ſon de lettres de l'écriture, ou du moins de la ſignature, cela ne ſe doit entendre que pour plus grande précaution, ou en cas d'abſence ou empêchement légitime.

OBSERVATIONS.

De la forme de la reconnoiſſance des écritures privées.

L'Auteur parle ici de la forme requiſe pour la reconnoiſſance des promeſſes ſous ſeing privé. Depuis ſon décès, cette forme a été changée par l'ordonnance de 1667, tit. 12, art. 5, 6, 7, 8 & 9. Depuis l'ordonnance, le roi a encore fait un édit du mois de décembre 1684, touchant la formule des reconnoiſſances & vérification des écritures privées, qui contient onze articles qu'il faut rapporter ici. 7

I.

Celui qui demandera le payement d'une promeſſe, ou l'exécution d'un autre acte ſous ſeing privé, ſera tenu d'en faire donner copie avec l'exploit d'aſſignation.

II.

Le créancier d'un billet ou promeſſe pourra faire déclarer à ſa partie, par l'exploit de ſa demande, qu'après un délai, qui ne pourra être plus court que de trois jours, il demandera à l'audience du juge devant lequel il le fera aſſigner, que la promeſſe ou billet ſoient tenus pour reconnus. S'il prétend qu'ils ſoient écrits ou ſignés par ledit défendeur, & qu'il ne comparoiſſe pas au jour qu'il a été marqué par ledit exploit, le juge ordonnera que leſdites promeſſe ou billet demeureront pour reconnus, & que les parties viendront plaider ſur le principal dans les délais ordinaires.

III.

Lorſque ledit défendeur aura conſtitué procureur & fourni des défenſes, par leſquelles il déniera la vérité de l'écriture ou des ſignatures de l'acte ſous ſeing privé, dont il ſera queſtion, le demandeur le fera ſommer par un acte de comparoître pardevant ce juge, pour procéder à la vérification dudit acte, ſans qu'il ſoit beſoin de prendre aucune ordonnance du juge pour cet effet.

IV.

Si le défendeur dénie dans la plaidoyrie de la cauſe ou dans l'inſtruction du procès par écrit, la vérité des pieces ſous ſeing privé, dont il s'agira, la vérification en ſera faite pardevant l'un des juges qui auront aſſiſté à l'audience, qui ſera commis ſuivant l'ordre du tableau, par celui qui préſidera, ou pardevant le rapporteur du procès, s'il eſt diſtribué.

V.

Les pieces ſous ſeing privé & écritures privées, dont on pourſuivra la reconnoiſſance, ſeront préſentées devant le juge, au jour & heure portés par la ſommation qui aura été faite de comparoître devant lui, & ſeront paraphées par le juge, & communiquées en ſa préſence à la partie.

VI.

Si le défendeur ne conparoît pas, le juge donnera défaut, & ordonnera, que la piece ſera tenue pour reconnue, en cas que le demandeur n'ait pas obtenu de jugement à l'audience qui l'ait ainſi ordonné, & qu'il prétende que la piece ſoit écrite ou ſignée de la main du défendeur; & le juge ne prendra en ce cas aucunes vacations; & la partie qui voudra lever le procès verbal, payera ſeulement l'expédition de la groſſe au clerc du juge.

VII.

Si on prétend que la piece ſoit écrite ou ſignée d'une autre main que celle du défendeur, le demandeur nommera un expert, & le juge en nommera un autre, pour procéder à la vérification de la piece ſur des écritures publiques & authentiques, qui ſeront repréſentées par le demandeur.

VIII.

Si les parties comparoiſſent, elles conviendront d'experts & des pieces de comparaiſon; & ſi l'une des parties étant comparue, refuſe de nommer des experts, le juge en nommera pour elle.

IX.

Lorſque le demandeur aura obtenu un jugement à l'audience ou dans l'hôtel du juge, portant que la promeſſe ou billet dont eſt queſtion ſeront tenus pour reconnus; s'il obtient dans la ſuite condamnation à ſon profit, du contenu dans leſdits actes, il aura l'hypothéque ſur les biens de ſon débiteur, du jour du jugement.

X.

Le juge ne dreſſera qu'un ſeul procès verbal pour la vérification d'une ou pluſieurs pieces, lorſque la vérification ſe fera à même tems & à la requête de la même partie; & ſera payé pour les procès verbaux un écu aux conſeillers de nos cours, & quarante

BIU Cujas

ſols aux lieutenans généraux & autres officiers des bailliages & ſénéchauſſées où il y a ſiége préſidial, & vingt ſols à ceux des autres juges royaux; autant à ceux des duchés pairies & des autres juſtices appartenantes à des ſeigneurs particuliers, leſquelles reſſortiſſent directement en nos cours, & quinze ſols aux officiers des autres juſtices des ſeigneurs; & aux clercs deſdits juges, pour l'expédition deſdits procès verbaux, ce qui ſe trouvera leur être dû, ſuivant les taxes ordinaires pour le rôle.

XI.

Tous ceux qui dénieront leurs propres écritures & ſignatures ſeront condamnés en nos cours en cens livres d'amende envers le roi, & en cinquante livres dans les autres ſiéges royaux & juriſdictions; & en pareille ſomme envers qui il appartiendra dans les juſtices des ſeigneurs particuliers, outre les dépens, dommages & intérêts envers les parties.

DES FERMAGES DES TERRES.

QUESTION VINGT-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Qui doit être préféré, ou du créancier de l'héritier qui a ſaiſi le premier entre les mains du fermier d'une terre, ou du créancier du défunt d'où provient la terre.*
2. *Raiſons du créancier de l'héritier.*
3. *Raiſons du créancier du défunt.*
4. *Sentence du bailliage de Forêts, du 24 décembre 1640, qui juge en faveur du créancier du défunt, par l'avis de M. Henrys.*
5. *Raiſons de M. Henrys, pour établir que les fruits ſont partie de l'héritage.*
6. *Le prix des fermages eſt de même nature que la terre.*
7. *Le propriétaire d'une terre eſt préférable pour tous les fermages à lui dûs.*
8. *Ses fermages ſont ſubrogés au lieu des fruits de la terre.*
9. *Il faut diſtinguer dans la ſubrogation les qualités intrinſéques, & les extrinſéques.*
10. *Les fruits n'étant pas encore levés, ſont de la même nature que le fonds.*
11. *De la ſéparation des biens du défunt d'avec ceux de l'héritier.*
12. *En France l'on accorde le même bénéfice aux créanciers de l'héritier.*

QUESTION XXVIII.

Si le prix de la ferme d'une terre & ſeigneurie ſaiſie par les créanciers, eſt réputé meuble ou immeuble.

1 *Titia*, créanciere d'un héritier, fait ſaiſir la premiere, entre les mains des fermiers, les fruits d'une terre que cet héritier n'avoit point eu en ſon chef particulier, mais du chef de celui auquel il avoit ſuccédé. *Sempronius*, créancier du défunt, fait auſſi ſaiſir entre les mains des mêmes fermiers ce qu'ils pouvoient devoir, poſtérieurement à la vérité, mais ſur le commencement de l'année, ou ſur la fin de la précédente, pour les termes de la ſubſéquente; & par conſéquent, aſſez à tems, puiſque c'étoit avant la récolte, ou que les cens & droits ſeigneuriaux fuſſent échûs. Sur le concours de ces ſaiſies, procès ſe meut pour la préférence des deniers ſaiſis.

2 La créanciere de l'héritier, pour l'emporter, diſoit, qu'étant premiere en ſaiſie, elle étoit auſſi préférable, ſuivant la régle vulgaire, *qui prior eſt tempore, potior eſt jure.* Elle diſoit que c'eſt la récompenſe des plus diligens, & de ceux qui veillent mieux à la recherche de leurs droits, & par conſéquent, qu'il n'y avoit pas apparence qu'ayant arrêté la premiere ce que les fermiers pouvoient devoir, on lui voulût ôter le fruit de ſa prévention; attendu même qu'il s'agiſſoit de deniers qui ſont cenſés meubles, & ſur leſquels, par conſéquent, le premier ſaiſiſſant eſt préférable, non-ſeulement par la priorité du jour, mais encore par la priorité de l'heure, par les raiſons qu'en rapporte Brodeau, ſur monſieur Loüet, en la lettre M, n. 10.

3 Le créancier du défunt ſoutenoit au contraire, qu'il étoit préférable, quoique dernier ſaiſiſſant, d'autant que la choſe ſaiſie provenoit de ſon débiteur, & n'avoit pû paſſer à l'héritier, *niſi cum ſuâ cauſâ;* c'eſt-à-dire, qu'en payant les dettes & hypothéques, & c'eſt ce qu'on dit communément, que *bona non dicuntur, niſi deducto ære alieno,* & qu'il faut premierement lever les dettes de l'hoirie, avant que l'héritier puiſſe avoir aucun droit en icelle. C'eſt auſſi par cette conſidération que le droit Romain, qu'on peut appeller légitimement la raiſon écrite, n'a pas voulu que les biens fuſſent tellement con-

BIU Cujas

fus, qu'il ne fût aiſé d'en faire la ſéparation pour l'intérêt des créanciers. C'eſt un remede que la loi leur donne; & comme il n'eſt pas raiſonnable que l'héritier, acceptant une hoirie, un précédent créancier, qu'il peut avoir de ſon chef, ſoit préférable aux créanciers particuliers de la ſucceſſion; auſſi, leur eſt-il permis d'en demander la ſéparation, *toto titulo de ſeparationibus bonorum*. C'eſt parce que l'héritier n'a rien dans l'hoirie qu'il n'ait ſatisfait les créanciers d'icelle; que leur droit eſt premier & préférable au ſien, & par conſéquent, au droit de ſes créanciers particuliers.

De fait, en la loi premiere, *ff. de ſeparationib.* le juriſconſulte ayant propoſé *Titius* héritier & ſucceſſeur de *Sejus*, & le préjudice que pourroient ſouffrir les créanciers du défunt par le mêlange des biens, il conclut, *æquiſſimum eſſe creditores Seii deſiderantes ſeparationem, audiri, impetrareque à Prætore ut ſeparatim quantum cujuſque creditoribus præſtetur*; c'eſt-à-dire, que chacun ſuive ſes biens: ce que toutefois les creanciers de l'héritier ne peuvent pas demander, ſuivant le § *ex contrario* de la même loi, quoique cela ſoit fort rude, & qu'en effet, monſieur le Preſtre aſſure l'uſage contraire.

Mais plus expreſſe pour la cauſe, il diſoit être la loi premiere, *C. de bonis autoritate judicum poſſid.* car en ce texte, l'empereur ayant ſuppoſé que *Mævius* avoit recueilli quelque ſucceſſion, & que pour raiſon d'icelle, il étoit tenu d'acquitter quelques légats; & qu'étant venu à décéder, il en avoit fait d'autres; il demande qui des légataires doivent être payés les premiers, & il conclut: *In bonis mortui, potiorem eſſe cauſam legatariorum, qui eum utpote hæredem convenire potuerunt, quàm eorum quibus ipſe hæres legavit.* Il en rend cette raiſon, *cùm prius legatum quaſi æs alienum exigatur, legatum autem à mortuo relictum poſt debiti detractionem inducatur.* Le créancier du défunt diſoit donc qu'il étoit en ces termes, & partant qu'il devoit être préféré, ſur les biens qui venoient de ſon débiteur, & ſur leſquels il avoit droit de ſuite avant qu'ils fuſſent acquis à l'héritier.

La créanciere de l'héritier repliquoit que cela pourroit être conſidérable, ſi la propriété de la terre & ſeigneurie avoit été ſaiſie, & qu'il fallût faire une ſéparation actuelle des biens, & rechercher la ſource des hypothéques. Mais ne s'agiſſant que des fruits, & non pas même des fruits, mais du prix d'une ferme, en un mot, des deniers ſaiſis; comme ces deniers dûs par les fermiers ne ſont que meubles, auſſi la recherche des hypothéques eſt inutile, puiſqu'en France, les meubles n'ont point de ſuite par hypothéque, par une régle générale, & qu'il n'y a que la priorité de la ſaiſie qui puiſſe donner avantage ſur iceux, ſi ce n'eſt en cas de déconfiture. Elle ſoutenoit donc que les deniers ſaiſis étoient meubles, parce qu'ils ne provenoient que de ſimples fruits, & que la ſubrogation qu'on imagine ne pouvoit donner auſdits deniers une qualité qu'ils n'ont pas d'eux-mêmes; qu'en effet, *aliud res eſt, aliud rei pretium, l. 48, ff. de furtis, ubi nummus ex re furtiva, non eſt furtivus.*

A cela, le créancier de l'hoirie répliquoit, qu'encore qu'il ne fût queſtion que d'une ſaiſie de fruits, ou du prix qui les repréſente, il ne laiſſoit pas d'être auſſi-bien préférable ſur ces deniers, comme il ſeroit préférable ſur le prix de la terre même, par double raiſon: l'une, que la ſaiſie avoit été faite, avant que les fruits fuſſent mûrs, ni près de leur maturité, & long-tems avant que le tems des cens & autres droits ſeigneuriaux fût échû: l'autre, que nonobſtant la ferme, & que le prix d'icelle eût été ſaiſi, ledit prix ne laiſſoit pas de repréſenter les fruits & revenus, de leur être ſubrogé, &, d'avoir la même nature. Etendant donc ſes raiſons, ledit créancier diſoit, qu'il eſt ſans doute que les fruits pendans par racines ſont part de l'héritage, & ſont réputés choſe immeuble, comme lui. Le texte y eſt formel en la loi 44, *ff. de rei vendicat.* A quoi l'article 92 de la coutume de Paris s'accorde. Il faut dire le même des fruits arides, c'eſt-à-dire, des cens & rentes, juſqu'à ce que le terme d'iceux ſoit échû; encore ſont-ils plûtôt cenſés immeubles que les fruits communs, puiſque quelques-uns font diſtinction de ceux qui viennent de l'induſtrie, & de ceux que la ſeule nature produit, & ils jugent que les derniers ſont plûtôt part de l'héritage que les premiers. Tant y a qu'on appelle les fruits recueillis & levés, fruits ameublis, c'eſt-à-dire, faits meubles, pour montrer qu'avant la récolte, ou le tems que les droits ſont exigibles, les fruits & les revenus d'une ſeigneurie tiennent d'autres immeubles, & paſſent pour tels.

Que s'iis ſont cenſés immeubles, pourquoi ne le ſeroit le prix qui les repréſente, puiſqu'il leur eſt ſubrogé, & que par la régle vulgaire du droit, *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati*, ſuivant la loi, *ſed & ſi rem, ff. de petit. hær.* la loi *ſed ſi quis ſervum, ff. de pecul.* & autres textes, où le prix eſt cenſé la même choſe & de la même nature, par l'effet de la ſubrogation: autrement il faudroit dire qu'un propriétaire, & qu'un ſeigneur pourroit ameublir ſes fruits & revenus, avant qu'ils ſoient recueillis & échûs, & en faire un meuble, lors même qu'ils ſont immeubles, & font part de l'héritage.

Cette queſtion s'étant préſentée en notre ſiége, nos juges ſe trouverent partagés; les uns tenoient pour la créanciere de l'héritier, & la vouloient préférer; non pas qu'ils doutaſſent que les fruits pendans & attachés à la choſe, ne tiennent de l'immeuble; mais parce qu'ils eſtimoient qu'ils avoient changé de nature, & que la ferme opérant une novation, le prix d'icelle n'étoit plus que meuble, ſuivant la loi 28, *ff. de novationibus*, en laquelle celui qui avoit fait la ſtipulation d'un fonds, étant après convenu qu'on lui en donneroit la valeur, Papinien réſout, que le débiteur baillant le fonds, la ſeconde obligation demeure toujours; d'où s'enſuit, que le fonds & le prix ne ſont pas la même choſe. Les autres tenoient, que comme les fruits non encore levés ni ameublis ſont cenſés choſe immobiliaire, les deniers ſaiſis doivent pareillement être pris pour immeubles, lorſque la ſaiſie a été faite en un tems auquel leſdits fruits n'avoient pas été perçus, & pouvoient être ſaiſis: d'où ils inféroient, que le créancier ayant ſaiſi le prix de la ferme, pour abréger, c'eſt autant que s'il avoit fait ſaiſir les fruits & revenus. Qu'en effet les fermiers pouvant convertir leur ferme en bail judiciel, il a été loiſible d'éviter ce circuit, & de faire ſaiſir d'abord les deniers auſquels la ſaiſie aboutit; & partant, concluoient, que la préférence qu'on accorde, ſi les fruits euſſent été directement ſaiſis, portoit une conſéquence néceſſaire pour la préférence des deniers qui leur demeurent ſubrogés. Le procès ayant donc paſſé par cette derniere opinion, par ſentence rendue le vingt-quatre décembre 1640, au profit des curés & prêtres de Boën, contre le ſeigneur de Saint Prieſt & la dame de Salaire; ſuivant notre ſentiment & celui des plus anciens avocats du ſiége, nous jugeons à propos, en le mieux fondant, de lever les difficultés contraires. 4

Pour y parvenir, nous voulons établir deux points: le premier, que les fruits & revenus font 5

BIU Cujas

partie de l'héritage, & ſont réputés immeubles; la loi *fructus pendentes* y eſt expreſſe, & c'eſt par la même raiſon qu'il eſt dit en la loi 41, *ff. de actionib. empti*, & en la loi *ſi poſt inſpectam*, *ff. de periculo & commodo rei venditæ*, que les arbres qui ſont debout ſont partie de l'immeuble, *quia non eſt ſeparatum corpus à ſundo*. C'eſt pourquoi les fruits ſuivent le fonds, y étant attachés, & l'uſufruit finiſſant avant la récolte, l'uſufructuaire n'y peut rien prétendre par la loi, *ſi pendentes de uſufructu*, & autres textes ſemblables. Et quant aux cens & rentes, c'eſt par le terme qu'ils ſe doivent régler: avant le terme ils ſont de la choſe & tiennent de l'immeuble: après le terme ils ſont ameublis, auſſi-bien que les fruits levés, par argument de la loi 25 & 26, *ff. de uſufructu*; & en cela, le droit François eſt conforme au droit Romain. Car la coutume de Paris, en l'article 92, veut que les fruits qui ſont ſur pied & pendans par racines, ſoient réputés immeubles, & en l'article 231, qu'ils appartiennent à celui auquel advient l'héritage. La coutume de Berri, en l'article 15, dit, que les cens & rentes ne ſeront cenſés recuellis, juſques à ce que le jour qu'ils doivent être payés ſera échû. Et ſi la coutume de Bourbonnois, en l'article 281, dit, que les arrérages de cens & rentes ſont réputés meubles, c'eſt une conſéquence, que pour l'année courante, & avant le terme, ils ſont cenſés immeubles. Auſſi, monſieur Papon, ſur ledit article, dit que c'eſt à propos qu'il a parlé des arrérages, *nam reditus ipſe immobilis eſt, ut vult Joannes Faber*, ſur la loi *hæc edicta*, & par le texte d'icelle, *C. de ſecundis nupt.* Mais plus expreſſément le grand praticien François, maître Charles du Moulin, ſur la coutume de Paris, titre des fiefs, § premier, gloſe premiere, *in verbo*, le ſeigneur féodal, après avoir dit que les fruits pendans, avant la ſéparation, *non propriè fructus, ſed pars rei verè & propriè dicuntur*, il ajoute que ce que la ſéparation opere aux fruits naturels, le terme échû le fait aux cens & rentes, qu'il appelle fruits civils, & les autres, fruits naturels; aux uns, on regarde le tems de la ſéparation, aux autres, on conſidere le jour auquel ils ont commencé d'être dûs, c'eſt-à-dire, qu'ils ſont échûs; & il conclut par la doctrine de Balde, que les uns & les autres *judicantur ut fundus, ſunt ejus pars, & quid immobile*; mais qu'après la récolte, ou que le terme des penſions eſt échû, ils ſont conſidérés comme retranchés du ſujet principal, & *ſunt tanquam proprietas ſeparata, ſicut fructus ſeparati ſtatim ſunt corpus mobile, & ſtant per ſe.*

6 Ce fondement établi nous fait ouverture à l'autre que nous voulons établir, ſçavoir, qu'encore qu'une terre ou ſeigneurie ſoit miſe en ferme, & le prix d'icelle ſaiſi, ce prix ne laiſſe pas de retenir la même nature, & d'être auſſi-bien réputé immeuble, comme le ſeroient les fruits. Car ce que du Moulin réſout pour les fruits civils, pour les penſions & rentes, ſçavoir, de les comparer aux fruits pendans, avant le terme; & après le terme, aux fruits levés & ameublis, ſe doit étendre au prix d'une ferme. C'eſt en effet la même choſe, que ſi le revenu de la ſeigneurie ne conſiſtoit qu'en cette penſion: comme ce revenu eſt compoſé de diverſes rentes & penſions, auſſi peut-on dite que le ſeigneur qui le met en ferme, ne fait autre choſe que de réduire pluſieurs penſious en une, & de divers débiteurs, n'en faire qu'un ſeul. Et de fait, le fermier eſt plûtôt receveur, qu'acquéreur du droit; & quoique le bail ne l'oblige d'en compter que juſques à la ſomme convenue, il eſt vrai pourtant que c'eſt plûtôt une limitation de la charge & recette, qu'une vente deſdits droits; & que le gain qu'il y fait eſt plûtôt une récompenſe de ſa peine, qu'une acquiſition. Tant y a que le prix repréſente les revenus, & leur demeure ſubrogé, ainſi que conclut monſieur Papon au lieu déja cité: *Nam ut reditus ipſe immobilis eſt*, dit-il, *ita & penſiones ejus annuæ ante diem, inſtar fructuum pendentium, immobiles ſunt*, ſuivant la doctrine de Balde, *in cap. 1. in fine de pace tenenda, de uſibus feudorum.* Et ſi l'on vouloit dire qu'il n'a entendu parler que des penſions particulieres, & non pas du prix d'une ferme, on répond qu'il y a identité de raiſon, & qu'en tout cas, l'article 15, titre des fiefs, de la coutume de Berry, leve ce doute. Car il veut que les fruits baillés à ferme ſoient cenſés recueillis, ou après le jour du payement de la penſion de la ferme, ou du moins, après le tems de la récolte; & pour les cens, qu'ils ne ſoient cenſés recueillis, juſques à ce que le jour qu'ils doivent être payés ſera échû. D'où s'enſuit que la ferme, ni le prix d'icelle n'altére ni ne change pas la nature des fruits: car il y auroit de la répugnance qu'ils ne fuſſent pas cenſés recueillis ni ameublis, étant baillés en ferme, avant le terme d'icelle, & que toutefois le prix fût réputé meuble. Il ne ſe peut avant le payement échû d'une ferme, que les fruits ſoient cenſés pendans, & que pourtant les deniers ſoient meubles. Il faut, ou leur donner l'effet de la ſubrogation, & les réputer de la même nature, ou tenir que dès-lors que la ferme eſt baillée, le propriétaire eſt cenſé dépouillé de ſes fruits & avoir diſpoſé d'iceux, comme s'il les avoit recueillis; & c'eſt ce que ne dit pas l'article cotté de la coutume de Berry, ni celle d'Orléans non plus, en l'article 207. Car s'il dit, que fruits cueillis, coupés & abbatus étant en maturité, enſemble les fermes dûes à raiſon deſdits fruits, ſont réputés meubles, encore que les termes de payer leſdites fermes ne ſoient échûs; c'eſt par une égale détermination, c'eſt-à-dire, que les fermes ne ſont cenſées meubles, non plus que les fruits, qu'après la récolte. Outre que le même article, auſſi-bien que l'article cotté de la coutume de Berry, donne une autre régle pour les cens & rentes, ſçavoir, qu'ils ne ſont réputés arrérages ni meubles, que lors ſeulement que les termes de payement ſeront échûs; & c'eſt pourquoi on pourroit, en ces deux coutumes, argumenter de la ſorte, que comme les fermes des fruits ſont cenſées meubles après la récolte, comme leſdits fruits le ſeroient; de même les fermes des cens & rentes ne peuvent être cenſées meubles, non plus que ſemblables droits, qu'après que le terme en eſt échû.

Mais on oppoſe qu'il y a novation, & que ſi les derniers ſont ſubrogés aux fruits, il ne s'enſuit pas pour cela qu'ils ſoient de même nature; qu'en effet le prix n'eſt pas la choſe même, & que cette régle vulgaire *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati*, reçoit diverſes faillances, comme en la loi 28, *ff. de novationib.* en la loi 48, *ff. de furtis*, & autres ſemblables. Nous répondons en premier lieu, que le propriétaire qui baille ſes biens à ferme ne change pas pour cela la condition des fruits; & quoique pour iceux il prenne de l'argent, il n'entend pas pour cela déroger à leur qualité. De fait, c'eſt pour ce ſujet que monſieur Loüet, en la lettre F, nomb. 4, rapporte avoir été jugé par 7 arrêt, qu'il eſt préférable ſur les fruits pendans par racines, non-ſeulement pour le prix de l'année courante, mais encore pour les arrérages, quoique d'autres créanciers euſſent les premiers ſaiſi: ce qu'on peut dire avoir été jugé plûtôt par la nature des fruits, & parce qu'ils ne laiſſent pas d'être ſenſés immeubles, quoique baillés à fer-

BIU Cujas

me, que par aucun privilége particulier du propriétaire.

En second lieu, nous disons, que quand il y pourroit avoir novation à l'égard du maître qui baille son héritage à ferme, elle cesseroit pour ses créanciers, ausquels il ne peut pas faire préjudice, ni changer la nature de ses fruits, tant quils sont pendans par racines, non plus qu'il ne peut pas faire que son héritage soit meuble, pour détruire l'hypothéque de ses créanciers. Et de fait, il est certain qu'un immeuble étant vendu par le débiteur, les deniers du prix saisi par ses créanciers retiennent la même nature, & se distribuent par l'ordre des hypothéques. Que si cela a lieu pour le fonds, pourquoi non pour les fruits pendans, puisqu'ils font part du fonds, & que l'argument du tout à la partie est reçu de droit? Il n'importe que le fermier, au lieu de s'attacher aux fruits, s'attache au prix de la ferme; car ce n'est que pour éviter un circuit & des frais, & parce qu'il juge qu'il ne les peut pas faire valoir davantage; & si cette raison portoit coup, on pourroit dire de même, que le créancier, aussi-tôt après la vente d'un héritage, & avant même la prise de possession, venant à saisir, non pas ledit héritage, mais le prix d'icelui, il se seroit fait préjudice, & auroit dérogé par ce choix à l'avantage de son hypothéque. Mais comme cette objection seroit frivole, & ne pourroit pas empêcher que le prix de l'héritage ne fût distribué comme immeuble; aussi faut-il avouer qu'elle est aussi foible contre le créancier, qui, au lieu des fruits, fait saisir le prix de la ferme.

En troisieme lieu, nous répondons, que si la regle de subrogation n'est pas toujours assurée, ni la chose subrogée toujours censée la même, que celle de laquelle elle a pris la place, c'est assez que ce soit le plus souvent. Il n'y a point de regle de droit qui ne souffre ses exceptions, & la regle plus certaine que nous en ayons, est qu'il n'y en a point de certaine. C'est pourquoi, encore qu'on trouve quelque cas contraire, il ne s'ensuit pas qu'elle ne soit véritable, ni que pour un texte qui choque la regle, il la faille entierement rejetter.

8 Enfin, nous espérons concilier les loix qui semblent contraires, & par ce moyen, ne laisser aucun scrupule. A cet effet, il faut presupposer avec monsieur Loüet & Brodeau, en la lettre S, n. 10, la distinction que font les interprêtes sur cette regle, *subrogatum sapit naturam subrogati.* Ils disent qu'elle a lieu sans doute *in universalibus secùs in re particulari:* d'où s'ensuit qu'elle devroit avoir lieu au fait de notre question; car s'agissant des droits & revenus d'une seigneurie, qui sont de différentes sortes, on peut dire véritablement qu'ils sont, *quid universale*; & par conséquent, que la subrogation & représentation y passent plus aisément. Outre que tous ne suivent pas cette distinction, & veulent au contraire, que l'effet de la subrogation passe, *etiam in particulari.* Ils avouent bien que la regle a lieu plûtôt pour les choses universelles que pour les particulieres; mais pourtant ils ne les excluent pas. Masuer est de cette opinion, en sa pratique, titre des associations, & ne met les dettes entre les meubles qu'avec cette limitation, *nisi illa nomina proveniant ex alienatione rei immobilis*, & Chopin qui le cite, *lib. 2 de moribus Paris. tit. 1*, veut pareillement *pretium succedere loco rei non tantum in universalibus, sed etiam in particulari:* à quoi Mornac, sur la loi *si & rem, ff. de petit. hared.* semble s'accorder, & de fait, en la loi 39 du même titre, le jurisconsulte dit, que celui qui jouit du prix d'une chose, est censé jouir d'icelle.

9 On distingue encore pour la subrogation, les qualités intrinséques & primordiales, d'avec les qualités extrinséques & accidentelles. Du Moulin a fait cette distinction sur l'art. 273 de la coutume d'Anjou; & Brodeau, sur monsieur Loüet, au lieu cité, l'exagere, & conclut que la qualité intrinséque & primitive de la chose, comme d'être immeuble, passe avec les deniers qui lui sont subrogés, mais non pas la qualité qui n'est qu'accidentelle, comme d'être féodal. C'est par cette distinction qu'on peut concilier les loix opposées, comme la loi 48, *ff. de furtis*; car il est certain, *in re furtiva*, que cette qualité n'est qu'accidentelle, & non pas intrinséque ni primordiale; & c'est pourquoi, ne passant pas au prix de la chose dérobée, c'est pour ce sujet que le jurisconsulte décide, *pecuniam ex re furtiva non esse furtivam*, quoique Godefroy semble l'étendre plus avant, & d'une décision particuliere en faire une générale. Quant à la loi 28, *ff. de novationib.* elle ne fait pas beaucoup contre notre regle, elle empêche & prévient plûtôt la subrogation, qu'elle ne combat l'effet d'icelle; elle parle plûtôt *de fundo vel pretio subrogando quàm de subrogato.* En un mot, elle dit seulement, que le créancier d'un fonds ayant stipulé par une seconde obligation, *non novandi animo*, que la valeur lui seroit baillée, on ne peut pas l'astreindre à prendre l'argent pour le fonds; parce qu'auparavant la subrogation & la novation faite du consentement des parties, ou par la loi, *aliud pro alio creditori invito solvi non potest*; mais elle ne dit pas que volontairement prenant ce prix pour le fonds, il ne demeure subrogé, & ne soit censé de même nature.

Que s'il y a quelque texte qui semble presser pour nos adversaires, c'est le § *si fundus* de la loi *cùm in fundo, ff. de jure dotium*, où le jurisconsulte semble décider que le fonds dotal évincé, le prix d'icelui demeure bien dotal, *sed ita ut non vice corporis habeatur.* Mais pourtant nous espérons de nous en démêler, si dans l'espece de la loi nous recherchons ce motif de la décision. Nous présupposons donc qu'un des associés ayant constitué en dot à sa fille un héritage de la société, l'autre associé auroit agi contre le mari, pour le partage; mais comme le fonds n'avoit pû se partager commodément, & qu'il auroit aussi fallu recourir à la licitation; bref, qu'en icelle, celui qui demandoit au mari le partage du fonds dotal, en seroit demeuré maître par une enchere plus grande. C'est en ce cas & encore en cas qu'un étranger emporte le fonds, que la portion du prix qui revient à celui qui avoit baillé le fonds en dot, demeure dotale au mari. Mais s'il ne veut pas qu'elle puisse tenir lieu d'immeuble, il n'en donne pas la raison; mais elle procéde de ce que la licitation & adjudication du fonds recule la chose en arriere, & par un effet rétroactif, fait que celui qui étoit propriétaire en commun du fonds se trouve n'y avoir aucune part, & qu'au lieu dudit fonds, il n'est censé avoir constitué en dot que la portion du prix qui lui vient. Il ne faut donc pas s'étonner si par ce moyen l'argent ne passe pas pour immeuble, puisqu'il n'y a point de subrogation, & par l'événement, n'ayant le constituant donné que de l'argent, cet argent ne sçauroit représenter un fonds qui n'est pas censé constitué. Car encore qu'avant le partage ou la licitation, chacun des associés ait sa part au fonds commun, si non actuelle, du moins habituelle, si non par effet, du moins divisément, *saltem pro indiviso, & juris intellectu*, si est-ce pourtant que cela dépend de l'événement du partage, après lequel la loi ne présume pas que la sœur ait eu aucun droit, sinon en ce qui est échû pour le partage, notamment quand

BIU Cujas

l'intérêt d'un tiers ceſſe. En un mot, la licitation donnant le fonds entier à l'un des aſſociés, *pars ſocii beneficio alterius partis acceſſit*, comme dit la loi, *communi*, § *ſi deditor*, *ff. communi dividendo* : ſi bien que cet accroiſſement, ou plûtôt non décroiſſement rétrogradant, par la fiction de la loi, juſques au tems de la conſtitution, c'eſt la même choſe que ſi l'on n'avoit d'abord conſtitué que de l'argent; & partant, il n'y a pas lieu de douter que ce ne ſoit meuble.

Et ne ſemble non plus préjudiciable la loi 3, *C. in quibus cauſis pignus vel hypoth. tacitè contrahitur*, en laquelle il eſt dit, que ſi les fruits ſuivent l'hypothéque du fonds, encore qu'il ne ſoit pas convenu, parce que c'eſt *jure ſoli*, qu'ils ſont perçus; toutefois que la même ſuite n'a pas lieu pour le fonds acquis du prix des mêmes fruits. Car tant s'en faut que cela combatte notre réſolution, qu'il fait plûtôt pour elle, quoi que diſe le docte préſident *Faber*, *de error. Pragm. 61, err. 9*. De fait, ſi le prix qui procede des fruits n'étoit pas ſubrogé, & qu'il ne pût avoir la même hypothéque, c'eſt en vain que l'empereur Alexandre auroit diſputé, ſi cette hypothéque a ſuite pour l'héritage acquis, du prix provenu des fruits. L'un ſuppoſé, ſçavoir, que ſi le prix ne demeuroit hypothéqué, l'autre ne recevroit point de difficulté; & il s'enſuivroit que l'empereur auroit formé une queſtion vaine & de choſe indubitable, ce qu'on ne doit pas préſumer, ſur-tout de l'empereur Alexandre Severe qui fut grand juriſconſulte. Il faut donc inférer que de ce qu'il a diſputé, s'il y a ſuite & hypothéque ſur le fonds acquis, du prix provenu des fruits, c'eſt une conſéquence qu'elle doit être ſur ledit prix. Tout ainſi que s'il n'y avoit point de ſuite ni d'hypothéque ſur les fruits, & que pour iceux on conſidérât plûtôt *jus ſeminis quàm jus ſoli*, il ſeroit fruſtratoire de demander s'il y a hypothéque ſur les deniers qui en procedent. Quoi qu'il en ſoit, quand on accorderoit que le prix n'eſt pas ſubrogé aux fruits, & qu'il ne ſuccede pas toujours à la choſe, par les raiſons que touche le même préſident Faber, & auparavant, le ſieur Tiraqueau, en ſes commentaires ſur le retrait lignager, § 32, gl. premiere; il faudroit pourtant avouer que les fruits n'étant pas encore levés, & faiſant partie du fonds, le prix ſeroit cenſé de même nature, & que le créancier qui le fait ſaiſir, eſt cenſé faire ſaiſir les fruits, comme il lui ſeroit loiſible de le faire. Concluons donc que le prix n'ayant point été reçu, ni conſommé, ni confondu, mais étant encore entre les mains de l'acheteur, il n'a point changé de nature; & s'il procede de choſe immobiliaire, ou cenſée telle, il n'eſt point ameubli, mais eſt réputé comme la choſe même, de laquelle il eſt immédiatement procédé; & en conſéquence, qu'il y a même ſuite d'hypothéque : tout ainſi qu'il appartient à l'héritier immobilier, & que le fils aîné y peut prendre ſon droit d'aîneſſe, comme monſieur Marion, en l'un de ſes plaidoyers, remarque avoir été jugé par arrêt; il doit être cenſé faire part de l'héritage, & en retenir la nature. 10

Voyez à ce propos monſieur le Preſtre, en ſa ſeconde centurie, chap. 52, où il ſemble dire le contraire; ſçavoir, que n'y ayant point de ſaiſie du fonds, les fruits ne paſſent que pour meubles. Mais il faut remarquer que l'arrêt qu'il cotte n'a été donné que pour des arrérages.

OBSERVATIONS.

De la ſéparation des biens d'un défunt, d'avec ceux de ſon héritier.

DAns cette queſtion, l'auteur établit, qu'entre deux créanciers, ſaiſiſſans les revenus d'une terre entre les mains du fermier d'icelle, le créancier du défunt, à qui la terre appartenoit, doit être préféré aux créanciers de l'héritier du défunt. Pour autoriſer ſon ſentiment, il prouve que les fermages d'une terre ſont cenſés immeubles, & faire partie de la terre, juſqu'au jour de l'échéance du payement.

11 Cela eſt dans les régles; mais il ſemble qu'il y auroit une voye plus courte & plus aſſurée pour le créancier du défunt, il n'auroit qu'à demander la ſéparation des biens. Par cette voye, il auroit emporté le prix des fermages, auſſi-bien que la terre; car il eſt certain que la ſéparation des biens, a lieu pour les meubles, auſſi-bien que pour les immeubles.

Dans cette même queſtion, l'auteur dit, que les créanciers de l'héritier n'ont pas le même privilége, ſuivant le § 2 de la loi premiere *de ſeparat.* Sur cela il y a quelque difficulté. Il eſt vrai que ce § n'accorde pas aux créanciers de l'héritier la ſéparation des biens, en vertu du décret du préteur; mais le paragraphe 5 de la même loi leur accorde un autre reméde, par une voye extraordinaire que le préteur a introduite contre ceux qui font fraude à leurs créanciers, ainſi que l'explique la gloſe ſur ce paragraphe.

12 Mais en France, l'uſage & la juriſprudence des arrêts accorde aux créanciers de l'héritier la ſéparation des biens, également comme aux créanciers du défunt. M. le Preſtre, cent. 1, chap. 75, & ſon commentateur établiſſent cet uſage. Brodeau, ſur Loüet, lett. H, chap. 19, nomb. 3, & dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, art. 168, nomb. 8, établit la même juriſprudence.

L'auteur des loix civiles, tom. 2, pag 243, eſt du même avis; il a fait ſur cela une petite diſſertation fort judicieuſe. Boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 3, chap. 7, rapporte un arrêt du parlement de Provence, du 6 avril 1663, qui l'a ainſi jugé.

* M. René Chopin, *de morib. pariſ.* liv. 3, tit. 3, nomb. 4, traite la queſtion dans les véritables principes.

M. Denis le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, chap. 2, tit. 1, nomb. 11 & ſuivans, traite cette matiere. Il a donné dans pluſieurs opinions ſingulieres, entr'autres, que les créanciers de l'héritier ne peuvent demander la ſéparation de ſes biens d'avec ceux du défunt.

BIU Cujas

DES DECRETS.

QUESTION VINGT-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si un dernier créancier peut faire vendre l'héritage acquis par un tiers, & dont les deniers ont été employés au payement des anciens créanciers.*
2. *Raiſons du dernier créancier.*
3. *Raiſons de l'acquéreur.*
4. *Avis de l'auteur, en faveur de l'acquéreur.*
5. *Ce que la raiſon ne peut faire, ſouvent la néceſſité le fait faire.*
6. *Les frais immenſes des décrets & des conſignations, font chercher les moyens de les éviter.*
7. *Arrêt interlocutoire, du 16 juillet 1641, qui ordonne que la maiſon ſera eſtimée.*
8. *Arrêt définitif, du 16 juillet 1642, qui ordonne que le contrat de vente de la maiſon ſera exécuté.*
9. *Un créancier poſtérieur ne peut pas évincer, ni aſſigner en déclaration d'hypothèque un créancier antérieur, qui eſt en poſſeſſion de l'héritage du débiteur commun.*

QUESTION XXIX.

1 *Si le créancier qui n'a qu'une hypothèque poſtérieure à pluſieurs autres, & par conſéquent inutile, peut néanmoins faire vendre impunément l'héritage du tiers-acquéreur.*

PUISQUE nous ſommes ſur les hypothéques, il ne ſera pas hors de propos de toucher un peu leur nature, & d'ouvrir notre ſentiment ſur un point aſſez commun dans la pratique, mais dont l'obſervance nous ſemble choquer la raiſon. On ne peut pas guérir les maux s'ils ne ſont connus; & pour corriger les abus qui ſe ſont gliſſés, il eſt néceſſaire qu'on les découvre.

2 Nous préſuppoſerons donc pour choſe certaine, & qui paſſe pour maxime, qu'une hypothéque n'empêche pas l'autre. Que le fonds qui n'appartient qu'à un ſeul, peut néanmoins être hypothéqué à pluſieurs; bref, que la propriété d'une choſe qui n'a qu'un maître, peut ſouffrir autant d'hypothéques qu'il a fait de créanciers. C'eſt ainſi que parlent nos praticiens; enſuite de quoi ils tiennent que le dernier de tous les créanciers peut faire vendre le fonds qui lui eſt hypothéqué, quoique ſon hypothéque ſoit inutile, & qu'il n'en puiſſe rien eſpérer. Il n'importe, diſent-ils, que les hypothéques précédentes aillent au-delà de ce que le même fonds peut valoir, & que l'acquéreur, en payant le prix, ſe ſoit fait ſubroger en icelles; l'hypothéque des autres ſubſiſte toujours, & il dépend du haſard ſi l'héritage ſe vendra plus ou moins.

3 C'eſt ce que nous n'avons jamais pû bien goûter, étant ſi crûement pris. Quand on dit qu'une hypothéque n'empêche pas l'autre, nous eſtimons que cela ſe doit entendre, en tant que la valeur de l'héritage le peut ſouffrir: car autrement, que peut ſervir une derniere hypothéque, ſi les premieres abſorbent déja la valeur de la choſe hypothéquée? S'il eſt certain que deux ne s'en peuvent pas dire maîtres abſolument & ſolidairement, comment eſt-ce qu'une hypothéque précédente emportant le tout, le débiteur en pourra conſentir une ſeconde ſur un héritage, qui, à dire vrai, n'eſt plus à lui? Car, encore que de droit, celui qui charge ſon fonds d'une hypothéque, ne laiſſe pas d'en retenir la propriété, *l.* 25, §. *ultimo*, *ff. de pignorat. actione l.* 9, *Cod. eodem.* Il ne peut toutefois l'engager & obliger à un autre créancier, qu'il n'ait fait ceſſer le droit du premier, ou que le fonds ne ſoit de plus grande valeur, que la dette de ce premier créancier ne monte; parce que, pour bailler en hypothéque un héritage, il ne ſuffit pas d'en avoir le droit de propriété, il le faut avoir libre, & tel que rien ne puiſſe empêcher la conſtitution d'hypothéque, & la rendre inutile & ſans effet.

Comme il eſt certain que l'hypothéque emporte de ſoi un droit réel, & l'imprime en la choſe hypothéquée; comme il eſt certain qu'elle affecte tellement le fonds, qu'il n'eſt plus au pouvoir du débiteur d'en diſpoſer au préjudice du créancier: auſſi faut-il avouer que l'hypothéque étant une fois créée à la concurrence de la valeur de la choſe, il ne s'y peut plus imprimer aucun droit réel par les hypothéques poſtérieures; ou que s'il s'en fait quelque impreſſion, elle eſt inutile, ou du moins, conditionnelle, c'eſt-à-dire, qu'elle ne ſubſiſte que comme des biens à venir, dont l'hypothéque, qui eſt inutile dès-lors, *domino poſtea creditori quæſito*, prend force & valeur, ainſi qu'il eſt dit *in l.* 1, *l. ſi Titio*, *ff. de pignorib.* De fait, ſi enſuite de ce droit réel que l'hypothéque traîne avec elle, *l. eos C. qui potiores in pignore*, il n'y a partie en la choſe, en laquelle les hypothéques premieres n'ayent fait une impreſſion de leur droit, ſe peut-il que la derniere hypothéque y puiſſe trouver priſe ou aſſiette, pour y faire une pareille impreſſion?

Il faut donc conclure, que pour faire qu'une même choſe ſoit valablement & utilement obligée & hypothéquée à deux, il eſt néceſſaire que la valeur s'étende autant que les hypothéques, ou que la derniere d'icelles ne ſubſiſte que ſous cette condition, ſi l'obſtacle & le droit du premier créancier vient à ceſſer & être levé, *ſi quandoque prioris creditoris vinculum diſſolvatur.* C'eſt ce que le juriſconſulte

BIU Cujas

décide assez clairement *in l.* 15, § *qui res suas*, *ff. de pignorib.* Car après avoir conseillé au débiteur, qui de rechef oblige un fonds déjà hypothéqué, de déclarer qu'il est libre de toutes hypothéques, si ce n'est envers un tel, afin de ne se rendre stellionataire, il restraint de la sorte la seconde obligation, *ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, & ut sit pignori, hypotecæve, id quod pluris est, aut solidum cum primo debito libera res fuerit.* D'où s'ensuit, que si c'est le seul reste qui demeure hypothéqué; où il n'y a point de reste à cause de l'excès des premieres dettes, il n'y peut avoir aucune hypothéque pour la derniere; & comme en ce cas, le débiteur trompe le dernier créancier, en lui dissimulant les premieres hypothéques, aussi commet-il le crime de stellionat, *l.* 16, *l.* 36, *ff. de pignorationib. actione l.* 3, *ff. de crimine stellionatûs*, si ce n'est, dit Ulpien en ladite loi 36, *ff. de pignorat.* que la chose soit ample, & la dette légere, c'est-à-dire, que le drap se puisse étendre pour tous; *quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit*, chose qui le peut satisfaire comme les autres.

N'importe qu'en la loi 20, § premier du même titre, le jurisconsulte *Paulus* dit que *si pluribus res simul pignori datur, æqualis omnium causa est.* Car tant s'en faut qu'on puisse inférer de-là, comme fait Bartole, *rem pluribus posse obligari*, qu'au contraire il résulte de cette loi, que l'obligation & l'hypothéque de la chose ne se peut faire que selon son étendue & puissance. Et c'est pourquoi ayant été hypothéquée à plusieurs créanciers en un même tems, comme cette hypothéque ne subsiste qu'à proportion de ce que la chose vaut, & que l'un n'a pas plus de droit que l'autre; bref, qu'ils ne peuvent pas s'exclure dans ce concours pour le tout, mais avec égalité; aussi faut-il qu'étant égaux, ils se partagent le prix, & le distribuent au sol la livre.

4 Ce fondement présuppose, nous ne jugeons pas raisonnable qu'un tiers-acquéreur, qui a payé les premiers créanciers, & autant, ou plus que le fonds peut valoir, puisse être impunément, & sans apparence de profit, dépossédé par un dernier créancier; & que celui-ci par émulation ou opiniâtreté, plûtôt que par espérance d'en tirer profit, fasse vendre un fonds, sur le prix duquel apparemment il n'y a rien à prendre. Au contraire, nous estimons que l'acquéreur montrant, d'un côté, qu'il a payé le prix de son héritage, à l'acquit des plus anciens créanciers, & soutenant d'autre part, qu'il ne vaut pas davantage, & qu'en effet il l'abandonne pour le même prix, & consent qu'il demeure adjugé pour icelui, le créancier ne peut pas s'opiniâtrer à le faire vendre, sans faire offre de le faire valoir davantage, & se charger des frais, dommages & intérêts qu'il peut causer par une poursuite volontaire & frustratoire. En effet, l'acquéreur d'un héritage vendu pour trois mille livres, ayant payé cette somme, même une plus grande, pour faire cesser les premieres hypothéques, avec subrogation au droit d'icelles, si l'on présuppose que le fonds ne puisse pas valoir davantage, ne peut-il pas dire au dernier créancier qu'il n'a point de droit, que son hypothéque est imaginaire ou du moins inutile, s'il ne soutient que le fonds est de plus grande valeur, ou pour mieux dire, l'acquéreur déclarant qu'il l'abandonne, qu'il consent qu'il demeure au créancier pour la même somme; ne le rend-il pas sans intérêt, comme sans action? N'est-il pas raisonnable, ou que le créancier accepte ses offres, ou se désiste de sa poursuite; ou du moins, s'il fait vendre le fonds, nonobstant cela, & en consomme le prix en frais, qu'il en demeure responsable envers le tiers-détenteur? Outre que l'équité y paroît toute manifeste, qu'il ne faut rien faire sans intérêt, & qu'avec apparence d'en pouvoir tirer avantage. Bref, que par nos loix, *malitiis hominum non est indulgendum.* On peut dire à ce sujet, que comme la plus grande nullité d'un décret est quand il est fait pour chose non dûe, aussi que le créancier qui n'a qu'une vaine hypothéque, & pour laquelle il ne peut rien prendre du prix, venant à faire vendre l'héritage pour icelle, il se trouve l'avoir fait vendre pour chose non dûe, puisque l'événement a fait voir, qu'en effet il n'avoit sujet ni fondement de le faire vendre; qu'il n'avoit aucune hypothéque ni droit réel sur l'héritage; & que cela cessant, aussi-bien que l'action personnelle, c'est mal-à-propos qu'il en a dépossédé le tiers-détenteur.

Ce n'est pas sans raison qu'un ancien cachoit la vérité dans un puits; il vouloit dire qu'il falloit long-tems creuser ou puiser pour la trouver, & l'expérience fait voir, qu'à moins d'en prendre la peine, elle demeure inconnue. C'est ce que nous pouvons assurer au sujet de la question que nous venons de traiter. Car quelque équité qui paroisse d'abord en cette proposition, elle n'a pas laissé d'être rejettée. Nous avons souvent disputé ce point au barreau ou dans les procès par écrit, mais sans fruit; & quelques raisons que nous pussions alléguer, elles ne faisoient point d'impression dans l'esprit des juges. Cette vieille maxime, qu'une hypothéque ne change pas l'autre, avoit pris de si fortes racines, que nous ne pouvions pas l'arracher de leur esprit. Sans entrer dans le raisonnement, ni peser les inconvéniens que cet usage traînoit, on se contentoit de le suivre, & l'on croyoit que s'il y avoit quelque rigueur ou injustice, elle se devoit attribuer au malheur d'un acquéreur. Comme si l'on pouvoit lui imputer à faute d'avoir acheté l'héritage ce qu'il valoit, & d'en avoir payé le prix aux plus anciens créanciers, avec cession de leurs droits. Mais enfin ce que la vérité seule n'a pû faire connoître, la nécessité l'a fait; & c'est un 5
avantage qu'on doit aussi-tôt référer à la misére du tems, qu'à la force de la raison.

Nous voulons dire que les dépenses de la guerre 6
ayant obligé le roi à faire beaucoup d'édits, & à créer, ou de nouveaux offices, ou de nouveaux droits, on a aussi cherché les moyens de s'en exempter. Comme donc on a vû qu'on avoit tant imposé de droits sur les deniers qui procédent des biens vendus par décret, & qui sont consignés; & qu'en effet, on ne pouvoit faire décréter un héritage, que le tiers du prix, & quelquefois plus, ne demeurât pour les frais, on a tâché d'éviter cela. C'est ce qui a obligé les acquéreurs de s'y roidir davantage; & c'est aussi ce qui a fait mieux goûter aux juges le raisonnement que nous venons de toucher. La cour y a pourvu par sa puissance, & depuis qu'elle a franchi l'obstacle que pouvoit faire une vieille erreur, les juges subalternes ont hardiment suivi ses vestiges. C'est ainsi qne la raison & la vérité emportent à la fin l'avantage; c'est ainsi que leur lumiere se fait connoître, & nous contraint d'avouer qu'il ne faut pas tout donner à l'usage. Quelque autorité qu'il s'attribue, la raison doit être plus forte; elle doit aussi prévaloir au pouvoir que le tems s'acquiert. Autrement il s'ensuivroit qu'il ne faudroit plus raisonner, & que semblables aux bêtes de compagnie, nous n'aurions qu'à suivre le chemin qu'on a montré, sans s'enquérir du meilleur.

ARRÊT.

BIU Cujas

ARRÊT.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A notre sénéchal de Lyon ou son
7 lieutenant, Salut. Sçavoir faisons, comme le jour & date des présentes, comparans en notre cour de parlement le sieur Jean Chastaignier, bourgeois de notre ville de Lyon, appellant de deux sentences rendues par notredit sénéchal de Lyon ou son lieutenant, le 7 juillet & 18 août 1640, d'une part; & Pierre-Eustache, Antoine-Pierre, & Pierre Roland, intimés, d'autre; & M. Matthieu de Seve, sieur de Saint-André, notre conseiller, président & trésorier général de France audit Lyon, curateur des enfans mineurs de défunt Philippes de Seve, & Luc de Seve, sieur de Charly, demandeurs aux fins de la requête par eux présentée à notredite cour le 5. jour de dernier, afin d'être reçus parties intervenantes en ladite cause d'appel, & soutenant que le contrat fait audit appellant doit être exécuté, d'une part; & lesdits Eustache, Antoine, & Pierre Roland, défendeurs, d'autre; sans que les qualités puissent nuire ni préjudicier aux parties. Après que Lambin, pour l'appellant, a dit que l'intimé fait les poursuites dont il s'agit, plûtôt par haine & animosité que non pas pour son intérêt particulier, attendu qu'il ne peut prétendre de pouvoir retirer aucune somme de deniers de la vente par décret de la maison dont il est question, puisqu'il est dernier créancier du saisi, & que ceux qui ont traité avec l'appellant sont précédens, & pour des sommes qui excedent la valeur de la maison de beaucoup; & partant, qu'il n'est recevable à impugner le contrat d'acquisition qu'il a fait de ladite maison, puisque tous les autres créanciers l'accordent, sous les offres qu'il fait, qu'il soit procédé à l'estimation de ladite maison; & en cas qu'il se trouve qu'elle soit estimée à plus haut prix qu'il ne l'a achetée, il offre de payer le surplus au profit des créanciers venans en ordre utilement; & au contraire, s'il se trouve que ladite maison soit moins prisée, il offre d'exécuter son contrat : Que tout ce qu'il en a fait a seulement été pour le bien des créanciers, voulant empêcher les frais des consignations & décret; partant, conclut à mal jugé. Et en émendant, que le contrat dont est question sera exécuté selon sa forme & teneur. Et Deschamps, pour les intervenans, a conclu en son intervention. Deffita, pour l'intimé, a dit, que la maison dont est question a été vendue à très-vil prix, parce qu'il est constant qu'elle est affermée à la somme de quatre mille livres par chacune année, & néanmoins, elle n'a été vendue que la somme de soixante-huit mille livres, & par ce moyen il y a vilité de prix, & par conséquent, contre les termes de l'ordonnance, puisqu'il a saisi réellement, & établissement de commissaire, vente judiciaire doit être poursuivie; partant, conclut à bien-jugé. Talon, pour le procureur général du roi, a dit, que suivant les termes exprès de l'ordonnance, il n'y a de difficulté que la maison dont est question doit être décrétée, puisque le saisi a eté dépossedé d'icelle, en vertu de la saisie réelle, & établissement de commissaire. Mais il est véritable, comme il y a de l'apparence, si on considere les dates, que l'intimé est dernier créancier pour une somme modique de quatre cens livres, pour raison de laquelle il ne peut espérer de venir en ordre. C'est une mauvaise foi toute évidente en lui, de vouloir obliger tous les autres créanciers qui sont d'accord, à faire décréter ladite maison; de sorte qu'il y avoit lieu d'ordonner qu'on procéderoit à l'estimation de ladite maison; procès verbal rapporté, être ordonné ce que de raison. Notredite cour a reçu & reçoit la partie de Lambin, appellante de la sentence de subrogation, l'a tenue pour bien relevée; & auparavant y faire droit, ensemble sur le premier appel, a ordonné & ordonne que les parties, ensemble les créanciers comparoîtront pardevant notredit sénéchal de Lyon ou son lieutenant, autre que celui dont est appel, pardevant lequel elles conviendront d'experts & gens à ce connoissans, pour visiter & estimer la maison dont est question; autrement, & à faute de ce faire, en sera par lui nommé d'office; pour le procès-verbal de ladite estimation, contestations & offres des parties rapportés, être ordonné ce que de raison. Si vous mandons qu'à la requête dudit Chastagnier, le présent arrêt mettre à dûe & entiere exécution, selon sa forme & teneur. De ce faire vous donnons pouvoir; & au premier notre huissier ou sergent sur ce requis, faire tous exploits requis & nécessaires pour l'exécution des présentes. Donné à Paris en notre cour de parlement, le seizieme jour de juillet, l'an de grace mil six cens quarante-un, & de notre regne le trente-deuxieme. *Signé*, GUYET.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre M. Jean Chastagnier, bourgeois de la 8
ville de Lyon, appellant de deux sentences rendues par le sénéchal dudit Lyon ou son lieutenant, les 7 juillet & 18 août 1640, d'une part; & Pierre-Eustache, Antoine-Pierre & Pierre Roland, intimés, d'autre; & encore M. Matthieu de Seve, sieur de Saint-André, conseiller, président & trésorier général de France audit Lyon, curateur des enfans mineurs de défunt Philippes de Seve, & dudit de Seve, sieur de Charly, demandeur aux fins de la requête par lui présentée à la cour le 5 1641, afin d'être reçu partie intervenante en ladite cause d'appel, & à soutenir que le contrat fait audit appellant doit être exécuté, d'une autre part; & lesdits Eustache, Pierre & Pierre Roland, défendeurs, d'autre, sans que les qualités puissent préjudicier. Après que Lambin, pour l'appellant & intervenant, est demeuré d'accord avec Deffita, avocat des intimés, de l'appointement recité par Talon, procureur général du roi. La cour a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé, au néant; en émendant, a ordonné & ordonne que le contrat de vente de la maison dont est question sera entretenu, sans préjudice des droits de préférence & hypothéque sur le prix, & sans dépens. Fait en parlement le quatorze juillet mil six cens quarante-deux. *Signé*, GUYET.

Ensuite du premier arrêt, ayant été procédé à l'estimation de la maison, & par le rapport des experts s'étant trouvé qu'elle avoit été vendue son juste prix, la vente a été confirmée par le second arrêt qui depuis a servi de regle en plusieurs rencontres. Car encore que ce soit par forme d'expédient & d'appointé qu'il a été rendu, il ne laisse pas d'être aussi considérable, que s'il avoit été donné avec plus de contredit. D'autant que ce second arrêt n'est qu'une suite du premier, & c'est de ce préjugé qu'il tire sa force. La cour ayant une fois prononcé, que la maison seroit estimée, c'étoit une conséquence que l'estimation feroit valoir ou casser la vente; qu'elle confirmeroit le contrat, ou qu'elle obligeroit l'acquéreur à s'en départir, au défaut

BIU Cujas

de vouloir suppléer le juste prix. Aussi, le saisissant n'ayant plus osé insister à sa saisie & à son appel, n'ayant plus voulu se roidir contre le contrat, tant s'en faut que son consentement rende l'arrêt moins considérable, qu'au contraire, c'est parlà qu'il l'est davantage. Et si monsieur l'avocat général sembloit faire difficulté sur la force de la saisie & de l'établissement de commissaire, il faut inférer de-là, que la saisie cessant, le droit d'un tiers-acquéreur seroit encore plus favorable, qu'il peut être moins dépossedé; ou que s'il le peut être, c'est en lui baillant caution des dommages & intérêts qu'on lui peut causer.

OBSERVATIONS.

Si un dernier créancier peut faire vendre l'héritage de son débiteur, dont un plus ancien créancier que lui est en possession.

DAns cette question, l'auteur établit, qu'un créancier postérieur ne peut pas faire vendre l'héritage de son débiteur, sur un tier-acquéreur, qui a payé le prix de son acquisition aux anciens créanciers, & dont la créance excede la valeur de l'héritage.

L'auteur dit, que ce que la raison n'avoit pû introduire, la nécessité l'a fait, pour éviter les frais exorbitans des décrets.

9 Cependant, quoique les frais soient encore aujourd'hui plus grands qu'ils n'étoient du tems de l'auteur, les juges souffrent avec peine que l'on arrête le cours & les poursuites des décrets; par ce que, par ce moyen, l'on empêche les instances d'ordre, dans lesquelles il y a beaucoup de profit à faire pour les juges, aussi-bien que pour les greffiers, & pour les receveurs des consignations, dont les intérêts ne sont pas indifférens.

Par la même raison qu'un créancier postérieur ne peut pas faire vendre l'héritage sur le tiers-acquéreur, dont les deniers ont été employés au payement des anciens créanciers, il ne peut pas non plus l'évincer ni le faire assigner en déclaration d'hypothéque, suivant la loi *creditor 12, ff. qui pot. in pign. vel hypot. hab.* & la note de Godefroy sur cette loi.

DU DROIT DES ANCIENS CRÉANCIERS.

QUESTION TRENTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si un ancien créancier est recevable à demander en payement les héritages de son débiteur, saisis réellement.*
2. *Raisons pour l'empêcher.*
3. *Raisons pour le faire ordonner.*
4. *Les législateurs changent de régle, suivant les tems.*
5. *L'usage des décrets est fondé sur le titre du code,* de jure dominii impetrando.
6. *Arrêt du 19 janvier 1647, qui ordonne que la maison demeurera à l'ancien créancier, suivant la prisée.*
7. *Arrêt du 28 juin 1647, qui ordonne qu'il sera procédé à la vente par licitation.*
8. *Arrêt du 7 avril 1648, qui ordonne qu'une maison demeurera à l'ancien créancier pour la somme de quatre mille livres.*
9. *Arrêt du 2 mars 1648, qui ordonne que les biens saisis seront estimés & baillés à l'ancien créancier, suivant le jour de l'estimation.*
10. *Autre arrêt du 30 avril 1649, qui ordonne la même chose que le précédent.*
11. *Conditions nécessaires, pour demander par un ancien créancier les biens saisis.*
12. *Au parlement de Paris, les derniers créanciers n'ont point de reméde pour empêcher la vente par décret des biens de leur débiteur.*
13. *Du droit d'offrir, c'est un reméde pour les derniers créanciers; il est en usage dans les parlemens de droit écrit.*
14. *Il y a peu de fond à faire sur les arrêts de Lapeyrere.*
15. *Le droit d'offrir n'est pas en usage dans les pays de droit écrit du parlement de Paris.*

BIU Cujas

QUESTION XXX.

1 *Si un ancien créancier ſe peut payer par préférence, en prenant l'héritage au dire d'experts.*

2 CETTE queſtion n'eſt qu'une ſuite de la précédente, & elle ne fait que la confirmer, & même en termes moins favorables. Il eſt bien plus aiſé qu'un acquéreur, & qui eſt ſubrogé aux plus anciennes dettes du vendeur, ſe conſerve l'héritage qu'il poſſede, & qu'il empêche la vente, que n'étant que créancier, il s'en ſaiſiſſe, & le prenne en payement de ce qui lui eſt dû. Au premier cas, il ne fait que ſe conſerver un droit acquis, & c'eſt par voye d'exception qu'il repouſſe ceux qui le veulent troubler. Mais au ſecond cas, n'étant que créancier, & n'ayant point le droit de propriété, il ne ſemble pas qu'il ſoit préférable aux autres. Car encore qu'il ſoit plus ancien créancier, cela ne lui donne avantage que pour être payé le premier ſur le prix de l'héritage : Et comme il n'a point de droit de propriété, auſſi ſemble-t-il qu'il ne peut empêcher la vente, & qu'on lui peut oppoſer que l'héritage venant à ſe vendre, on pourra le faire valoir; que ceux mêmes qui n'y ont point d'intérêt pourront faire des encheres.

3 Pourtant, on a jugé le contraire, & avec beaucoup d'équité; car puiſque toutes choſes ſe meſurent par l'intérêt, il ſuffit que le plus ancien créancier prenne l'héritage pour ce qu'il vaut, & qu'il peut être eſtimé. Outre qu'on ne préſume pas que l'héritage ſe puiſſe vendre au-delà de l'eſtimation, on a introduit cela pour éviter les grands frais qu'un décret cauſe. On ne peut faire vendre des biens par décret, que les frais des criées & de la diſtribution n'en emportent plus du tiers. De ſorte qu'il eſt vrai de dire que la vente par décret de quelques héritages, eſt un gouffre, où non-ſeulement le débiteur, mais encore preſque tous les créanciers font naufrage. Cela n'eſt que trop connu, à cauſe même des grands droits qui ſont attribués au receveur des conſignations, & à ſon contrôleur. C'eſt à quoi la cour a voulu pourvoir par ſa prudence ordinaire, & par une juriſprudence nouvelle, ayant jugé à propos de faire ce que les anciens légiſlateurs ont toujours fait, qui eſt de changer de regles, ſelon que les choſes changent, & de
4 s'accomoder aux tems. C'eſt imiter les pilotes, qui plient ou étendent les voiles ſelon les vents.

Au reſte, on peut appliquer à ce ſujet le titre du
5 code *de jure dominii impetrando*, ſuivant lequel le créancier, au défaut d'être payé, pouvoit demander au prince d'être fait maître des fonds ſur leſquels il avoit ſon hypothéque; & il obtenoit cela, ne ſe préſentant aucun qui fît la condition meilleure, & en offrît davantage. On peut voir à ce ſujet la loi *eleganter ff. de pignorat. action. ſi is qui in alienum, § ult. ff. de acquir. rerum domin. l. debitor, ff. ad ſenat. Trebellian.* & la loi derniere, *ff. ſi in cauſa judicati pignus captum ſit.*

Arrêt notable, donné au profit des plus anciens créanciers, & parties ſaiſies, pour éviter les frais de criées.

Extrait des regiſtres du parlement.

ENTRE demoiſelle Magdeleine de Raſle, fille
6 majeure, donataire de meſſire Matthieu de Raſle, ſon pere, gouverneur pour le roi des villes & château de Rethel, qui avoit droit par tranſport de M. Pierre Mangard, avocat au conſeil privé du roi, & ledit Mangard, de René Siette, ingénieur ordinaire du roi, & de Charles de Sainte Marie, lequel Siette avoit auſſi les droits de meſſire François de Monteſcot, conſeiller du roi en ſes conſeils, maître des requêtes ordinaire de ſon hôtel, à cauſe de dame Marguerite Simon, ſa femme, demandereſſe en exécution d'arrêt du 18 août dernier, d'une part; & Robert Vaudoyer, maître maçon à Paris, Daniel le Couſteux, marchand drapier, bourgeois de Paris, Guy Baltaſard Bachelier, & demoiſelle Jeanne Bachelier ſa ſœur, Etienne & Matthieu Calons freres, maîtres bourſiers à Paris, légataires de maître Alexandre de la Nohe, Maurice de la Grange, & Marie Favin, veuve en dernieres nôces de défunt maître Gilbert, & auparavant, de Salomon Marcou, vivant, lieutenant au gouvernement de la Baſtille, créancier de la ſucceſſion de maître Ancelot Favin ſon frere, vivant, receveur des tailles à Montfort, & oppoſans aux ſaiſies réelles, criées, ventes & adjudication par décret, de la maiſon & héritages ſaiſis ſur ledit Favin, à la requête dudit Mangard, & Jean Laigneau, bourgeois de Paris, curateur créé à la ſucceſſion vacante dudit Favin, défendeur, d'autre part. Vû par la cour ledit arrêt du 18 août, de l'exécution duquel eſt queſtion. Procès verbal du 23 août dernier, & autres jours ſuivans; de l'un des conſeillers de ladite cour, commis en exécution dudit arrêt; ledit procès verbal contenant les comparutions, dires, & réquiſitions de ladite le Raſle, à ce que ledit arrêt fût déclaré commun avec leſdits défendeurs, & en conſéquence, ordonner, que conformément à icelui, la moitié reſtante d'une maiſon & héritage, ſiſe au bourg & terroir de Charenton, appartenante à la ſucceſſion vacante dudit défunt Ancelot Favin, demeureroit à ladite le Raſle, comme plus ancienne créanciere, pour la priſée, & eſtimation qui en ſera faite par experts, dont les parties conviendroient, ſi mieux n'aiment leſdits défendeurs faire adjuger ladite maiſon, & héritages à ſi haut prix, que ladite le Raſle puiſſe être payée de ſon dû, tant en principal, intérêts, que dépens, & frais deſdites ſaiſies & criées, leſdits défendeurs condamnés ès dommages, intérêts & dépens; comme auſſi des comparutions, dires & conteſtations deſdits Marie Favin, Vandoyer, Calons, le Couſteux & Laigneau, curateur, & l'oppoſition formée à l'exécution dudit arrêt, par leſdirs Favin, Vaudoyer, le Couteux & Calons; ledit procès verbal contenant auſſi les défauts donnés contte leſdits Bachelier & la Grange, dont ledit conſeiller avoit donné acte, & ordonné que ledit arrêt du 18 août, ledit procès verbal, & ce que bon ſembleroit aux parties, ſeroit mis par devers lui dans trois jours, pour en faire rapport à la cour : Signification dudit procès verbal, & productions deſdits le Raſle, Calons, Favin & Laigneau; ſommations de produire par leſdits Vaudoyer, le Couſteux, Bachelier & la Grange: Contredits deſdits le Raſle & Calons; requête de lad. Favin, employée pour contredits: Autre requête de ladite le Raſle employée pour ſalvations; forcluſions de fournir de contredits par leſdits Vaudoyer, le Couſteux, Bachelier, de la Grange, & Laigneau, ſuivant l'arrêt du dix-ſeptieme avril dernier : Production nouvelle de ladite Favin, contredits fournis contre icelle par ledit le Raſle : Acte de diſtribution de

BIU Cujas

l'inſtance. Et tout conſidéré, dit a été, que ladite cour, ſans s'arrêter à l'oppoſition de ladite Favin, portée par l'acte du 7 octobre 1645, & à celles deſdits Calons, Vaudoyer, le Couſteux, Bachelier, & la Grange, qui n'ont produit, dont on les a déboutés, ordonne que l'arrêt du dix-huitieme août ſera commun avec eux; ce faiſant, la moitié de ladite maiſon & héritages ſitués à Charenton, de la ſucceſſion vacante dudit Ancelot Favin, dont eſt queſtion, demeurera à lad. le Raſle, comme plus ancienne créanciere, pour la priſée & eſtimation qui en ſera faite par experts, & gens à ce connoiſſans, dont les parties conviendront dans quinzaine, pardevant le conſeiller rapporteur, du préſent arrêt, autrement ſeront nommés d'office, ſi mieux n'aiment leſdits oppoſans faire adjuger ladite moitié de maiſon & héritages à ſi haut prix, que ladite le Raſle puiſſe être payée de ſon dû, tant au principal qu'intérêts, frais & dépens, & des ſaiſies & criées, ce qu'ils opteront dans huitaine, après la ſignification du préſent arrêt à leur procureur, autrement déchûs, & l'option référée à ladite le Raſle; ſauf audit Matthieu & Etienne Galon ſe pourvoir ſur l'appel de ladite ſentence du 17 août 1644, interjettée par ledit défunt Ancelot Favin, pendant en ladite cour, en la troiſieme chambre des enquêtes, pour leur être fait droit, ainſi qu'il appartiendra, ſans que le préſent arrêt leur puiſſe faire aucun préjudice, ſans dépens. Pourra néanmoins ladite le Raſle employer ceux par elle faits en frais de criées. Prononcé le 19 janvier 1647. *Signé*, DU TILLET.

Au journal des audiences du parlement, & ſur la fin, il y a un arrêt du lundi 8 janvier 1646, par lequel il a été jugé, que quand un débiteur eſt inſolvable, & que ſes biens ſe conſommeroient en frais de criées & de conſignation ils doivent être pris & délivrés aux créanciers qui les veulent prendre pour payement de ce qui leur peut être dû: Et que quand même il y auroit ſaiſie réelle & criées commencées, on en peut empêcher le cours. Cet arrêt eſt confirmatif de cette nouvelle juriſprudence que nous avons touchée, & il eſt fondé ſur une même équité.

Depuis, & outre l'arrêt obtenu par Magdeleine le Raſle, on nous a fait part de quatre autres confirmatifs de la même juriſprudence, & qui ſont fondés ſur le même motif, d'éviter les frais des décrets qui ne ſont que trop grands. Peut faire à ce propos le titre du code *de jure dominii impetrando*, & l'on ne peut pas choiſir un meilleur moyen, que de faire enſorte qu'en dépouillant le débiteur, il ſoit acquitté envers les créanciers.

Extrait des regiſtres du parlement.

7 ENTRE André Dulaurent demandeur en requête du 23 mai dernier, d'une part, & Louis Theandre Chartier, & dame Eliſabeth Teſſier, ſa femme, François Girard, dame Catherine de Pars, veuve de M. Jean le Jay, vivant, avocat en la cour, défendeur, d'autre. Et encore entre ledit Girard, demandeur en requête du 13 juin dernier, d'une part, & leſdits Dulaurent, Chartier & ſa femme, de Pars, & de M. Jean de Loynes, commiſſaire aux ſaiſies réelles, défendeur, d'autre. Vû par la cour ladite requête dudit Dulaurent, dudit 23 mai, à ce qu'il fût ordonné que la maiſon ſiſe en l'iſle Notre-Dame, où pend pour enſeigne l'image ſaint François, dépendant de la communauté d'entre ledit Dulaurent, & défunte dame Eliſabeth Teſſier, & ſans préjudice des droits & actions d'icelui Dulaurent, à l'encontre deſdits Chartier & ſa femme, ſeroit vendue & adjugée par forme de licitation, après trois publications faites au prône de l'égliſe de ſaint Louis de ladite iſle Notre-Dame, & ce, à la barre de la cour, pardevant l'un des conſeillers de la cour, de quinze en quinze, au jour qu'il ordonneroit, & ſans aucune remiſe, pour en jouir, par l'adjudicataire, en pleine propriété incommutablement, à la charge de payer, par ledit adjudicataire, ſur le prix de la vente, la ſomme de 3300 livres, aux heritiers de défunt M Friſſart, pour le rachat de 180 livres de rente par chacun an, & les arrérages qui ſe trouveront lui être dûs, & leurs frais, ſi aucuns leur étoient dûs, à M. Guillaume Meſſager, avocat en la cour, la ſomme de 1800 l. pour le rembourſement du ſort principal de la rente de cent livres à lui dûe, & les arrérages & frais, ſi aucuns lui étoient dûs; à M. Honoré Bayen, procureur en la cour, les ſommes de 219 livres 13 ſ. & 109 liv. 6 den. contenus en l'exécutoire du 30 mai 1642, auquel exécutoire étoit compris 135 liv. qui étoient dues audit Bayen par ledit Dulaurent, & ladite défunte Teſſier, & des intérêts de ladite ſomme, a compter du 13 ſeptembre audit an, & de la ſomme de 151 liv. 2 ſols, contenue en l'exécutoire du 20 Janvier 1645 & des frais par lui faits en exécution des arrêts & exécutoires par lui obtenus, que des dépens à lui dûs, & cédés par ledit Dulaurent, & à lui adjugés par ſentence du 6 août 1642, confirmée par arrêt du 7 ſeptembre 1643, Et ..... Darvoy ayant droit par tranſport dudit Dulaurent, de la ſomme de 549 liv. 5 ſ. à quoi ſe montent les ſommes à lui adjugées par ladite ſentence du 6 août 1642, confirmée par ledit arrêt du 7 ſeptembre, & des intérêts échus depuis lad. ſentence, & autres charges, dont ladite communauté étoit chargée; & des dettes que led. Chartier, & ſa femme en peuvent avoir payées, auſſi avec les intérêts & frais, & des frais qu'il conviendra faire, pour parvenir à ladite vente & adjudication compriſe, ſans que l'adjudicataire ſoit tenu de payer aucuns frais: & le ſurplus deſd. deniers provenans de la vente, ſi aucuns ſe trouvoient, demeureroit entre les mains de l'adjudicataire, qui en feroit intérêt au denier dix-huit, lequel intérêt ſeroit baillé moitié audit Dulaurent, & l'autre moitié audit Chartier, & ſa femme, comme étant au lieu, & ayant acquis les droits de M. Bonneau, notaire au châtelet, légataire univerſel de ladite Teſſier, à la charge d'entrer par l'adjudicataire de lad. maiſon, en jouiſſance au jour S. Remy prochain, leſquels paiemens l'adjudicataire ſeroit tenu faire à tous leſd. créanciers, huitaine après l'adjudication, & que faute de faire bail par leſdits Chartier & ſa femme, conjointement avec ledit Dulaurent dans huitaine, à compter de la date de ladite requête, que bail ſeroit fait pardevant le conſeiller rapporteur, des deux autres maiſons, l'une ſiſe à Clignancourt, jardins & dépendances, & l'autre à Paris, rue Traverſine, pour y entrer pareillement en jouiſſance au jour S. Remy prochain, à la charge de bailler & payer la moitié deſdits loyers audit Dulaurent, & l'autre auſdits Chartier & ſa femme, le tout en attendant que partage ſoit fait entre les parties, & ſans préjudice de leurs droits les uns contre les autres, & défenſes au contraire; à vuider leſdits lieux, y ſeront les locataires contraints, & leurs meubles mis ſur le carreau, nonobſtant les ſaiſies de ladite de Pars, & baux faits ſur les ſaiſies, comme n'étant que créanciere deſdits Chartier & ſa femme, & en cas d'empêchement ou conteſtation de la part d'iceux Chartier & ſa femme, ou leurs créanciers, que de ceux de la communauté, que ledit Dulaurent demeureroit, du jour dudit empêchement, déchargé des arrérages deſdites rentes, intérêts & frais, &

BIU Cujas

en outre celui qui feroit ledit empêchement ou conteſtation, condamné aux dommages & intérêts dudit Dulaurent : Appointement à mettre : production des parties, ladite requête dudit Girard, dud. 13 juin, à ce qu'acte lui fût donné de ce qu'il offroit vuider & ſortir de la maiſon ſiſe en l'iſle Notre-Dame, au jour ſaint Remi prochain, ſuivant la demande dudit Dulaurent, & en ce faiſant, qu'il fût déchargé d'un quartier qui reſtoit à expirer de ſon bail, qui écherroit au 31 décembre prochain, enſemble Meuland, marchand, duquel il avoit le droit, & outre, que conformément à l'arrêt du 23 février 1605, leſdits Dulaurent, Chartier, de Pars, & de Loynes, ſeront tenus d'alouer, ou conteſter les quittances dudit Girard, des loyers qu'il avoit payé de ladite maiſon, dans trois jours, ſinon elles demeureroient pour allouées, & que les frais que ledit Girard feroit en l'inſtance, & pour faire allouer & paſſer leſdites quittances, lui ſeroient rembourſés, & déduits ſur les loyers de lad. maiſon : défenſes deſdits de Loynes; Dulaurent & de Pars : répliques, appointemens à mettre, & joint; productions de Girard & de Pars : Requête dudit Dulaurent, employée pour production; ſommation de défendre par leſdits Chartier & ſa femme, de produire par eux, & par ledit de Loynes; requête dudit Bayen, à ce qu'acte lui fût donné de ce qu'il conſentoit l'entérinement de la requête dudit Dulaurent; ce faiſant conformément à icelle, qu'il ſeroit, par l'arrêt qui interviendroit, ordonné que ledit Bayen ſeroit payé des ſommes mentionnées aux exécutoires & arrêts par lui obtenus, tant à l'encontre dudit Dulaurent, que deſd. Chartier & ſa femme; enſemble des frais & dépens adjugés par lad. Sentence confirmée par led. arrêt du 7 ſeptembre 1643, intérêts, frais, & dépens faits en exécution deſdites ſentences, arrêt & exécutoire; Ladite requête miſe au ſac : Oui le rapport du conſeiller de la cour, auquel auroit été ordonné que les parties parleroient ſommairement; & tout conſidéré : La cour a ordonnné & ordonne, qu'à la diligence de lad. de Pars, il ſera procédé inceſſamment à la vente par licitation de la maiſon ſiſe en l'iſle Notre-Dame de cette ville de Paris, où pend pour enſeigne l'image S. François, au plus offrant & dernier encheriſſeur, à la barre de la cour, pardevant le conſeiller rapporteur du préſent arrêt, après trois publications faites de quinzaine en quinzaine, pour en jouir par l'adjudicataire au jour ſaint Remy prochain, & les deniers de l'adjudication payés par ledit adjudicataire aux créanciers de la communauté d'entre leſdits Dulaurent, & feu Eliſabeth Teſſier ſa femme, deſquels ledit Dulaurent ſera tenu bailler état dans trois jour audit Chartier & ſa femme, & ce qui reſtera deſdits deniers, payé par ledit adjudicataire auſdits Dulaurent, Chartier & ſa femme, ou aux créanciers, les frais de juſtice préalablement pris, ſelon & ainſi que par la cour ſera ordonné, même ceux des ſaiſies, & criées faits par ladite du Pars : à cette fin, leſdits créanciers mettront leurs piéces & titres pardevers ledit conſeiller dans huitaine, pour être leur dû liquidé, & dont ſera dreſſé procès-verbal; ce faiſant, demeureront leſdits Girard & Meulan déchargés du bail judiciaire pour le terme du loyer de ladite maiſon, qui écherra au dernier décembre prochain, & ſuivant l'arrêt du 23 février 1641, leſdits Dulaurent, Chartier & ſa femme, de Pars & de Loynes, ſeront tenus d'allouer ou conteſter les quittances dudit Girard, des loyers par lui payés de ladite maiſon, dans trois jours; autrement & à faute de ce faire, demeureront pour allouées, ſauf à faire droit ſur les frais qu'il conviendroit faire audit Girard, pour l'allocation de ſeſdites quittances; comme auſſi ſera inceſſamment procédé pardevant le conſeiller, au bail judiciaire des deux autres maiſons, ſiſes, l'une en cette ville de Paris, rue Traverſine, & l'autre au village de Clignancourt, pour y entrer par le fermier judiciaire au jour ſaint Remy prochain, & ce qui ſera fait & ordonné par led. conſeiller, exécuté nonobſtant oppoſitions & appellations, & ſans préjudice d'icelles, ſans dépens; ſeront néanmoins les frais du préſent arrêt pris ſur les premiers deniers qui proviendront de ladite vente, comme frais privilégiés. Prononcé le vingt-huit juin 1647. Signé, du Tillet.

Extrait des regiſtres de la cour de parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France 8
& de Navarre : A notre bailli & prévôt de Blois, leurs lieutenans, ou premier des conſeillers audit ſiége ſur ce requis, Salut. Comme le jour & date des préſentes, comparans en notre cour de parlement, damoiſelle Marthe de la Rouſſiere, autoriſée par juſtice, au refus de Nicolas le Picard, écuyer, ſieur du Mont, ſon mari, ayant renoncé à la ſucceſſion de défunt Philippes le Comte, Ecuyer, ſieur de la Gueriniere, ſon couſin, fils de Jean le Comte, & de damoiſelle Eſther de Chaurais; ladite Eſther héritiere de défunte damoiſelle Marie Nantier, veuve au jour de ſon décès de défunt Martin de Chaurais, écuyer, ſieur de Cherperrine, & premier maître des comptes en la chambre de Nantes, demeurant à Blois, ſon ayeul; laquelle Marie Nantier étoit héritiere de Florimonde Nantier ſa ſœur, & à celle de défunt François de la Rouſſiere, vivant écuyer, ſieur de la Chicquetiere, ſon pere, & héritiere pure & ſimple de défunte damoiſelle Anne Bigot ſa mere, fille aînée, & principale héritiere de défunte damoiſelle Marie de Chaurais, femme au jour de ſon décès de défunt Jacques Bigot, écuyer, ſieur de la Babiniere; icelle Marie de Chaurais, légataire de lad. Florimonde Nantier ſa grand'tante, demandereſſe en exécution des arrêts de notredite cour, des 14 août 1638, 5 mai 1640, 26 mars 1641, 28 avril 1643, 19 & 26 août 1645, ſuivant l'exploit du 25 ſeptembre 1644, d'une part; & maître Jean Charlemagne, tréſorier-payeur de la gendarmerie de France, détenteur d'une maiſon ſiſe en la ville de Blois, provenue en la ſucceſſion de ladite Marie Nantier, laquelle étoit héritiere de ladite Florimonde Nantier ſa ſœur, ſiſe rue de la Juifverie, défendeur, d'autre; & entre ledit Charlemagne, demandeur en ſommation aux fins de l'exploit du 27 octobre 1645, d'une part; & maîtres Henry & Simon Manquins, héritiers, & biens tenans de défunt maître Noël Manquin, & Marie Puzellat, leurs pere & mere, défendeurs, d'autre; & entre leſdits Manquins, demandeurs en contre-ſommation, ſuivant l'exploit du 14 décembre audit an 1645, d'une part; & maître Jacques Bauldry, lieutenant des eaux & Forêts du comté de Blois, défendeur, d'autre, ou les procureurs des parties. Vû par notredite Cour leſdits arrêts, de l'exécution deſquels eſt queſtion, ledit exploit du 25 ſeptembre, & demande de ladite de la Rouſſiere, à ce que ladite maiſon, ſiſe à Blois, poſſédée par ledit Charlemagne, circonſtances & dépendances, fût déclarée affectée, & hypothéquée au payement

BIU Cujas

des ſommes de 4500 livres, frais & dépens, d'une part, & de 333 écus un tiers, évalués à la ſommes de 1000 livres, d'autre, enſemble aux intérêts deſdites ſommes, à raiſon de l'ordonnance, à compter, ſavoir de ladite ſomme de 4500 livres, depuis le 27 avril 1589 jour du décès de ladite Marie Nantier, & de ladite ſomme de 1000 livres auſſi à compter du jour du décès de ladite Florimone Nantier, advenu en l'année 1589, environ le mois de ſeptembre, leſdites deux ſommes données & léguées par leſdites Florimonde & Marie Nantier, auſdites Marie Chaurais, & Anne Bigot, ayeule & mere de ladite de la Rouſſiere, par teſtament, donation entre-vifs, & codicile des 29 mars 1585, 28 mars 1586, 5 mars 1588 & 16 avril 1589, ce faiſant, ledit Charlemagne condamné payer à ladite de la Rouſſiere leſdites ſommes & intérêts, ſi mieux il n'aimoit ſe déſiſter, départir, quitter & délaiſſer à icelle de la Rouſſiere la propriété & jouiſſance de ladite maiſon, circonſtances & dépendances d'icelle pour la ſomme de quatre mille livres, déchargée de tous frais, pour laquelle ſomme ladite de la Rouſſiere offroit prendre & accepter la propriété de ladite maiſon, ſur & en déduction deſdites ſommes, intérêts, frais & dépens, & ce pour éviter aux frais d'un décret, avec défenſes audit Charlemagne de troubler, ou empêcher icelle de la Rouſſiere en la jouiſſance & poſſeſſion de ladite maiſon, à peine de deux mille livres d'amende; ſi mieux n'aimoit auſſi ledit Charlemagne payer à ladite de la Rouſſiere ladite ſomme de quatre mille livres, pour la valeur & eſtimation de ladite maiſon, à quoi faire il ſeroit contraint, comme dépoſitaire des biens de juſtice, leſquelles oppoſitions ledit Charlemagne ſeroit tenu faire trois jours après l'arrêt qui interviendroit, & ſignification d'icelui à ſon procureur, autrement l'option à elle référée en vertu dudit arrêt; & en cas d'option par icelui Charlemagne, de payer à ladite de la Rouſſiere ladite ſomme de quatre mille livres, il demeureroit propriétaire incommutable d'icelle maiſon, & ſeroit déchargé de l'hypothéque de ladite de la Rouſſiere, pour raiſon deſdites ſommes, intérêts, frais & dépens; ſeroit en outre ledit Charlemagne condamné rendre & reſtituer à ladite de la Rouſſiere, les fruits & revenus de ladite maiſon, depuis le jour de la demande en interruption d'hypothéque; & attendu la conteſtation par lui formée, qu'il ſeroit pareillement condamné aux dommages & intérêts de ladite de la Rouſſiere, & dépens de l'inſtance; défenſes, appointement en droit à écrire & produire; productions des parties, contredits reſpectivement fournis, ſalvations de ladite de la Rouſſiere, ſuivant l'arrêt du 17 mai 1646, ledit exploit dudit 27 Octobre 1645 & demandes en ſommation dudit Charlemagne, à ce que leſdits Manquins fuſſent condamnés faire ceſſer la demande de ladite de la Rouſſiere, la faire jouir paiſiblement de la maiſon qu'ils lui auroient vendue, avec promeſſe de garantie, par contrat du 27 décembre 1640, ſinon & à faute de ce, l'acquitter de la condamnation qui pourroit intervenir contre lui, au profit d'icelle de la Rouſſiere, tant en principal, intérêts, que dépens; & aux dépens, dommages & intérêts dudit Charlemagne, ſoufferts & à ſouffrir, à cauſe dudit trouble & éviction, & aux dépens, tant en demandant, défendant, que de ladite ſommation; défenſes, appointement en droit à écrire & produire, productions deſd. parties, contredits deſd. Manquins, forcluſions d'en fournir par ledit Charlemagne, ſuivant ledit arrêt du 10 mai: ledit exploit du 4 décembre 1645 & demande en contre-ſommation deſdits Manquins, à ce que ledit Bauldry fût condamné faire ceſſer la demande en ſommation contr'eux faite par ledit Charlemagne, de la demande hypotéquaire contre lui intentée par ladite de la Rouſſiere, à cauſe d'une maiſon ſiſe à Blois, rue de la Juifverie, par eux vendue audit Charlemagne, & laquelle avoit été vendue par ledit Bauldry audit défunt Noël Manquin leur pere, par contrat du 17 novembre 1609 franche & quitte de toutes dettes & hypothéques, avec promeſſe de la garantir & indemniſer de l'événement de ladite inſtance, avec dommages & intérêts, & dépens, tant en demandant, que de la ſommation, & encontre-formation; défenſes, appointement en droit à écrire & produire, production des parties, forcluſions de fournir de contredits par leſdits Manquins & Bauldry, les uns contre les autres, ſuivant ledit arrêt du 17 mai, déclaré commun. Tout joint & conſidéré: Notredite cour, faiſant droit ſur le tout, a déclaré & déclare ladite maiſon ſiſe à Blois, & dont eſt queſtion, affectée & hypothéquée au payement de la ſomme de 4500 liv. & intérêts dûs à ladite de la Rouſſiere, frais & dépens à elle adjugés par les arrêts des 14 août 1638, 5 mai 1640 26 mars 1641, 28 avril 1643 & 26 août 1645; déduction faite de ce qui ſe trouvera ſur ce reçu; ce faiſant, pour éviter à frais, ordonne que ladite maiſon demeurera & appartiendra en propriété à lad. de la Rouſſiere, pour la ſomme de quatre mille livres, à déduire ſur ſon dû, ſuivant ſes offres; condamne ledit Charlemagne lui payer les loyers de ladite maiſon, du jour de la demande, juſques au jour du déguerpiſſement, qu'il ſera tenu en faire ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite par gens à ce connoiſſans, dont les parties conviendront pardevant l'exécuteur du préſent arrêt, autrement ſeront nommés d'office; ſi mieux il n'aime payer à icelle de la Rouſſiere ladite ſomme de quatre mille liv. & intérêts, à raiſon de l'ordonnance, depuis ledit jour, juſques à l'actuel payement; quoi faiſant, ladite maiſon lui demeurera en propriété, déchargée de l'hypothéque de ladite de la Rouſſiere, ce que ledit Charlemagne optera dans un mois du jour de la ſignification du préſent arrêt, faite à ſon procureur; autrement, déchû, & ledit Charlemagne, ou ſon loéataire, contraint vuider d'icelle, en vertu du préſent arrêt; condamne icelui Charlemagne ès dépens de l'inſtance vers ladite de la Rouſſiere: & ayant égard à ſa demande en ſommation, condamne leſdits Manquins l'acquitter deſdites condamnations, avec tous dépens, tant en demandant, que défendant, & de l'inſtance de ſommation du jour d'icelle. Comme auſſi condamne ledit Bauldry acquitter leſdits Manquins d'icelle condamnation, avec tous dépens, tant en demandant & défendant, que de la contre-ſommation, ſans dommages & intérêts. Si vous mandons, à la requête de Marthe de la Rouſſiere, mettre le préſent arrêt à dûe & entiere exécution, de point en point, ſelon ſa forme & teneur; & au premier notre Huiſſier, ou ſergent ſur ce requis, faire tous exploits néceſſaires: de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris, en notre Parlement, & prononcé le 7 avril, l'an de grace 1648 & de notre regne le 5. Par la chambre. Signé, du Tillet, avec paraphe. Scellé en queue de cire jaune, & contre-ſcellé.

Extrait des regiſtres du parlement.

Vue par la cour la requête préſentée le trente janvier dernier, par Alexandre Herodot, ſieur des 9

BIU Cujas

Grandes-Maiſons, conſeiller & élu en l'élection de Blois, fils & héritier de défunte Marie Loridaine, qui fut fille de défunt Gabriel Loridaine, & Françoiſe Leſcheray, contre maître Florimond Loridaine, élu à Blois, & Françoiſe Bouet ſa femme, ſaiſis, maître René Siret, avocat, à Blois, tant en ſon nom, que comme tuteur de ſes enfans mineurs, ſaiſiſſant & pourſuivant Marie Bauldry, veuve de Pierre Bernard, Françoiſe & Marguerite Bauldry, filles majeures, Michel Ricou, bourgeois de Blois, curateur de Robert Barbes, maître Henry Drouillon, ſieur de la Maurigonnerie, maître Jean Guyot, contrôleur de la maiſon du Roi, maître Louis Butel, maître des comptes à Blois, damoiſelle Louiſe de Mallerac, Charles Drouin, les religieuſes Urſelines de Blois, Silvain Champion, maître François Racine, abbé de la Vernuſſe, prieur de Chambon, Martin de Montigny, Jacques Delorme, curateur à la maiſon & cloſerie de Champigny, déguerpie par ledit Siret & ſa femme, tous oppoſans auſdites criées; & ſe diſant créanciers, défendeurs; à ce que ſuivant les arrêts qui ont été donnés au public, il fût ordonné, que les biens ſaiſis ſur ledit Florimond Loridaine, & les parts qui appartiennent audit ſuppliant, tant de ſon chef qu'autrement en iceux, & dont a été conſentie la vente conjointement, ſeroient priſés & eſtimés, & baillés audit ſuppliant pour ladite priſée, à la charge de rapporter le prix d'icelle priſée, pour ce qui peut appartenir audit Florimond Loridaine ſaiſi au profit des créanciers; leſquels ſeroient tenus conjointement avec ledit ſuppliant, de s'accorder à l'amiable de leurs dûs & hypothéques, ſinon de repréſenter leurs contrats, & actes pardevant l'un des conſeillers d'icelle: & à faute de conſentir par leſdits créanciers, qu'ils ſeroient tenus ſolidairement faire adjuger leſdits héritages ſaiſis à ſi haut prix, que le ſuppliant puiſſe être payé franchement du prix des parts qui lui appartiennent eſdits biens, & des dettes à lui dûes, qui ſe trouveroient être les premieres & privilégiées, avec dépens. Sur laquelle requête auroit été ordonné, que les parties parleroient ſommairement à l'un des conſeillers de ladite cour: Défenſes dudit Siret: Appointement à mettre; production dudit ſuppliant; ſommation de produire par ledit Siret, & de défendre & produire partout les autres défendeurs; Requête dudit Herodot du 22 dudit mois de février dernier, à ce qu'acte lui fût donné de ce qu'il déclaroit ne perſiſter en la demande de ſon chef, comme ayant les droits de maître Arnaud & michel Blanchet qui s'étoient oppoſés, & qui ont conſenti comme lui, & de ce qu'il conſent n'être compris en ladite priſée les quatre arpens & demi de vigne, & les 15 ou 16 arpens de taillis, pour leſquels ledit abbé de la Vernuſſe prieur de Chambon s'eſt oppoſé en diſtraction, & à fin de charge: & ce faiſant, paſſer outre au jugement du ſurplus de la requête du ſuppliant, ladite requête ſignifiée & miſe au ſac. Oui le rapport dudit conſeiller, & tout conſidéré, ladite cour ayant égard auſdites Requêtes, a ordonné & ordonne, que les biens ſaiſis & dont eſt queſtion, ſeront priſés & eſtimés par deux perſonnes, dont les parties conviendront pardevant ledit Conſeiller rapporteur du préſent arrêt, autrement ſeront nommés d'office; & baillés audit Herodot pour ce qui en peut appartenir audit Florimond Loridaine; à la charge d'en payer le prix au profit des cranciers dudit Loridaine, ſelon l'ordre de leurs hypothéques, deſquels ils s'accorderont pardevant ledit conſeiller, ou conteſteront ſur iceux; en laquelle priſée, ſuivant le conſentement dudit Herodot, ne ſeront compris les quatre arpens & demi de vigne, & ſeize arpens de taillis, pour leſquels ledit abbé de la Vernuſſe, Prieur de Chambon s'eſt oppoſé à fin de diſtraction & de charge, ſans dépens. Pourra néanmoins ledit Hérodot employer ceux par lui faits en frais de criées. Fait en parlement le 2 mars 1648. Signé, du Tillet. Et ſcellé.

Extrait des regiſtres de la cour du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu roi de France & de Navarre: A notre Bailli de Troyes ou ſon lieutenant à Troyes, Salut. Sçavoir faiſons que comme le jour & date des préſentes comparans en notre cour de parlement Antoine Mitouart & Marie Boutart ſa femme, appellans de la ſaiſie faite de leurs immeubles & criées; acte de certification & vérification; Jugemens d'interpoſition de décret contr'eux rendus par notredit bailli de Troyes ou ſon lieutenant le 27 février & 14 mai 1647, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'une part: & Edme Maſſey ſergent royal audit bailliage, intimé, d'autre. Vu par notredite cour les ſaiſies, criées, acte de certification & vérification, & jugemens d'interpoſition de décret dont eſt appel: Arrêt d'appointé au conſeil du 27 juin dernier: Requête deſdits appellans employée pour cauſes d'appel & production contenant leurs concluſions, à ce qu'attendu qu'ils avoient abandonné tous leurs biens à leurs créanciers, & qu'iceux biens ne pouvoint porter les frais d'un décret, il fût ordonné que priſée & eſtimation en ſeroit faite avec ledit Maſſey & leurs autres créanciers, pour être baillés à l'un d'eux pour ladite priſée; cependant qu'il fût ſurſis à toutes contraintes par corps: Requête dudit Maſſey employée pour réponſes: Production d'icelui Maſſey: & tout conſidéré, notredite cour a mis & met l'appellation, & ce dont a été appellé au néant; émendant ordonne que priſée & eſtimation ſera faite des biens appartenans aux appellans avec ledit Maſſey & les autres créanciers, pour être baillés par ladite priſée, & eſtimation auſdits créanciers ou l'un d'eux; ce que leſdits appellans ſeront tenus faire faire dans trois mois, pendant leſquels ſurſeoiront les contraintes par corps contre iceux appellans; ſans dépens: Pourra néanmoins ledit intimé employer ceux par lui faits en frais, & miſes de criées. Si vous mandons à la requête dudit intimé & autres pourſuivans, mettre le préſent arrêt à exécution: & au premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, faire à cette fin tous exploits néceſſaires. De ce faire vous donnons plein pouvoir. Donné à Paris, en notre parlement le 30 jour d'avril l'an de grace 1649 & de notre regne le 6. Signé, par la chambre. Du Tillet. Et ſcellé.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si un ancien créancier a droit de demander en payement, les biens de ſon débiteur ſaiſis réellement.

DAns cette queſtion, l'auteur établit, qu'il eſt permis à un ancien créancier de prendre l'héritage de ſon débiteur en payement, au dire d'experts, ſans que les créanciers poſtérieurs puiſſent l'empêcher. Il rapporte pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé.

11 Cette voye eſt encore aujourd'hui permiſe; mais il faut que le créancier qui veut s'en ſervir, ſoit évidemment privilégié, ou notoirement antérieur en hypothéque. Outre cela, il faut que ſa réquête contienne deux conditions, qui mettent tous les autres créanciers hors d'intérêt. La premiere, qu'il faſſe des offres de payer les créanciers antérieurs ou privilégiés à lui, ſi aucuns y a.

La ſeconde, qu'il donne l'option aux autres créanciers, de prendre l'héritage aux mêmes conditions, & de le porter à ſi haut prix qu'il puiſſe être payé, tant en principal qu'intérêts, frais & dépens.

12 Voilà, ſuivant la juriſprudence du parlement de Paris, un remede pour les anciens créanciers, pour empêcher que les créanciers poſtérieurs ne faſſent vendre les héritages de leur débiteur à vil prix, ou qu'ils n'en conſument le prix par les frais immenſes des décrets & des ordres; mais il n'y en a point pour les créanciers poſtérieurs, qui ont la douleur de voir abſorber en frais tous les biens de leur débiteur, par les pourſuites d'un ancien créancier, qui eſt de mauvaiſe volonté, ou par les procédures infinies du procureur du pourſuivant, qui ne cherche qu'à s'enrichir au préjudice des créanciers légitimes.

Du droit d'offrir.

13 Mais dans les parlemens de droit écrit, les derniers créanciers ont un remede aſſuré pour arrêter les pourſuites des anciens créanciers, & empêcher qu'ils ne conſument en frais tous les biens du débiteur commun; c'eſt le droit d'offrir que les loix civiles accordent aux ſeconds créanciers; & à tous les autres, ſuivant les loix 11, § 4; 12, § 6, *ff. qui pot. 5 & 6 de diſtract. pign.* les loix 1, 5 & 8, *Cod. qui pot.* la loi derniere *de his qui in prior. cred. loc. ſucc.* & la loi 12, *Cod de pign.* La diſpoſition de ces loix eſt trop juſte pour n'être pas ſuivie dans les parlemens de droit écrit. M. d'Olive, dans ſes queſtions, liv. 4, chap. 14, ſur la fin, en rend témoignage, auſſi-bien que M. Duperier, liv. 3, queſt. 11, & liv. 4, queſt. 4. M. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 691, nomb. 17. M. Boniface, tom. 2, pag. 278 & ſuivantes. M. Faber, *de err. pragmat. decad. 1, err. 4.*

Ce droit d'offrir ceſſe quand l'héritage eſt vendu; les créanciers poſtérieurs, quoiqu'ils ſoient en perte, ne peuvent pas uſer du droit d'offrir contre les acquéreurs des biens de leur débiteur, ſuivant la loi 2, au Code *ſi antiquior creditor pignus vendiderit*, & la juriſprudence des arrêts remarqués par d'Olive, liv. 4, chap. 11; Deſpeiſſes, pag. 693, verſ. 6; Boniface, pag. 281; & Lemaître, traité des criées, chap. 37, ſur la fin.

14 M. Lapeirere, dans ſes déciſions du parlement de Bordeaux, lett. H, nomb. 89, dit que le droit d'offrir n'a pas lieu en France. Il cite monſieur d'Olive pour garant de ſon ſentiment, livre 4, chap. 11; mais M. d'Olive, en cet endroit, dit ſeulement que le droit d'offrir n'a pas lieu contre les acquéreurs, ainſi qu'il vient d'être remarqué. Les autres auteurs cités par Lapeirere ſont du parlement de Paris. Cet auteur cite ſans choix & ſans diſcernement les auteurs des pays de droit écrit & des pays coutumiers; ainſi, il n'y a guere de fond à faire ſur ce qu'il dit.

15 M. Loyſeau, des offices, liv. 3, chap. 8, nomb. 66, dit auſſi que le droit d'offrir n'a pas lieu en France; mais il entend parler des pays de coutume.

J'obſerverai en finiſſant qu'il n'eſt pas pratiqué dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris; & quoiqu'il ſoit fondé ſur la loi, ſur la raiſon & ſur l'équité, je doute que celui qui voudroit s'en ſervir fût écouté, parce que l'intérêt des miniſtres de la juſtice s'y oppoſe.

NOUVELLES

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

J'AI dit que l'ancien créancier, pour faire réuſſir ſa requête, doit obſerver deux choſes; l'une, d'offrir de payer les créanciers antérieurs & privilégiés; l'autre, de donner l'option aux autres créanciers. Il faut encore en ajouter deux autres.

La premiere, d'offrir de prendre les héritages au dire d'experts; cela eſt abſolument néceſſaire, quand il s'agit d'un héritage ſingulier, dans lequel le vendeur, ou le bailleur à rente veut rentrer, parce que cet héritage peut avoir été mélioré par l'acquéreur ou le preneur; ainſi il eſt de l'intérêt des autres créanciers qu'il ſoit eſtimé avec eux, afin que le prix des méliorations leur revienne.

La ſeconde, il faut que les choſes ſoient preſque entieres, c'eſt-à-dire, que le décret ne ſoit pas fort avancé; car ſi l'adjudication étoit prête à faire, la requête du vendeur ou du bailleur de fonds ne ſeroit pas reçue, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 2 août 1695, rapporté dans le journal des audiences.

DE L'ÉVICTION POUR PARTIE.

QUESTION TRENTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sentiment de l'auteur, que la loi* cùm à matre, cod. de rei vind. *ne peut avoir lieu parmi nous.*
2. *Raiſons & autorités pour l'établiſſement de cette propoſition.*
3. *La régle*, quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, *n'a lieu que quand on agit en ſon nom propre, & non pas quand on agit du chef d'un autre.*
4. *Cette queſtion eſt traitée par Meſſieurs d'Argentré & du Perrier.*

QUESTION XXXI.

Si le cohéritier du vendeur peut évincer l'héritage pour une partie, & ſi la loi cùm à matre C. de rei vindic. *eſt en uſage.*

NOUS avons préſuppoſé en la queſtion précédente, que l'action perſonnelle hypothécaire qui a une fois ſubſiſté en la perſonne d'un des héritiers, eſt tellement inſéparable de lui, qu'encore qu'il paye ſa part, ou qu'il ne tienne plus des fonds de l'hoirie, il ne laiſſe pas d'être tenu pour le tout ſans diviſion ni diſcuſſion. C'eſt pourquoi
1 nous n'eſtimons pas qu'à préſent la loi *cùm à matre C. de rei vindicat.* puiſſe avoir lieu parmi nous. En l'eſpece de cette loi les empereurs propoſent qu'une mere avoit vendu l'héritage de ſon fils, & qui lui étoit échû par la ſucceſſion du pere. Depuis, le fils voulant ravoir ſon fonds, ils décident qu'il le peut, ſi ce n'eſt pour la portion pour laquelle il eſt héritier de la mere qui a vendu. C'eſt parce que pour cette portion, il y a reflexion d'actions, & qu'il n'eſt pas raiſonnable que le fils évince la même portion, qu'il doit maintenir & garantir. Il ſeroit en effet abſurde qu'il pût évincer ce qu'il faudroit rendre; & c'eſt pourquoi le même recours qui fait refléchir l'action contre lui, l'en doit exclure. C'eſt pour cela que nous diſons communément que, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio;* & cette regle eſt tirée, *ex lege* 14, *C. de rebus alienis non alienandis, ex l.* 17 & 33, *ff. de evictionib. & ex l.* 9, 11, 13 & 24, *C. eodem.*

Il eſt vrai qu'en la loi, *cùm à matre*, le fils qui demande ſon héritage paternel n'eſt héritier de la mere qui l'a vendu que pour une portion: d'où l'on peut inferer qu'il n'eſt tenu du recours que pour la même portion, & que pour les autres il eſt reputé étranger. Auſſi les empereurs décident qu'il n'y a point d'obſtacle qui l'empêche d'évincer les portions deſquelles il n'eſt pas tenu. Ce qui n'eſt pourtant pas ſans ſcrupule: encore que les actions héréditaires, auſſi-bien les paſſives que les actives, ſoient diviſibles de droit entre les cohéritiers, ſi faut-il toutefois avouer que des choſes qui ne reçoivent pas de diviſion, la ſtipulation ne peut pas être diviſée, ſuivant la loi, *ſtipulationes, ff. de verborum obligat.*

Or eſt-il que de droit *una eſt de evictione obligatio*, comme il eſt dit en la loi, *ſi rem §. ſi ei ff. de evictionib.* Elle eſt donc indiviſible, & par con- 2
ſéquent ſolidaire; & ſi chacun des héritiers en eſt tenu, ce ne peut être que pour le tout. En effet, en la loi, *in executione*, & en la loi, *cum cauſa ff. de verborum obligat.* il eſt expreſſément dit, que les héritiers du vendeur doivent répondre, *in ſolidum*, de l'éviction, & que la vendition, *cujus natura indiviſa eſt, in ſolidum defendenda eſt.* Mais celui qui doit défendre & maintenir la choſe pour le tout, n'eſt pas recevable à le faire pour une partie ſeulement, *non auditur ſi pro parte paratus ſit defendere*, dit le juriſconſulte en la loi *ſi cum uno, ff. ſi ex noxali.*

D'où s'enſuit qu'il répugne en quelque façon que le fils, comme héritier du pere, évince le

BIU Cujas

fonds vendu par la mere, à la réserve de la portion pour laquelle il est héritier de la mere. L'acheteur n'est pas obligé de souffrir cette division, il a intérêt de se tenir à son contrat pour le tout; & puisque son intention n'a pas été d'acheter une portion, mais la piéce entiere, il peut opposer au demandeur que l'obligation pour l'eviction étant solidaire & indivisible, il ne peut être tenu au recours pour une partie, qu'il ne le soit pour le tout: *non enim videtur res défenda boni viri arbitratu, quæ non in solidum defenda sit*, ainsi qu'il est dit *in l. ex clausula ff. judicatum solvi.*

Et ne sert de dire avec le docteur *Fachineus lib.* 10, *controvers. cap.* 53 & 54, que cela n'a lieu que quand c'est un tiers qui recherche l'acquéreur; que c'est en ce cas que le cohéritier n'est pas recevable à se défendre pour une partie, & qu'il faut qu'il le fasse pour le tout. A vrai dire, cela n'est qu'une défaite, & nous y trouvons plus de subtilité que de vérité. Car puisqu'on veut que le cohériter soit censé étranger pour les portions dont il n'est pas héritier; n'est-ce pas la même chose que si c'étoit un tiers qui fit l'éviction? Et au contraire, puisque c'est lui-même qui doit répondre de la cause, & qu'elle est par conséquent volontaire en sa personne; n'est-il pas plus juste & plus raisonnable de l'en exclure, que si l'éviction venoit d'un tiers, & qu'il ne fût pas au pouvoir du garant de l'empêcher? Enfin, ou ce cohéritier qui veut évincer la chose est censé la même personne, aussi-bien pour la part qu'il veut évincer, que pour la part qu'il doit maintenir; & en ce cas pourquoi diviser un recours qu'il doit pour le tout? Que s'il est pris pour un étranger à l'égard des portions pour lesquelles il n'est pas tenu: c'est douc un tiers qui les évince; & par ce moyen la solution qu'on donne aux textes cottés est frivole.

C'est ce qui nous fait croire que la décision de la loi, *cùm à matre*, est spéciale, & qu'elle ne se doit pas tirer à conséquence, même parmi nous & selon notre usage. Car si le cohéritier est tenu personnellement & hypothécairement pour le tout, sans qu'il puisse diviser l'action qui est solidaire; il s'ensuit que l'acquéreur étant évincé par lui d'une moitié, pourra abandonner l'autre, & soutenir que sa vente étant indivisible, qui est garant pour une moitié, l'est du tout. C'est suivant la dispositon de la loi, *venditrici C. de rebus alienis non alienand.* en laquelle les mêmes auteurs de la loi, *cùm à matre*, décident que l'héritier de celle qui a vendu, ne peut pas évincer la chose; ou s'il agit pour l'évincer, qu'il est au choix du détenteur de le repousser par voie d'exception, ou d'insister à ses dommages & intérêts. Et si en la loi derniere *C. de evictionib.* il est permis au fidéjusseur du vendeur de retirer le fonds qui lui est depuis avenu par succession de celui auquel il appartenoit; c'est à la réserve du recours contre le même fidéjusseur, *evictionis causa durante actione.*

C'est ce que nous croyons devoir être suivi, c'est-à-dire, que nous estimons que l'héritier de la mere doit plûtot être reçu à évincer le tout qu'une partie, à la charge du recours contre lui-même, 3
comme héritier du pere qui a vendu. De sorte que la regle commune *quem de evictione tenet actio, eundem agen tem repellit exceptio*, n'aura lieu, que quand celui-là *nomine proprio agit*, & non du chef d'un autre. En effet, nous nous souvenons d'avoir lu dans Belordeau en ses controverses, un arrêt du parlement de Bretagne, par lequel un fils fut reçu à revendiquer l'héritage paternel, quoiqu'il fût héritier de la mere qui l'avoit vendu. Aussi croyons-nous cela plus juste, en rendant le prix & quelques dommages & intérêts, que si le cohéritier pouvoit n'évincer qu'une partie, & laisser l'autre à l'acquéreur.

N'importe qu'en la loi, *in executione* §. *in solidum ff. de verbor. obligat.* le jurisconsulte ayant baillé l'action solidaire contre un chacun des héritiers, ajoute, *sed unicuique pro parte hæreditaria præstatio injungitur.* Car cela se doit entendre pour la division qui se doit faire entre les cohéritiers & pour le recours qu'ils ont les uns contre les autres. C'est ainsi que nous disons qu'ils sont condamnés personnellement pour leur part, & hypothécairement pour le tout; ce qui n'empêche pas que l'exécution ne soit solidaire.

OBSERVATIONS.

Si l'héritter du vendeur peut évincer l'acquéreur, quand il est héritier en partie.

DAns cette question l'auteur établit, que celui qui est héritier du vendeur pour une portion, quoique modique, ne peut point évincer l'acquéreur, contre la disposition de la loi *cùm à matre 14, Cod. de rei vendic.* ou en tout cas, que cet héritier doit être obligé de retirer l'héritage en entier, en rendant le prix de l'acquisition, & quelques dommages & intérêts.

L'on peut appliquer à cette question la jurisprudence des arrêts au sujet du retrait lignager, si l'héritage vendu est en partie propre, & en partie acquêt, le parent lignager du vendeur est obligé de retirer le tout; parce qu'il seroit trop incommode à l'acquéreur de morceler son acquisition.

Cette même question est traitée par M. Duperier, dans ses questions notables, livre premier, question neuvieme. Il décide absolument que l'héritier ne peut point évincer l'acquéreur.

Cette question est encore fort bien traitée par M. d'Argentré, sur l'article 419 de la
4 coutume de Bretagne, glos. 3.

BIU Cujas

DES OPPOSITIONS AUX DÉCRETS.

QUESTION TRENTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les oppoſitions aux décrets ſont mal entendues.*
2. *Celui qui eſt créancier du mari & de la femme, doit s'oppoſer du chef de la femme.*
3. *Les ſubrogations ſont plutôt de fait que de droit.*
4. *Le fidejuſſeur eſt ſubrogé de droit aux actions de celui qui a reçu les deniers, ſans avoir beſoin de déclarer qu'il s'oppoſe de ſon chef.*
5. *Sentence de Montbriſon, qui déclare le fidejuſſeur ſubrogé, & le met en ordre du chef de celui qui a reçu ſes deniers.*
6. *Il n'eſt pas permis d'étendre les actes d'oppoſition.*
7. *La ſubrogation ne peut être faite après coup.*
8. *Acte de notoriété du ſiége de Montbriſon, que dans les actes d'oppoſitions il n'eſt pas néceſſaire d'en expliquer les cauſes.*
9. *Les actions qui appartiennent à un débiteur, peuvent être exercées par ſon créancier malgré lui.*
10. *Les obligations ne demeurent éteintes que par un payement effectif & perpétuel.*
11. *Arrêt du 7 ſeptembre 1637, qui infirme la ſentence, en ce qu'elle avoit jugé, qu'il n'eſt pas néceſſaire de déclarer du chef de qui l'on s'oppoſe, & la confirme en ce qui concerne la ſubrogation.*
12. *Arrêt de réglement du 31 août 1690, qui déclare, qu'il n'eſt pas néceſſaire d'expliquer le titre de la créance, ni de s'oppoſer du chef de la femme.*

QUESTION XXXII.

Des oppoſitions, afin de conſerver, & s'il faut déclarer du chef de qui l'on s'oppoſe.

1 L'Uſage des oppoſitions aux décrets des héritages eſt aſſez fréquent; mais pourtant mal entendu, & l'on peut dire qu'on ſçait le moins ce qu'on pratique le plus. Quand on n'eſt que créancier de celui de qui les biens ſont ſaiſis, il ſuffit de s'oppoſer comme créancier d'icelui, & l'on n'eſt pas obligé d'en faire ouverture, quoiqu'il ſoit meilleur de le déclarer. Mais quand on n'eſt pas ſeulement créancier du propriétaire des biens ſaiſis, qu'on l'eſt encore d'un autre qui a hypothéque ſur les mêmes biens, il faut faire de deux choſes l'une; ou le faire oppoſer, ou s'oppoſer pour lui en ſe faiſant ſubroger. C'eſt ce que nous voulons établir par quelques exemples pour le faire mieux comprendre.

Titius eſt créancier de *Lucius*, & de ſa femme; tous deux lui ſont obliges, & il y a plus d'aſſu-
2 rance ſur les doits de la femme, que ſur les biens du mari. C'eſt parce que la femme lui a apporté une conſtitution notable, & que ſon hypothéque venant de loin, elle eſt la premiere créanciere. Les biens du mari étant ſaiſis, & mis en criées, *Titius* s'oppoſe de ſon chef & comme créancier de *Lucius*. Mais il ne parle point de la femme, & nous ſuppoſons qu'il n'y ait point d'oppoſition pour elle, ſoit pour l'avoir négligée, ſoit pour être déſedée. L'on demande ſi *Titius* peut être colloqué du chef de la femme, & ſe prévaloir de l'hypothéque qu'elle a. Il ſemble qu'il eſt en ſon lieu, & que dès lors qu'elle s'eſt obligée à lui, elle lui a cedé ſes droits & hypothéques, qu'il y a été ſubrogé *ipſo jure*; & par conſéquent que s'oppoſant, il s'oppoſe auſſi bien pour l'hypotéque qu'il a de ſon chef, que pour celle qu'il a du chef de la femme. C'eſt parce qu'elle lui eſt acquiſe, & qu'il repréſente ſa débitrice. Il faut pourtant tenir le contraire, & qu'au défaut de procurer que la femme s'oppoſe, ou quelqu'un pour elle, on ne peut pas ſe ſervir de ſon hypothéque. C'eſt parce que l'obligation produit plûtôt une ſubrogation tacite qu'expreſſe, & que
3 c'en eſt plûtôt la voie que l'effet. C'eſt que les ſubrogations ſont plûtôt de fait que de droit, & qu'il faut que l'office du juge intervienne. Enfin, c'eſt parce que la femme ne s'étant point oppoſée, ni aucun pour elle, il répugne qu'on puiſſe être colloqué de ſon chef, & qu'on faſſe valoir une hypothéque pour laquelle perſonne n'a parlé d'être conſervé. Le créancier a bien dit qu'il s'oppoſoit afin de conſerver; mais n'ayant pas paſſé plus avant, il n'eſt cenſé avoir formé oppoſition que de ſon chef; & comme créancier du mari. Il falloit donc qu'il dit qu'il s'oppoſoit, tant comme créancier du mari, que comme créancier de la femme & du chef d'elle; & qu'entant que de beſoin, & où il n'y auroit aucune oppoſition de la part d'icelle, il déclaroit qu'il s'oppoſoit pour elle, & demandoit d'être ſubrogé aux droits & hypothéques qu'elle pouvoit avoir.

Et voici un autre exemple que nous voulons con-
4

BIU Cujas

firmer par un arrêt, & avec d autant plus de certitude, que nous étions l'une des parties. Pierre voulant s'acquitter de deux mille livres qu'il devoit à Jacques ſon frere pour droits de légitime, emprunte ſemblable ſomme, & donne un tiers pour caution. Cette ſomme demeure en dépôt quelque tems, juſques à ce que Jacques l'ayant reçue, tant lui que ſon frere, promettent au fidéjuſſeur de l'indemniſer de ſon obligation; & à cet effet, le puîné, qui par ce moyen recevoit ſa légitime, ſubroge le fidéjuſſeur en ſes droits & hypothéques. Il arrive que les biens de l'aîné ſont mis en criées, & cela donne ſujet au fidéjuſſeur de s'oppoſer, afin de conſerver, prévoyant bien que le débiteur principal ſe trouvant inſolvable, il courroit riſque de payer la dette. Par mégarde ou par la négligence du procureur, l'oppoſition n'eſt pas étendue, & l'on ſe contente de mettre dans l'acte qu'un tel s'oppoſe pour ce qui lui eſt dû ſur les biens, & afin de conſerver pour ſes droits & hypothéque. Il falloit paſſer plus avant, & s'oppoſer, tant comme créancier de l'aîné, que du puîné, & du chef d'icelui, enſuite des droits & hypothéques qu'il pouvoit avoir. Il falloit même demander d'être, entant que de beſoin, ſubrogé à ſes hypothéques. Enſuite de l'oppoſition & de l'acte qu'on avoit depuis étendu, le fidéjuſſeur ayant été par la ſentence
5 d'ordre déclaré ſubrogé aux droits du puîné, & du chef d'icelui mis en ordre des premiers, un autre créancier appella à la cour.

Il diſoit en premier lieu, qu'on n'avoit pas pû étendre l'oppoſition, ni inſérer en l'acte que ce qui ſe trouvoit écrit ſur le livre du greffe, & en-
6 tant que de beſoin, il avoit formé inſcription de faux contre l'expédition dudit acte. En ſecond lieu, il diſoit que Jacques, frere du débiteur, ne s'étant point oppoſé, ni autre pour lui, on n'avoit pas pû faire valoir ſon hypothéque, ni colloquer en ordre le fidéjuſſeur du chef d'un tiers, pour lequel aucun n'avoit parlé. Que n'y ayant donc point d'oppoſition de la part du frere, ſon droit demeuroit couvert & purgé par le décret; & par conſéquent qu'on n'avoit pû le faire revivre pour le rendre préférable. Enfin l'appellant diſoit, que quand il y auroit eu ſubrogation aux droits du frere, & oppoſition formelle du chef d'icelui, elle ſeroit toujours inutile. D'autant, diſoit-il, que le frere
7 ayant une fois paſſé quittance de ſes droits de légitime, l'hypothéque en avoit été éteinte. Par conſéquent qu'on ne pouvoit pas la faire ſubſiſter, & lui redonner la vie qu'elle avoit perdue : Que quelque déclaration que le frere eût faite, elle ne ſervoit de rien, puiſque c'étoit quelque-tems après l'obligation principale, & qu'il ne paroiſſoit pas que ce fût des deniers d'icelle que le frere eût été payé de ſa légitime. Que par ce moyen il n'y pou-
8 voit avoir de ſubrogation, puiſque c'étoit après quelque intervalle, & contre la doctrine de la loi, *Modeſtinus ff. de ſolutionib.*

Au contraire, l'intimé diſoit que ſi l'acte de ſon oppoſition avoit été étendu, on n'avoit fait en cela que ſuivre l'uſage : Qu'en effet de tout tems on avoit pratiqué au bailliage de Forêts, de faire ſimplement les oppoſitions afin de conſerver, ſauf à les étendre en après, & en dire les cauſes & les moyens : Que cet uſage étoit atteſté par un acte de notoriété du ſiége, ſigné des officiers & des avocats & procureurs, lequel il ſuffiſoit d'employer contre l'inſcription en faux : Que comme les oppoſitions ſe forment en audience, il n'y avoit pas apparence qu'on les etendît, & qu'un greffier pût charger ſon regiſtre du ſujet de l'oppoſition, & d'où l'hypothéque étoit tirée : Qu'il ſuffiſoit donc qu'après on la donnât étendue, & que le greffier en fît une expédition conforme.

Que quand il faudroit s'attacher à ce qui étoit écrit ſur le livre & reſtraindre l'expédition, cela ſuffiroit pour ſoutenir le jugé : Que l'intimé étant créancier des deux freres, & auſſi-bien du puîné que de l'aîné, on ne pouvoit pas douter qu'il ne pût exercer les droits de l'un & de l'autre; qu'il ne pût s'oppoſer du chef de tous deux, puiſque la loi dit que les actions & les exceptions, *quæ competunt debitori, competunt etiam creditoribus, quibus eo invito* 9
vel ignorante uti poſſunt, l. penult. C. de non numer. pecunia. Qu'en effet, il falloit dire, que dès lors que les deux freres s'étoient obligés à l'intimé, leurs droits & leurs hypothéques avoient paſſé en ſa perſonne, & qu'il avoit été ſubrogé. Qu'étant donc au lieu du puîné, le repréſentant, & ayant ſon droit & hypothéque, il devoit être cenſé oppoſant auſſi-bien du chef d'icelui, que du chef de l'autre. Enfin qu'ayant dit qu'il s'oppoſoit, afin de conſerver ſelon ſes droits & ſes hypothéques, ſon oppoſition enfermoit tout le droit & toute l'hypothéque qu'il pouvoit avoir.

Quant à la ſubrogation qu'on diſputoit à l'intimé, il diſoit que ce point ne pouvoit recevoir de doute : Que le frere s'étant obligé au fidéjuſſeur de l'acquitter de la même ſomme, qu'il venoit de recevoir pour ſa légitime, n'avoit point auſſi paſſé de quittance qui fût pure & ſimple; qu'au contraire, il s'étoit réſervé ſes droits & hypothéque, en cas qu'il pût être recherché enſuite de l'indemnité par lui conſentie : Qu'il avoit eu raiſon de le faire; parce que pouvant être obligé d'acquitter le fidéjuſſeur, il ſe trouveroit n'avoir rien reçu : qu'il falloit donc demeurer d'accord que l'hypothéque du frere n'avoit pas été éteinte entiérement; & que, comme il l'avoit réſervée ſous une condition, & qu'il s'en pourroit ſervir à préſent, l'intimé ſon créancier, & qui eſt en ſon lieu, peut de même la 10
faire valoir : Qu'il eſt vrai que *Solutione tollitur obligatio;* mais cela ſe doit entendre d'un payement effectif & qui dure; car autrement, ſi par l'évenement il ſe trouve imaginaire, le créancier rentre dans ſes droits, lors ſur-tout qu'il les a réſervés, en cas que ce qu'on lui a baillé ou remis ne lui ſoit pas aſſuré : Que c'eſt l'état du procès, le frere ayant bien reçu le payement de la ſomme; mais ne l'ayant reçu qu'en s'obligeant pour elle envers un tiers, & qu'en ſe réſervant auſſi ſes droits & ſes hypothéques, au défaut d'acquittement. C'eſt ce que la cour a jugé par ſon arrêt; mais auſſi elle a jugé que ce recours, & la ſubrogation en icelui ne pouvoit avoir lieu que pour l'avenir, & ſur les autres biens qui reſtoient à vendre, au défaut de s'être oppoſé ſur les biens vendus du chef du frere ou pour lui.

ARRÊT.

Comme de la ſentence donnée par notre bailli 11
de Forêts, ou ſon lieutenant à Montbriſon, le vingt-trois juillet 1635, entre Claude & Catherine Gayot pourſuivant l'ordre & diſtribution de la ſomme de 5500 livres, provenans de la vente & adjudication par décret des biens immeubles qui auroient appartenu à Jean & André Demerley, d'une part, & Laurence Demerley, veuve de maître Claude Colombet, procureur audit bailliage, & maître Claude Henrys, avocat, & icelui avec ladite Laurence Demerley ſubrogé aux droits de maître Pierre Demerley fils dudit défunt André Demerley, à maître Antoine Mallier, maréchal des logis de notre très-honorée dame & mere, & pluſieurs autres oppoſans, d'autre : par laquelle

BIU Cujas

entre autres choſes ladite Demerley audit nom, auroit été miſe en ordre au dixiéme rang pour la ſomme de cent livres, reſtante de deux cent, contenue en une obligation dudit défunt André Demerley, du vingt-cinq février mil ſix cent huit, au profit dudit Colombet, intérêts d'icelle ſomme, ſuivant la ſentence du 21 Janvier 1619, & ce en deniers ou quittances valables : En quatorziéme lieu, faiſant droit ſur l'oppoſition deſdits Henrys & Laurence Demerley, afin d'être payé de la ſomme de deux mille livres ou plus, en laquelle ils étoient obligés ſolidairement, avec ledit Jean Demerley envers Gilbert Gaignieu dès le 11 juillet 1627, ils auroient, tant en conſéquence de l'obligation d'indemnité paſſée à leur profit pa Pierre Demerley frere dudit Jean, que de la réſerve faite par led. Pierre Demerley de ſes hypothéques ſur ſondit frere, par la quittance du vingt août mil ſix cent vingt-ſept, reſté ſubrogé aux droits & hypothéques d'icelui Pierre Demerley, ſe faiſant colloqués audit ordre pour la ſomme de deux mille livres, & intérêts d'icelle depuis la demande qui en auroit été faite par Paule Maillier, veuve dudit défunt Gaignieu, par exploit du 22 Juin 1633 ſans préjudice toutefois de l'hypothéque que ledit Pierre Demerley pouvoit avoir ſur les biens de ſon pere, du chef de ſa mere, pour ſa part de la ſucceſſion & conſtitution dotale, en faiſant apparoir du contrat de mariage, & autres piéces néceſſaires : Et qu'en quinziéme lieu led. Mallier ſeroit payé de la ſomme de quinze cent liv. à lui dûe par ledit Jean Demerley, ſuivant la tranſaction paſſée entr'eux le 14 décembre 1632. Pour reſte de deux mille ſept cent liv. trois ſols, cédée audit Mallier, par ledit Jean Demerley, par tranſport du 3 juillet 1633, avec les intérêts ſuivant l'ordonnance; ſçavoir, de huit cent huit livres, douze ſols, depuis le 14 décembre 1632 & du ſurplus depuis ſon oppoſition, juſques au jour de l'adjudication : Eut été appellé par led. Mallier à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu, pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous; joint les pieces hors le procès, prétendus moyens de nullité & production nouvelle dud. appellant, auſquels leſd. Henrys & Laurence Demerley, intimés, auroient répondu, & joint leſd. productions nouvelles, bailler contredits aux dépens dudit appellant. Vû icelui procès, griefs & additions à icelui; réponſes, forcluſions de fournir moyen de nullité, & produire de nouveau : inſcription en faux faite an greffe de notredite cour, le 29 mai dernier, par ledit Merlier, contre certain acte d'oppoſition, prétendu avoir été fait aux criées des biens deſd. André & Jean Demerley, par leſd. Henrys & Laurence Demerley, ſur lequel eſt intervenue lad. ſentence : Requête deſd. Henrys & Demerley, du 8 juin, contenant réponſes à ladite inſcription de faux, ou déclaration ſur icelle : Arrêt du 15 dudit mois, par lequel ladite inſcription de faux auroit été jointe : Requête deſd. Henrys, Marlier & Demerley, des 30, dud. mois, 15 juillet & 7 août, contenant divers moyens, tant pour, que contre lad. inſcription de faux : Productions nouvelles deſd. Henrys & Laurence Demerley, contredits & ſalvations à icelles. Tout joint & diligemment examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter à ladite inſcription de faux, a mis & met lad. appellation & ſentence, de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende, en ce que leſd. Henrys & Laurence Demerley auroient été mis en ordre aud. quatorziéme rang, pour lad. ſomme de deux mille livres, au lieu & place dudit Pierre Demerley : Emendant quant à ce, attendu que leur oppoſition n'a été faite que de leur chef ſeulement, ordonne que ſur les deniers dont eſt queſtion, ils ne ſeront colloqués, pour leſdites deux mille livres, qu'au ſeiziéme rang, conjointement avec la ſomme de deux cent vingt-cinq livres, faiſant le reſte de ladite obligation de deux mille deux cent vingt-cinq livres, dont ils étoient caution dudit maître Jean Demerley, & de laquelle ils ont indemnité, tant dudit Jean que dudit Pierre, lad. ſentence, tant pour le regard du dixiéme chef, que pour le ſurplus du quatorziéme, au réſidu ſortiſſant effet, ſans dépens. Prononcé le 7 jour de ſeptembre 1637. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

S'il eſt néceſſaire de s'oppoſer au chef de la femme.

L'Auteur, dans cette queſtion, établit que celui qui eſt créancier du mari & de la femme, doit former ſon oppoſition au décret des biens du mari, du chef de la femme, ſur-tout lorſque la femme n'eſt point oppoſante. Il rapporte un arrêt qui l'a ainſi jugé.

Cette juriſprudence eſt changée. La cour a fait un réglement le 31 août 1690, qui porte, que ceux à qui le mari & la femme ſont obligés, ſeront colloqués du chef de la femme, quoique dans leur oppoſition, ils n'ayent point déclaré qu'ils s'oppoſent comme créanciers de la femme, & qu'elle ou ſes héritiers ne ſoient point oppoſans.

Arrêté fait par la cour de parlement, ſur la forme des oppoſitions aux décrets, du trente-unieme août 1680.

CE jour, la cour, toutes les chambres aſſemblées, après avoir délibéré ſur les articles préſentés par les gens du roi, a arrêté & ordonné, ſous le bon plaiſir dudit ſeigneur roi, que les créanciers qui s'oppoſeront ſur les biens de leurs débiteurs, ſaiſis réellement, pour être payés des ſommes qui leur ſont dûes, ne ſeront point tenus d'expliquer en détail, par l'acte d'oppoſition, les titres de leurs créances; & que ceux à qui le mari & la femme ſe trouveront obligés, pourront être colloqués comme exerçant les droits de la femme, leur débitrice, encore que dans leur oppoſition ils n'ayent point déclaré qu'ils s'oppoſent comme créanciers de la femme, & que la femme, ni les héritiers, & ceux qui 12

BIU Cujas

la représentent ne soient point opposans ; & qu'en attendant que le roi en ait autrement ordonné, la compagnie suivra cette jurisprudence. Ordonne que le présent arrêté sera envoyé aux bailliages & sénéchaussées du ressort, pour y être lû, publié & enrégistré, gardé & observé. Enjoint aux substituts du procureur général du roi d'y tenir la main, & d'en certifier la cour dans un mois. Fait à Paris en parlement le 31 août 1690. *Signé*, DONGOIS.

NOUVELLE OBSERVATION.

L'Arrêt rapporté par M. Henrys n'a pas jugé que l'on est obligé de s'opposer du chef de la femme, mais que la caution qui s'oppose sur les biens du principal débiteur, du chef de celui qui a reçu ses deniers, est obligé dans son acte d'opposition, de déclarer qu'il s'oppose du chef du créancier, qui a reçu ses deniers. Cela est encore aujourd'hui nécessaire.

LA DOT PASSE AVANT LE DOUAIRE.

QUESTION TRENTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Espèce sur laquelle l'arrêt qui suit est intervenu.*
2. *Raisons pour établir qu'il est libre à la femme de se faire colloquer pour son douaire avant sa dot.*
3. *Raisons pour montrer que cela ne se peut faire au préjudice de la caution de la dot.*
4. *Arrêt du 19 juillet 1636, qui juge que la femme sera colloquée pour sa dot avant son douaire.*
5. *Ce qui est dit du douaire, doit avoir lieu pour l'augment.*

QUESTION XXXIII.

Si la dot ou le douaire ont la même hypothéque, ou qui des deux est préférable.

1 PAR le contrat de mariage de damoiselle Marie Joannin, avec maître Octaviens Vachias, du 2 février 1621, il lui fut constitué en dot par Daniel Joannin son pere, la somme de vingt mille livres, avec ses habits nuptiaux; & en outre un domaine situé au village de Fotaine. De laquelle somme de vingt mille livres, led. Vachias promet augment de moitié, montant à dix mille livres, suivant l'usage du pays Lyonnois, & autres régis par le droit écrit. Quant au domaine, le mari n'en promet aucun augment, à condition que les ajancemens & méliorations qu'il y feroit pour sa commodité, appartiendroient à la femme au lieu d'augment. Tout cela accordé & convenu du consentement de Léonarde Rey, mere dudit Vachias, présente & l'autorisant:

2 Par acte séparé du contrat de mariage, mais passé le même jour pardevant le même notaire, ladite Rey déclare, qu'encore que par le contrat de mariage elle n'eût fait aucune promesse, ni cautionnement des vingt mille livres, à quoi se montoit la constitution dotale de lad. Joannin; ce néanmoins elle se rendoit pleige & caution pour ledit Vachias, son fils, de ladite somme de vingt mille liv. à condition que lorsque ledit Vachias l'auroit employée en achat de fonds & immeubles bons & valables, elle demeureroit quitte & déchargée dudit cautionnement; duquel icelui Vachias, promet, par le même acte, garantir & dédommager lad. Rey, sa mere.

Ledit Vachias n'ayant point fait d'emploi suffisant de ladite somme de vingt mille livres, & ses biens ayant été vendus par décret, ladite damoiselle Marie Joannin ne manqua pas de s'y opposer, afin de conserver. Mais comme elle avoit une assurance pour le principal de sa dot, savoir l'obligation de la mere, elle demanda, dans la défiance que le prix ne suffît pas pour tous, d'être mise en ordre pour son augment, se montant à dix mille livres; pour deux cent cinquante livres, pour la valeur de ses habits nuptiaux; & pour trois cent quarante-six livres, restans de douze cent livres à elle adjugés pour son an de deuil, avec les intérêts du jour de la demande. Et quant à la somme de ving- mille livres, faisant le principal de la dot, elle se contenta de conclure contre Marie Vachias, héritiere de ladite Rey, sa mere, à ce qu'elle fût condamnée au payement d'icelle somme, & des intérêts. Le sénéchal de Lyon l'ayant ainsi ordonné par la sentence d'ordre rendue le 10 janvier 1636, lad. Marie Vachias en appella à la cour.

Pour fondement de son appel, elle soutenoit, que 3
ladite Joanin devoit être mise en ordre pour ses deniers dotaux, auparavant son augment, & ses autres conventions : Que la dot étant préférable à l'augment, & au douaire, l'intimé n'avoit pû intervertir cet ordre, & laissant en arriere la dette plus favorable, préférer la moindre : Qu'il répugne que ce qui n'est qu'accessoire, marche devant le principal; qu'il devance en hypotéque ce qui la produit, & que l'effet précéde sa cause : Qu'au contraire, il faut que ce qui n'est qu'accessoire, suive, & c'est un ordre que la nature établit. Par conséquent qu'il falloit que la dot fût la premiere payée & ac-

BIU Cujas

quittée, & qu'après cela l'intimée fût miſe en ordre pour ſes avantages.

L'appellante alléguoit à ce ſujet la loi *aſſiduis C. qui potiores in pignore*, en laquelle Juſtinien ayant donné à la femme une hypothéque préférable à tous créanciers, quoiqu'antérieurs, il déclare auſſi-tôt qu'il ne donne cette préférence, que pour la dot ſeulement, & non pour la donation à cauſe des nôces, à laquelle ſe rapporte notre augment : *Hæc autem tantum ad dotem ſancimus, non ad ante nuptias donationem, quam ſuo tempori ſervire diſponimus, & habere inter creditores ſui temporis ordinem ;* dont il rend cette raiſon, *non enim pro lucro fovemus mulieres, ſed ne damnum patiantur, ſuiſque rebus defraudentur, curamus.* Ce que le même empereur confirme en ſa novelle 97, chapitre ſecond. Enſuite de quoi le parlement de Toulouſe, qui, ſuivant ladite loi *aſſiduis*, préfére la femme pour ſa dot à tous créanciers, quoiqu'antérieurs, ne lui donne pas la même préférence pour l'augment, comme l'atteſte M. Maynard, l. 2, ch. 26 de ſes queſtions notables. En effet, il n'eſt pas juſte que ce qui eſt un pur gain, ait le même avantage que le reſte; & il eſt toujours plus favorable de diſputer pour s'empêcher de perdre, que pour gagner.

Ajoûtoit l'appellante, qu'ayant été parlé de la dot avant que de l'augment, & des autres conventions, l'hypothéque de la dot étoit auſſi la premiere par l'ordre de l'écriture, au lieu que par la ſentence on la faiſoit marcher la derniere : Que ſi par quelque arrêt il avoit été jugé que le douaire étoit préférable à la dot, c'eſt parce que la conteſtation étoit entre la mere & les enfans, & qu'il ſembloit rigoureux que la mere ſongeât plûtôt à elle qu'à eux. Outre que ledit arrêt étoit un arrêt ſolitaire, fondé ſur des circonſtances particulieres, que la cour n'avoit pas depuis voulu ſuivre, & auquel, au contraire, elle avoit dérogé par d'autres arrêts, ainſi que l'aſſûrent Gouget, en ſon traité des criées, & monſieur Bouguier, en ſon recueil, lettre D, nombre 14.

Enfin l'appellante ſoutenoit, que comme la mere ne s'étoit rendue reſponſable que de la dot, & non des autres conventions, on ne pouvoit pas auſſi étendre ſa fidéjuſſion, comme on vouloit faire indirectement, en faiſant marcher l'augment & les autres conventions avant la dot, afin de rejetter le payement de la dot ſur les biens de la mere, qui s'y étoit obligée d'autant plus librement, qu'elle ſavoit bien que ce que ſon fils avoit, ſuffiſoit pour l'aſſûrance des deniers dotaux. Que ſi elle eût entendu s'obliger au reſte, elle en eût parlé; mais n'en ayant rien dit, elle avoit témoigné par-là qu'elle entendoit reſtraindre ſa fidéjuſſion pour la dot, & que la femme ayant cette aſſûrance pour icelle, il falloit que pour le ſurplus elle ſe ſoumît à l'événement, & à la fortune d'un jeune homme.

L'intimée, au contraire, diſoit, que ſi l'on s'étoit contenté de l'obligation de la mere, pour la dot ſeule, c'eſt parce qu'ayant la femme ſon aſſûrance pour cela, les biens du mari ſuffiſoient pour tout le reſte : Qu'il ne falloit donc pas que l'appellante crût tirer avantage de ce que la fidéjuſſion de la mere étoit limitée, & de ce qu'elle ne s'étoit pas obligée pour le tout. Au contraire, elle devoit croire que comme on s'étoit aſſûré de la dot ſur la mere, il falloit que les biens du mari demeuraſſent pour l'augment & pour les autres conventions; qu'autrement, l'obligation de la mere ſeroit inutile à l'intimée, & que ce ſeroit la même choſe, que ſi l'on n'avoit pas eu cette précaution. C'eſt parce que la dot marchant la premiere, & emportant le prix provenu des biens du mari, l'intimée ne recevroit pas davantage, avec la fidéjuſſion de la mere, que s'il n'y en avoit point, & il ſe trouveroit que l'un reviendroit à l'autre, contre l'intention des parties; car elle n'a pas eu deſſein de faire un acte qui fût illuſoire. Si la femme a voulu aſſûrer ſa dot, la mere a crû s'y obliger, & courir ce haſard.

Que c'étoit en vain qu'on diſputoit ſi la dot eſt avant l'augment ; car outre que l'ordre de l'écriture n'eſt point conſidérable en ce fait, & que les hypothéques qui viennent d'un même contrat ſont égales, il dépendoit de l'intimé de les avancer ou reculer ; que c'étoit à ſon choix de s'oppoſer pour la dette, comme bon lui ſembloit, d'en laiſſer une en arriere, & de n'inſiſter qu'aux autres ; qu'on ne pouvoit pas la néceſſiter de s'oppoſer pour ſa dot, & qu'ayant une caution pour icelle, elle pouvoit ſe contenter de cette aſſûrance ; qu'en cela elle ne faiſoit rien qui ne fût dans le train ordinaire, & qu'on ne pouvoit pas dire qu'elle fît en fraude d'un tiers, ce qu'elle ne faiſoit que pour ſon utilité propre : Que tout ainſi qu'un propriétaire peut faire dans ſon fonds ce que bon lui ſemble, quoique le voiſin en reçoive quelque dommage; de même que le créancier de pluſieurs dettes peut en demander l'une, & laiſſer l'autre, quoique cela nuiſe à la caution : Bref, que c'eſt audit créancier à faire l'imputation, & de recevoir plûtôt ſur l'acceſſoire, que ſur le principal : Qu'en effet, la loi permettant aux créanciers de ſe payer *priùs de uſuris quàm de ſorte*, il y a lieu de dire le même pour l'augment, *cùm ſit veluti acceſſio, & incrementum dotis.*

Diſoit encore l'appellante, que ne demandant pas d'être colloquée pour ſa dot, l'intimée ne pouvoit pas le demander elle-même, & obtenir de ſon chef que la dot fût miſe la premiere en ordre. Il eſt vrai que pour ſon recours, & enſuite de l'indemnité promiſe, l'hypothéque de la mere eſt de même date, & vient du jour du contrat de mariage. Mais il ne s'enſuit pas pour cela que l'intimée puiſſe ſe faire colloquer en ordre la premiere, & auparavant que l'appellante, pour ſes autres droits : car, outre qu'elle n'avoit encore rien payé de la dot, elle ne pouvoit pas prendre aucune hypothéque pour ſon recours, au préjudice de l'intimée; & il répugnoit qu'elle pût exercer l'action de ce recours, enſorte qu'elle réfléchît ſur l'intimée, & lui fît perdre ſes autres droits: Si l'intérêt de l'intimée n'y faiſoit obſtacle, & que l'appellante ne diſputât de la préférence qu'avec des tierces perſonnes, c'eſt ſans doute qu'elle auroit la même hypothéque que l'intimée, ſoit de ſon chef propre, ſoit comme ſubrogée; mais contre l'intimée même, elle ne pouvoit pas la faire valoir, parce que par ce moyen elle rendoit ſon obligation infructueuſe & vaine, & ce qu'elle auroit baillé d'une main, elle l'arracheroit de l'autre : Qu'il eſt ainſi décidé en la loi ſeconde, *C. de fidejuſſoribus*, en laquelle les empereurs propoſent qu'un créancier, pour aſſûrer mieux ſa dette, avoit pris une caution, & des gages; mais que c'étoit à ſon choix de ſe payer ſur les gages, ou d'agir contre le fidéjuſſeur. Et quoiqu'en ce cas ils obligent ce creancier de remettre à la caution le droit qu'il a ſur les gages, *jus pignorum in eum transferre*, c'eſt pourtant avec cette exception ; ſi ce n'eſt que ce créancier ſoit encore créancier d'une autre dette : *Sed cùm in alia quoque cauſa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non priùs compellendus eſt transferre pignora, quàm omne debitum exſolvatur.*

Quant aux arrêts deſquels l'appellante tiroit avantage, l'intimée ſoutenoit, que s'ils ont jugé que la dot eſt préférable au douaire, quoique l'un & l'autre naiſſent d'un ſeul & même contrat, ils

BIU Cujas

sont intervenus en l'espece de deux différens créanciers opposans, sçavoir, entre la veuve & les enfans, ou entre deux fidéjusseurs, l'un pour la dot, & l'autre pour l'augment, ou le douaire : Qu'en ce cas la dot est préférable, & il est raisonnable que la mere reprenne ce qu'elle a apporté, avant que les enfans puissent prendre le douaire, qui est un gain & profit : Mais lorsque c'est une même personne qui se trouve créanciere, tant de la dot que de l'augment, & des autres conventions : lorsque c'est la veuve seule qui demande tout cela, aucun autre créancier ne lui peut contester la préférence, ni le choix qu'elle a de se payer premier de ce qui lui est le plus avantageux. C'est en ce cas que l'ordre de l'écriture n'est point considérable, non plus que celui des hypothéques, comme il seroit entre les fidéjusseurs qui se seroient obligés au contrat de mariage, l'un pour les deniers dotaux, l'autre pour le douaire. Que c'est en effet l'espece de l'arrêt donné en la grand-chambre, au rapport de M. des Landes, remarqué par monsieur Loüet, en la lettre D de son recueil, n. 40, & de celui donné en la premiere chambre des enquêtes, les autres consultées au rapport de monsieur Perrot, le 22 mars 1622, & depuis prononcé en robes rouges par monsieur le président de Verdun, le 7 septembre ensuivant, remarqué par monsieur Bouguier en son recueil, sous la lettre D, nomb. 15, de la seconde édition.

Enfin l'intimée disoit, que comme la préférence entre la dot & l'augment, ou le douaire & les autres conventions, ne se doit pas disputer entre le fidéjusseur & la veuve, & qu'à l'égard d'icelle, le mari & le fidéjusseur sont *correi debendi* : aussi, cette question de préférence avoit été jugée en l'individu, par arrêt du 8 janvier 1611, au rapport de monsieur le Maître de Bellejambe, en la quatrieme des enquêtes, *consultis classibus*, remarqué par Brodeau, sur ledit sieur Loüet, à l'endroit cotté. Que cet arrêt produit par l'intimée en cause d'appel, ne laissoit plus lieu d'en douter, puisque c'étoit une même espece, & qu'en icelle, la mere du mari, obligée à l'emploi des deniers dotaux & stipulés propres, offrant les payer après le décès de son fils, à condition d'en être rembourſée sur les biens de sondit fils, & préférée à la veuve pour ses autres conventions, ausquelles la mere n'étoit point obligée, a été déboutée de la préférence qu'elle prétendoit en payant sa dot à la veuve.

4 Nonobstant toutes ces raisons, & la force de ce préjugé, qui paroît formel par l'arrêt qui suit, du 19 juillet 1636, ladite demoiselle Joannin, femme de monsieur Cholier, conseiller en la sénéchaussée & siége présidial de Lyon, perdit sa cause, & fut obligée de se payer premiere de sa dot sur les biens de son mari, afin de décharger d'autant sa caution.

ARRÊT.

Comme de la sentence donnée par notre sénéchal de Lyon, ou son lieutenant, le 10 janvier 1636, entre Marie Joannin, veuve de défunt Octavien Vachias, & à présent femme de Pierre Cholier, conseiller en notre sénéchaussée & siégé présidial dudit Lyon, autorisée par justice à son refus, demandereſſe, & poursuivant la distribution des sommes de 12320 livres, & 5000 livres provenues de la vente des biens, fonds & héritages dudit Octavien Vachias, sis tant en notredire ville de Lyon, qu'aux lieux & paroisses de Colonges, & saint Cire au Mont d'or; & Marie Vachias, femme autorisée par justice au refus de Pierre Guibert, héririere par bénéfice d'inventaire de défunte Leonarde Rey, Sybille Pelletier, veuve de défunt Amable Vachias, & aussi son héritiere par bénéfice d'inventaire, & à présent, femme de Jean Clemenson; Anne Valentin, M. Benoît Delamure, Claude Combet, Matthieu Galliat, Pierre Julliard, Antoine Prud'homme, les abesse, prieure, & religieuse du monastère royal de Saint-Pierre, & M. Philibert de Châtillon, respectivement intervenans. Encore ladite Joannin, demandereſſe en requêtes des 28 juillet & 22 août 1629, 12 juin 1630, 18 octobre & 19 décembre 1635, d'une part; & lesdits Marie Vachias, Sybille Pelletier, abbesse & religieuses de Saint-Pierre, défendereſſes, d'autre. Et ladite Vachias, demandereſſe en requête du 17 février dernier; & ladite Sybille Pelletier, défendereſſe, d'autre; par laquelle notredit sénéchal, en convertissant la sentence provisionnelle du 3 février 1629, en définitive, auroit ordonné qu'il seroit procédé à la distribution dudit prix; sçavoir, en premier lieu à notredit sénéchal, pour la vision & épices dudit procès, vingt écus; au greffier, pour l'expédition de ladite sentence, six écus; à ladite Joannin, cinquante livres à elle adjugées par ladite sentence provisionnelle, pour frais extraordinaires de criées. En second lieu, ausdites dames, abbesse & religieuses de S. Pierre, pour les arrérages de servis, de six deniers à elles dûs de vingt-huit années, sur la maison & lieux vendus, 14 sols. Et encore la somme de six cens seize livres, à laquelle le mi-lod dû par Amable Vachias, à cause de la moitié de ladite maison à lui avenue par le décès dudit Octavien Vachias, se trouvoit avoir été liquidée, en exécution de ladite sentence provisionnelle. Et quant au mi-lod prétendu du chef de ladite Leonarde Rey, qui avoit pareillement succédé audit Octavien Vachias en l'autre moitié de ladite maison, auroient été déboutés purement & simplement, pour n'être dû aucuns mi-lods par los ascendans qui succédoient à leurs descendans, fût-ce par testament, ou *ab intestat*. En troisieme lieu, à ladite Pelletier, hétitiere par bénéfice d'inventaire dudit défunt Amable Vachias, la somme de six cens livres, par ledit Amable Vachias, payée à M. Jean Basset, par exploit contenant quittance du 16 juillet 1725. Plus, la somme de six-vingt treize livres dix deniers, par ledit Amable Vachias, payée à M. Jean Gajan, au nom de M. Jean Baraillon, trésorier du domaine de Forêts, par exploit contenant quittance du 9 juillet 1627. Plus de la somme de quarante livres, d'une part, & trente-six livres d'autre, pour deux voyages payés à des huissiers de la chambre des comptes, les 15 juillet 1627 & 17 février 1628 à cause d'aucuns articles d'un compte rendu par ledit Octavien Vachias, qui étoit en souffrance, avec l'intérêt au denier 16 de toutes lesdites sommes depuis le payement; sur lesquelles & intérêts, seroit précomptée ladite somme de six cent livres adjugée ausdites abbesse & religieuses de Saint-Pierre, pour le mi-lod dû par ledit Amable Vachias, en même rang & ordre de ladite Sibylle Pelletier, les sommes par elle fournies, tant pour autres voyages d'huissiers de ladite chambre des comptes, acquittement d'exécutoires émanés de ladite chambre, que pour faire lever lesdites souffrances, & appurer les comptes rendus par ledit Octavien Vachias, suivant la liquidation qui en seroit faite pardevant le rapporteur du procès, sur les pieces & quittances de nouveau produites par ladite Pelletier, du 20 mars 1626; 18 juillet, 7 décembre 1629, 2 mars, 15 avril, 2 mai, 27 octobre 1630, & dernier août 1634, si mieux n'aimoit alloüer ladite Joannin à ladite Pelletier,

BIU Cujas

Pelletier, pour toute les piéces & quittances, la ſomme de 1220 livres 3 ſols 8 deniers contenue en icelle, avec l'intérêt à raiſon de l'ordonnance depuis le payement. En quatriéme rang, à Charpin la ſomme de 1779 livres, pour les cauſes contenues en ladite ſentence rendue à ſon profit le 27 janvier 1628. En cinquiéme lieu, audit Julliard la ſomme de 421 livres 10 ſols, reſtant de la ſomme de 571 livres 10 ſols, à lui adjugée par ſentence du 16 avril 1625, & pour les cauſes contenues en icelle. En ſixiéme lieu, à ladite Joannin la ſomme de 346 livres, reſtant de la ſomme de 1200 livres, à elle adjugée pour ſon an de deuil, avec l'intérêt de ladite ſomme au denier ſeize, depuis l'interpellation: En même lieu & ordre, à ladite Joannin la ſomme de 250 livres, pour valeur de la robbe, cotte & cotillon à elle conſtituée lors de ſon mariage avec ledit défunt Octavien Vachias: En même lieu & ordre à lad. Joannin la ſomme de dix mille livres à elle due pour ſon augment, avec l'intérêt à raiſon de l'ordonnance, à compter depuis le premier jour de ſeptembre 1625. Et après que ladite Joannin auroit été payée deſdites ſommes, le ſurplus dudit prix, ſi ſurplus y avoit, lui ſeroit donné en déduction & à bon compte des intérêts à elle dûs de la ſomme de 20000 livres, compriſe en ſa conſtitution dotale. En conſéquence de ce, notredit ſénéchal auroit ordonné, que les cautions par elle ou ſon procureur préſentées, en exécution de ladite ſentence proviſionnelle, enſemble celles des autres créanciers utilement colloqués, ſeroient & demeureroient déchargés, & les autres créanciers colloqués par lad. ſentence proviſionelle, qui ſe trouveroient avoir reçu, & qui étoient utilement colloqués par lad. ſentence, condamnés rapporter les ſommes par eux reçues au bénéfice deſdits créanciers utilement colloqués, avec les intérêts à raiſon de l'ordonnance, depuis le jour de la réception; à ce faire, tant eux que leurs cautions, contraints par les voies de droit. Et faiſant droit ſur la requête de ladite Joannin du 12 juin 1634 ladite Marie Vachias, en qualité d'héritiere par bénéfice d'inventaire de ladite Leonarde Rey, auroit été condamnée payer à ladite Joannin ladite ſomme de 20000 livres, avec les intérêts qui reſtoient dûs, juſques à l'actuel payement, & à cet effet ordonné qu'elle rendroit compte pardevant le rapporteur du procès, de l'hoirie de ladite Rey, & que les immeubles de ladite hoirie ſeroient vendus & ſubhaſtés au plus offrant & dernier encheriſſeur; diſcuſſion faite au préalable des immeubles délaiſſés par ledit Octavien Vachias, ſitués au lieu de Lezoud en Auvergne; qui ſeront indiqués par ladite Marie Vachias; & ſans dépens: Eût été appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre ladite Vachias, femme autoriſée par juſtice, au refus dudit Guibert ſon mari, héritier par bénéfice d'inventaire de lad. défunte Leonarde Rey, & ladite Sibylle Pelletier délaiſſée dudit Amable Vachias, & auſſi ſon héritier par bénéfice d'inventaire, & à préſent femme dud. Jean Clemenſon, appellante, d'une part: & ladite Marie Joannin délaiſſée dudit défunt Octavien Vachias, & à préſent femme dudit Cholier, autoriſée par juſtice à ſon refus, intimée, d'autre; ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous: joint les griefs & production nouvelle deſd. appellantes, auſquels lad. intimée pourroit répondre & bailler contredits. Vu icelui procès, griefs, & réponſes: Requête de lad. Vachias, &c. le tout joint & diligemment examiné, Notredite Cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur l'appel de ladite Vachias, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende, en ce que ladite Joannin auroit été miſe en ordre pour les intérêts de trois cent quarante-ſix livres, reſtans de douze cent livres à elle adjugés pour ſon an de deuil, deux cent cinquante livres pour la valeur de ſes habits, & dix mille liv. & intérêts pour ſon augment, auparavant que d'avoir été miſe en ordre pour ſes deniers dotaux, & intérêts qui lui en ſont dûs: & encore en ce que lad. Vachias auroit été condamnée payer ladite ſomme de vingt mille livres entiérement, & intérêts d'icelle: En émendant quant à ce, ordonne qu'après leſdites trois cent quarante-ſix liv. reſtant de douze cent liv. pour l'an de deuil, ladite Joannin ſera miſe en ordre pour vingt mille livres à elle conſtituée en dot, & intérêts de ladite ſomme, à raiſon de l'ordonnance, depuis le premier ſeptembre 1625, juſques à l'actuel payement; plus de deux cent cinquante livres pour la valeur de ſes habits; plus de dix mille livres pour ſon augment & intérêts deſd. deux ſommes, juſques à l'actuel payement: Ce faiſant, condamne ladite Vachias en qualité d'héritiere par bénéfice d'inventaire, de défunte Léonarde Rey, payer à lad. Joannin ce qui ſe trouvera dû de reſte à ladite Joannin deſd. vingt mille livres pour ſes deniers dotaux & intérets d'iceux, pour leſquels elle n'aura été utilement miſe en ordre ſur les biens dudit défunt Vachias ſon mari; lad. ſentence au réſidu ſortiſſant ſon effet: ſur l'appel de ladite Pelletier, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens entre toutes leſdites parties. Prononcé le 19 juillet 1636.

Comme cet arrêt contient pluſieurs autres chefs, & que le lecteur en peut tirer quelque inſtruction; ſçavoir, qu'il n'eſt point dû de lods en ligne directe; qu'en la collatéralle il n'eſt dû que mi-lods, & ainſi des autres points: c'eſt ce qui nous a encore mieux obligé à inſérer ledit arrêt tous entier, lequel ſemble directement oppoſé à l'arrêt ci-deſſus mentionné du 8 janvier 1611. Par le premier, la mere fut déboutée de la préférence, & elle ne put pas empêcher que la veuve ne fût colloquée la premiere pour ſes autres conventions & à l'excluſion du recours que la mere avoit pour ſa dot. Par le ſecond arrêt il a été au contraire jugé que la veuve ſe devoit oppoſer avant pour la dot, que pour l'augment & autres droits; qu'elle ne pouvoit pas troubler & intervertir l'ordre naturel des hypothéques, ni rejetter ſur la mere, que ce qu'elle ne pourroit pas prendre de la dot ſur les biens de ſon mari.

Le ſieur Brodeau, qui, en la derniere édition de ſon commentaire ſur Monſieur Loüet, a traité la queſtion plus amplement qu'il n'avoit fait aux précédentes, ſemble établir la diverſité de ces deux arrêts ſur la diverſité des eſpeces. Il dit donc qu'en la premiere, Louiſe Sachet mere du mari, étoit obligée ſolidairement avec ſon fils à l'emploi des deniers dotaux; & qu'en l'eſpece de notre arrêt, la mere n'étoit que pleige & caution, & n'étoit point obligée ſolidairement à faire ou procurer l'emploi de la dot.

Comme ledit ſieur Brodeau aſſure qu'il avoit écrit en l'un & en l'autre procès, & toujours pour la veuve contre la mere; auſſi faut-il croire ce qu'il en dit: & il y a raiſon de ſoutenir que la mere n'étant point obligée ſolidairement, elle ne pouvoit être pourſuivie qu'après la diſcuſſion des biens du

BIU Cujas

mari. Par conséquent, qu'il falloit que la veuve demandât la dot avant l'augment : au lieu qu'en l'autre espece, elle pouvoit s'adresser directement à la mere, & n'étoit pas obligée de lui remettre ses droits, pour lui faire préjudice, & s'exclure de ses autres droits. C'est la diversité que j'ai pû tirer dudit sieur Brodeau, l'addition nouvelle de son commentaire m'étant tombée entre les mains après avoir dressé le discours susdit.

Quant à la loi seconde, *C. de fidejuss.* elle se peut concilier avec l'arrêt que nous donnons au public, pat la même raison que nous venons de toucher. En l'espece de cette loi, le fidéjusseur ne pouvoit pas agir de lui-même sur les gages ou fonds hypothéqués, il ne le pouvoit faire que par cession & subrogation des droits du créancier. Or comme ce même créancier étoit créancier pour autre cause, & avoit encore hypothéque sur les mêmes fonds, ou sur les mêmes gages, il n'étoit pas obligé de faire place au fidéjusseur, de le faire entrer en son lieu pour s'exclure soi-même ; ni d'établir à son préjudice un recours de garantie qui dût en quelque façon réfléchir sur lui. Mais en l'espece de notre arrêt, la mere pouvoit agir d'elle-même ; & sans attendre la cession ou subrogation, elle pouvoit s'opposer pour la dot, & suppléer au défaut de la veuve. Ou pour mieux dire, au lieu qu'au cas de ladite loi 2, *C. de fidejusorib.* les Empereurs supposent, avant le bénéficé introduit par Justinien, *licere creditori, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam in qua se obligaverit ;* & par conséquent que s'adressant à lui, il n'est pas obligé de remettre ses hypotéques, s'il est créancier d'ailleurs : Au contraire en l'hypotése de l'arrêt du 19 juillet 1636, la mere n'étant que caution, la veuve ne pouvoit pas agir directement contr'elle, & n'avoit pas le même choix que la loi préalleguée donne au créancier.

OBSERVATIONS.

Si la dot passe avant le douaire.

DAns cette question l'auteur examine, si la dot doit passer avant le douaire ; il a de la peine à se déterminer à cause de la diversité des arrêts rapportés par Brodeau, sur monsieur Louet, let. D. ch. 40, cependant Brodeau lui-même n'y fait aucune difficulté

A présent cela ne fait plus de difficulté, la dot passe certainement avant le douaire ; mais cela s'entend de la dot effective, c'est-à-dire de la dot que la femme a apportée à son mari, & non pas de l'action qu'elle à pour l'aliénation de ses biens dotaux, ou pour être récompensée des obligations dans lesquelles elle est entrée avec son mari, que l'on appelle actions de remploi & d'indemnité ; pour cela elle ne passe qu'après le douaire, suivant les arrêts rapportés par Brodeau, au même endroit. La même chose a été jugée depuis le décès de Brodeau par un arrêt du trente-un août 1661, dont il y un extrait rapportée dans le second tome du journal des Audiences, livre 4, chap. 39.

M. Brodeau, au même endroit, nomb. 5, dit, qu'il croit que le privilége doit être restraint à la dot constituée par le contrat de mariage, & non à ce qui a été depuis donné par forme de supplément ou d'également.

Sur la question suivante il sera observé, que l'augmentation de la dot fait sans fraude, a le même privilége que la dot.

5 Ce qui vient d'être dit au sujet du douaire, doit être appliqué à l'augment qui ne vient en hypothéque qu'après la dot. Pareillement ce qui a été dit des remplois & indemnités, a lieu à l'égard de l'augment dans les pays du droit écrit du ressort du parlement de Paris, où les femmes peuvent engager leurs biens dotaux.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

EN Normandie, la dot passe aussi avant le douaire, suivant les arrêts remarqués par M. Basnage, sur l'art. 367 de cette coutume, & dans son traité des hypothéques, ch. 13, pag. 178, & suivantes. Mais dans ce pays-là cette régle souffre deux exceptions ; la 1^e^. Si le contrat de mariage n'a pas été reconnu avant la célébration du mariage, pour lors l'hypothéque du douaire passe avant celle de la dot, suivant l'article 70 d'un réglement du 6 avril 1666.

La 2^e^. la femme a l'option de prendre son douaire avant sa dot, quand le tiers qui est affecté au douaire n'est pas suffisant ; ou enfin, quand il est de son intérêt ou de celui de ses enfans de le faire ainsi. Basnage des hypothéques, pag. 179. & suivantes, fait mention de plusieurs arrêts qui l'ont jugé de la sorte.

Il y a pourtant un cas où la femme n'a pas ce choix, c'est contre la caution de sa dot, en ce cas, elle est obligée de se payer de sa dot avant son douaire, suivant les arrêts cités par le même auteur au même endroit, pag. 187.

BIU Cujas

DU SUPPLÉMENT DE LA DOT.

QUESTION TRENTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le ſupplément, ou augmentation de la dot, a la même hypothéque que la dot.*
2. *Raiſons de la femme, pour établir que c'eſt la même hypothéque.*
3. *Raiſons des créanciers du mari, que la femme, pour le ſupplément de ſa dot, ne doit avoir hypothéque que du jour qu'il a été fait.*
4. *En Auvergne tout ce qui eſt conſtitué ou échu à la femme depuis le contrat de mariage, eſt parafernal.*
5. *Le ſénat de Friſe le juge ainſi.*
6. *La femme n'a point de privilége pour ſes biens parafernaux.*
7. *Progrès du droit ſur cette queſtion.*
8. *Diſtinction entre les meubles & immeubles : l'augmentation de la dot immobiliaire à la même hypothéque que la dot.*
9. Idem, *pour l'augmentation faite en meubles, quand le mari, lors d'icelle, n'a potnt de créanciers.*
10. *Le parlement de Toulouſe le juge ainſi.*
11. *Pour la dot ſimplement reconnue, la femme eſt tenue de juſtifier* unde habuerit.
13. *La loi* aſſiduis *a lieu dans le reſſort du parlement de Toulouſe.*
13. *Le privilége de la loi* aſſiduis *ceſſe, quand les créanciers du mari ont dénoncé leur hypothéque à la femme avant ſon mariage.*
14. *La ſaiſie réelle a le même fait que la dénonciation.*
15. *Le parlement de Toulouſe ſuit la loi* aſſiduis, *même pour les biens ſitués hors de ſon reſſort.*
16. *Avis important aux femmes des pays de Forêts & d'Auvergne.*
17. *Au parlement de provence, la femme paſſe avant tous les créanciers du mari, ſur les biens à lui donnés en faveur de mariage.*
18. *De l'effet de la clauſe de franc & quitte.*

QUESTION XXXIV.

Si le ſupplément d'une dot a la même hypothéque ſur les biens du mari, que la dot même.

PUiſque nous ſommes ſur la même matiere des dots, il ne ſera pas hors de propos d'ajouter une
1 queſtion ſur laquelle nous avons été conſultés : ſçavoir, ſi la femme obtenant un ſupplément de ſa dot par voie de réciſion, ou autrement, le mari venant à recevoir le ſupplément, l'hypothéque en ce cas de reſtitution vient du jour du mariage, ou du jour de la quittance. Nous ſuppoſons que la femme ne ſe ſoit pas conſtituée tous ſes droits ; mais que le frere ou ſon tuteur ne lui ait conſtitué qu'une ſomme, & qu'après, en ſe faiſant reſtituer en entier, elle en ait obtenu le ſupplément : On demande de quel tems les biens du mari ſeront cenſés hypothéqués, & ſi le tout ſe doit regler d'une même ſorte.

La femme ou ſon héritier, prétendant que l'hy-
2 pothéque vient du jour du contrat de mariage, on peut dire pour elle, qu'ayant obtenu ce ſupplément par voie de réciſion, cela marche en arriére, & c'eſt la même choſe que ſi d'abord le tout avoit été conſtitué à la femme : Que ce ſupplément entre dans la dot, & qu'il s'incorpore en elle pour ne faire qu'une même choſe : Que le mari doit donc être cenſé obligé dès-lors pour le tout, & auſſi-bien pour cet acceſſoire que pour le principale. Que comme il le ſeroit pour les intérêts, & que l'hypothéque d'iceux ſeroit de même date ; il en faut autant dire pour ce qui fait partie de la dot, & ſuit ſa nature : Que cela eſt décidé en la loi *inter ſocerum* §. *cum inter ff. de pactis dotalib.* où le juriſconſulte dit, qu'il ne faut pas ſéparer l'augmentation de la dot, d'avec la dot, s'il n'y a convention contraire. *Nec ſeparabitur portio dotis additamenti cauſa data, ſi poſtea nihil aliud conveniat.* Ce qui eſt encore confirmé en la loi *etiam ſi C. de jure dotium :* car l'empereur parlant en icelle de l'action *ex ſtipulatu*, que la femme avoit pour la répetition de ſa dot ; il veut qu'elle ait la même action pour ce qui lui avoit été donné depuis pour ſurcroît de dot ; & il dit que c'eſt une conſéquence : *Cui conſequens eſt, ut etiam id quod additamenti cauſa in dotem datum eſt, eadem actione repetatur.* Si c'eſt la mê-

BIU Cujas

me action, elle doit produire la même hypothéque.

Que conformément à ces textes, les interpretes ont tenu que ce qui eſt donné à la femme en accroiſſement de dot, ſuit les mêmes régles, & a les mêmes priviléges, même pour l'hypothéque tacite. Que *Rollandus à Valle, tract. de lucro dotis, cap.* 100 l'a ainſi tenu par les raiſons qu'il en donne; & même par le texte de la loi 14, *ff. de jure dotium*, où l'accroiſſement de la dot eſt appellé *eadem dos. & non alia*: d'où s'enſuit que n'étant pas une dot nouvelle, on ne peut pas lui donner diverſité d'hypothéque. A quoi l'on peut ajouter ce que maître Julien Brodeau remarque ſur monſieur Louet, en la lettre D. nomb. 39, ſavoir, que quand par le contrat de mariage il y a ſtipulation d'emploi de partie des deniers dotaux, en rentes ou héritages pour ſortir nature de propre à la femme, ſi en après les pere & mere, ou l'un d'eux, donne une autre ſomme de deniers à leur fille pou ſupplément de dot, la même clauſe d'emploi, *pro rata*, & à proportion eſt cenſée répetée.

3 Pour les créanciers, on peut dire au contraire, que les textes allégués peuvent bien donner la même faveur au ſupplément qu'à la dot; mais cela ne ſe doit entendre qu'entre le mari & la femme, & à leur égard, ou des héritiers. Mais ces loix n'ont pas intention d'étendre cette faveur contre un tiers, ni de lui ôter le droit qui lui eſt acquis. Paſſe que le pere, ayant augmenté la dot, cette augmentation ſe doive régler comme la dot principale, & ſuivre la même nature que le contrat porte. Paſſe que l'emploi s'en doive faire de la même ſorte, & qu'en cas de reſtitution, l'intérêt coure auſſi-bien du ſupplément que du reſte. Tout cela ne regarde que le mari, & c'eſt ſon intérêt ſeul, qui n'eſt pas conſidérable. Mais que la dot recevant un nouvel accroiſſement par le don du pere, ou par voye de réciſion, cela puiſſe nuire à un tiers; c'eſt ce qui n'eſt pas raiſonnable: Que ce que le mari reçoit hors la convention du mariage, & par une cauſe ſurvenante puiſſe marcher en arriere, & détruire l'hypothéque acquiſe à un créancier, c'eſt ce qui n'eſt pas concevable. Tout ainſi qu'on dit, que *medium inhabile impedit conjunctionem extremorum*; auſſi faut-il avouer qu'il répugne qu'on puiſſe joindre l'hypothéque de la dot, & l'hypothéque du ſupplément d'icelle, au préjudice d'un créancier intermédiaire, à qui l'on ne peut ôter le droit qui lui eſt acquis: autrement il s'enſuivroit qu'un mari qui ſe verroit perdu, n'auroit qu'à paſſer quittance à ſon beau-pere d'un ſupplément imaginaire, s'il vouloit faire perdre à ſes créanciers ce qui leur peut être dû.

On peut ajouter que la dot n'eſt cenſée que par rélation au mariage, & qu'à l'égard du mari même, on ne peut appeller dot, que ce qui eſt conſtitué par le contrat qui le lie avec la femme. Donc tout ce qui ſe donne après le mariage n'eſt plus dot, ni même ſupplément de dot. Si c'eſt un ſupplément de droits ou de légitime, & quoique le mari le reçoive, c'eſt plûtôt comme un bien adventif qu'un bien dotal. Le bénéfice ne lui en eſt pas commun ni égal; & à toute rigueur, il en peut être comptable. C'eſt la diſpoſition de la loi *Titia, ff. de jure dotium*, en laquelle le juriſconſulte propoſe, que la femme qui pour ſes droits avoit pris un fonds, & ſe l'étoit conſtitué, s'étant après fait relever pour rentrer dans ſes droits, le mari ne pouvoit pourtant prétendre pour & au lieu de la dot, que la ſeule valeur du fonds. Que ſon intérêt ſe devoit réduire *in meram æſtimationem prædii*, & que même il la falloit référer au tems que la conſtitution auroit été faite: *In hoc tempus referendum quo in dotem fundus datus eſt.* C'étoit pourtant un ſupplément, & on pouvoit dire que la reſtitution en entier avoit un effet rétroactif. Il s'enſuit donc delà que la véritable dot conſiſte en ce que la femme s'eſt conſtituée, en ce que le pere lui a donné. Hors cela, tout le ſurplus, ou qu'elle a pour lors, ou qui lui arrive depuis, eſt cenſé paraphernal, ou bien adventif. Par conſéquent, que la femme ne peut avoir hypothéque ſur ce ſurcroît, que du jour de la réception des deniers, ſuivant la déciſion expreſſe de la loi derniere, *C. de pactis conventis, tam ſuper dote*, en laquelle l'empereur, au défaut d'une convention expreſſe, ne donne hypothéque que du jour, *ex quo maritus pecunias exigit.* Et c'eſt par la même raiſon, que pour le remploi des héritages de la femme, autres que les dotaux que le mari a aliénés, l'hypothéque ſur les biens d'icelui ne vient que du jour de l'aliénation, ſuivant l'opinion d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne en l'art. 410.

Le bailli de Viverols ayant ſuivi ce dernier ſentiment, nous ne jugeâmes pas qu'il y eût lieu de 4
réclamer; & comme c'étoit dans la coutume d'Auvergne, nous nous fondâmes encore ſur l'article 8 du titre des donations & dots de cette coutume; car il eſt dit en cet article, que tous les biens que la femme a au tems de ſes fiançaillles, ſont tenus & réputés biens dotaux, s'il n'y a dot particuliere, conſtituée en traitant le mariage. Donc, *à contrario ſenſu*, & par la force de l'exception, y ayant eu conſtitution, tout ce que la femme a d'ailleurs, ou peut avoir, eſt hors de la dot, & doit être cenſé bien paraphernal, ou adventif. C'eſt l'opinion du docteur Aimon, ancien commentateur de la coutume d'Auvergne; & il en dit cette raiſon, que le mari & la femme, lors du mariage, ne penſoient pas aux biens depuis avenus, & par conſequent, qu'ils ne peuvent pas faire partie de la dot, ni l'augmenter. Mais plus formellement pour la queſtion, Baſmaiſon, en ſa paraphraſe ſur la même coutume, en l'article cotté, tient que ſemblable droit de réciſion ou ſupplément, n'entre point en la dot, n'en prend pas la nature ni les droits; bref, n'eſt ni dotal, ni adventif, mais plûtôt paraphernal.

Depuis, le recueil des déciſions du ſénat de Friſe, que *Joannes à Sande* a donné au public, 5
nous étant tombé entre les mains, nous y avons trouvé notre queſtion traitée & décidée. Il demande ſi tous les biens de la femme ſont cenſés dotaux, & ſi pour tomber au pouvoir du mari, ils peuvent avoir les priviléges que les loix donnent à la dot. Il tient pour la négative, & cite pluſieurs auteurs qui ſont de ce ſentiment. Il diſtingue à cet effet le droit d'avec la ſimple adminiſtration, *tranſeunt omnia mulieris bona in curam, non in dominium mariti.* Il conclut donc, *mulierem in bonis de quibus dos non eſt conſtituta, non habere privilegia dotalia, ut hypotecam tacitam eamque privilegiatam, & alia.* Et il aſſûre que le ſénat de Friſe l'a ainſi jugé.

Auſſi, monſieur Bouguier, en ſon recueil, lettre D, article 14, rapportant l'arrêt de préférence, ob- 6
tenu par la veuve de Jean Particelli, remarque que la femme n'eſt point préférable pour les biens paraphernaux, & que pour iceux elle doit venir à contribution avec les autres.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si la femme pour l'augmentation de sa dot faite après le mariage, à la même hypothéque que pour la dot à elle constituée par son contrat de mariage.

L'Auteur dans cette question & dans la 63 de ce livre sur la fin, établit, que la femme pour l'augmentation du supplément de sa dot, n'a pas la même hypothéque que pour la dot à elle constituée par son contrat de mariage; il prétend que l'hypothéque pour le supplément de la dot, ne peut pas remonter au jour du contrat de mariage au préjudice des créanciers du mari.

Cette proposition souffre quelques exceptions; pour cela il faut observer le progrès du droit sur cette matiere. 7

Le Jurisconsulte Papinien, dans la loi 26, §. 2, *de pact. dot.* dit, que l'augmentation de la dot ne doit point être séparée de la dot, c'est-à-dire qu'elle a le même privilége.

L'empereur Gordien, dans la loi 8, au code *de jure dot.* dit la même chose; mais ces deux loix ne parlent simplement que de l'action pour répeter la dot & son augmentation.

L'empereur Justin, dans la loi *si constante 19 de donat. ante nupt.* permet à la vérité aux femmes d'augmenter leur dot pendant le mariage, & au mari d'augmenter pareillement la donation à cause de nôces à proportion; mais il ne donne hypothéque pour l'un & pour l'autre, que du jour de l'augmentation, & ne la fait point remonter au jour du mariage: *Jura etiam hypotecarum quæ in augenda dote vel donatione fuerint, ex eo tempore initium accipiant, ex quo eædem hypotecæ contractæ sunt, & non ad prioris dotis vel ante nuptias donationis tempora referantur.*

L'empereur Justinien, par sa novelle 97, chap. 2, a dérogé à cette loi. Il destingue entre l'augmentation qui se fait en immeubles, & celle qui se fait en meubles. Dans le premier cas, il donne à la femme une hypothéque, tant pour la dot constituée au tems du mariage, que pour l'augmentation faire depuis: *mulierem omnino per immobiles res celebrare augmentum, ut & dos & augmentum similiter habeat adversus antiquiores creditores privilegium.* 8

Il faut observer que par cette novelle, aussi-bien que par la loi *assiduis*, Justinien accorde à la femme une hypothéque antérieure aux créanciers de son mari, même avant le contrat de mariage.

Dans le second cas, Justinien distingue encore, si le mari a des créanciers dans le tems de l'augmentation de la dot, ou s'il n'en a point. S'il en a, il ne veut pas que la femme puisse acquérir aucun privilége, ni hypotéque pour l'augmentation de sa dot; mais s'il n'en a point, il semble lui accorder le même privilége que pour l'augmentation faite en immeubles: *quæ enim erit circumventionis suspicio, viro obligato nulli existente, & præterea augmentis sine tergiversatione factis.* C'est ainsi que M. Cujas explique les termes de cette novelle. M. Faber, dans son code sur le titre, *qui pot. in pign. hab.* est aussi de cet avis, aussi-bien que Despeisses, tom. 1, pag. 458, nomb. 37, & M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 55. 9

Cependant M. Cambolas, dans ses décisions, liv. 4, chap. 20, fait mention d'un arrêt rendu au parlement de Toulouse, le premier septembre 1619, qui a jugé que la reconnoissance d'une dot, augmentée pendant le mariage, ne devoir point nuire aux créanciers du mari, quoique postérieurs, suivant la loi *si constante*, & l'autentique *sed* mise après; mais cette authentique n'étant pas conforme à la novelle 97, d'où elle est tirée, l'on ne doit point y avoir égard. En effet, M. Catelan, dans le chapitre ci-dessus, cite deux arrêts du même parlement, qui ont jugé conformément à la novelle, quand il paroît d'une numération réelle. 10

Si la dot reconnue par le mari, que les docteurs appellent, dos confessata, *produit hypothéque du jour du contrat de mariage.*

Voilà pour ce qui concerne l'augmentation de dot faite pendant le mariage; mais quand la femme, par son contrat de mariage, s'est constituée en dot généralement tous ses biens, & que depuis le mari ayant contracté des dettes, reconnoît postérieurement avoir reçu quelque somme de sa femme, sçavoir si la femme, pour les deniers ainsi reconnus à son profit, aura hypothéque du jour de son contrat de mariage, avant les créanciers postérieurs, à la vérité, à son contrat de mariage, mais antérieurs à la reconnoissance passée par son mari. En ce cas la femme est obligée de justifier d'où proviennent 11

BIU Cujas

les deniers, *unde habuerit*, ſuivant la juriſprudence des arrêts des parlemens de droit écrit. Papon, dans ſes arrêts, liv. 10, tit. 2, art. 3, & liv. 11, tit. 3, art. 8, Cambolas, liv. 4, chap. 20, Faber, cod. *de dote cauta non num.* Baſſet, liv. 4, tit. 5, chap. 2 & 3, Boniface, tom. 1, liv. 6, tit. 9, chap. 1. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 474, nomb. 85, Lapeyrere, let. D, nomb. 122. Coquille, queſt. 120 eſt auſſi de ce ſentiment. J'ai vu deux arrêts rendus au parlement de Paris, qui ont jugé la même choſe.

De l'uſage de la loi. aſſiduis.

12 Nous avons dit que Juſtinien, par la loi *aſſiduis*, accorde aux femmes pour leur dot une hypothéque antérieure à tous créanciers, même par préférence à ceux qui ſont avant le mariage; mais cette loi n'eſt point obſervée au parlement de Paris, ni dans aucun des parlemens de droit écrit, à la réſerve de celui de Toulouſe, où elle eſt ſuivie, ſuivant les arrêts rapportés par meſſieurs d'Olive, liv. 3, chap. 22, la Rocheflavin, liv. 2, tit. 6, art. 1, Cambolas, liv. 4, chap. 48, Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 468, nomb. 71. Dans ce parlement, l'hypothéque paſſe ſur les biens du pere du mari qui a reçu la dot, ou qui a aſſiſté au mariage; Cambolas *eodem*, Graverol, ſur la Rocheflavin *eodem*, Albert, ſur le mot *dénonciation*, art. 10. * Cette hypothéque n'a pas lieu ſur les biens de la mere. Albert *eodem*, ſur la fin.

13 Mais les créanciers antérieurs au mariage ont un moyen pour empêcher l'effet de cette loi, en faiſant notifier leurs hypothéques à la femme, ou à ſes parens, avant ſon mariage, ſelon la remarque des mêmes auteurs. Suivant les derniers arrêts rapportés par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 35, il faut que la dénonce ſoit faite à la future épouſe, en parlant à ſa perſonne.

14 La ſaiſie-réelle des biens du mari a le même effet que la dénonce, ſuivant le témoignage d'Albert, ſur le mot *dénonce*, & celui de M. Catelan, chap. 34, au même endroit. Les enfans du premier lit ne ſont pas obligés à cette formalité; ils conſervent leur hypothéque ſur les biens de leur pere, non-ſeulement pour la dot de leur mere, mais auſſi pour les biens parafernaux, & pour le reliqua de leur compte, tant en principal qu'intérêt, pour être payés préférablement à la dot de leur belle-mere, ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés par Meſſieurs Combolas, liv. 5, chap. 6, & Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 22, ſur la fin, & liv. 8, chap. 5 & 8. Le pupille étranger a le même privilége, ſuivant le témoignage de M. Catelan, au même endroit.

15 La loi *aſſiduis* n'étant ſuivie qu'au parlement de Toulouſe, j'avois deſſein de n'en parler qu'en paſſant: cependant je crois devoir faire encore une obſervation générale pour tout le royaume. Le parlement de Toulouſe ſuit la diſpoſition de cette loi dans la diſtribution des immeubles ſitués dans ſon reſſort, quoique les conjoints & les créanciers ſoient domiciliés dans un autre pays, & que les contrats aient été paſſés ailleurs. Cela a été ainſi jugé entre des perſonnes domiciliées dans le reſſort du parlement de Bordeaux, dans la diſtribution des deniers procédans de la vente d'une terre appartenante au mari, ſituée au pays d'Armagnac, qui eſt du reſſort du parlement de Toulouſe, ſuivant un arrêt rendu le 28 novembre 1639, qui eſt rapporté par M. d'Olive, liv. 3, chap. 25, & ſuivant le témoignage de M. Lapeyrere, lettre H, nombre 70 & 94 de la nouvelle édition.

Par ce même arrêt, les créanciers qui avoient contracté dans le reſſort du parlement de Bordeaux, ne furent colloqués qu'après tous les capitaux, ſuivant l'uſage du parlement de Toulouſe, qui eſt encore ſingulier ſur cela, comme le remarque M. d'Olive, au même endroit, dans les additions.

Avis au Lecteur.

16 Les habitans des pays de Forêts & d'Auvergne, qui ſont limitrophes des provinces du Velay & du Quercy, qui ſont du reſſort du parlement de Toulouſe, poſſédent ſouvent des héritages dans ces provinces. Les femmes bien conſeillées, qui ſe défient que les biens de leurs maris ne ſoient pas ſuffiſans pour le payement de leur dot, parce qu'il y a des créanciers antérieurs à leur mariage, doivent promptemen faire ſaiſir ces héritages, & porter la ſaiſie pardevant les juges du reſſort du parlement de Toulouſe; & ſi les biens ont été vendus par le mari pendant ſa vie, elles doivent faire aſſigner les acquéreurs en déclarations d'hypothèque pardevant les mêmes juges, afin d'être colloquées avant tous les créanciers.

Voilà à quoi ſert la bigarrure de la juriſprudence de France; ces ruſes de pratique ſont indignes de la ſageſſe des loix, de la prudence des magiſtrats, & de la régularité d'un état bien policé.

BIU Cujas

Quoique cette loi ne ſoit pas ſuivie au parlement de Provence, néanmoins il y a un 17
cas où l'hypothèque de la femme paſſe avant celle des créanciers antérieurs au mariage; ſçavoir ſur les biens donnés au mari en faveur du mariage, ainſi que M. du Perrier, liv. 4, queſt. 3, l'établit fort doctement.

La juſtice, auſſi-bien que la politique, deſireroit que cette juriſprudence fût obſervée par-tout; elle faciliteroit les mariages, dont la faveur doit l'emporter ſur l'intérêt des particuliers. D'ailleurs les créanciers du mari n'ont pas ſujet de ſe plaindre qu'on leur fait perdre leur hypothèque, puiſqu'ils n'en ont point encore d'acquiſe ſur les biens que le pere donne à ſon fils en contemplation du mariage, & à la conſidération de la femme qu'il épouſe, & qu'il n'auroit peut-être pas épouſée ſans cette donation, à laquelle il y a une condition tacite & inhérente; qu'elle n'a été faite qu'en faveur du mariage, de la femme & des enfans uniquement. Si cette condition étoit exprimée dans le contrat, il eſt certain que les créanciers du mari, quoiqu'antérieurs au mariage, ne pourroient pas prétendre exercer leur hypothèque ſur les biens compris dans la donation, au préjudice de la femme & des enfans: or dans le droit, la condition tacite a la même force que la condition exprimée.

De l'effet de la clauſe par laquelle le pere déclare le fils franc & quitte.

Dans les pays de coutumes, l'on prend une précaution à peu près ſemblable. La femme, ou ſes parens, obligent le pere du futur époux, à déclarer ſon fils franc & quitte de toutes dettes: au moyen de cette ſtipulation, la femme a ſon recours ſur les biens du pere de ſon mari; mais cette précaution n'eſt pas ſi légale, ni ſi ample que la précédente: à la vérité, elle met à couvert l'intérêt de la femme; mais en même tems elle expoſe le pere du mari à la fureur des créanciers de ſon fils, antérieurs à ſon mariage, quoique ces ſortes de créanciers ſoient peu favorables, puiſque leur créance procéde ſouvent d'une mauvaiſe cauſe; leur argent eſt employé ordinairement aux débauches & au libertinage des enfans: d'ailleurs, dans ces ſortes d'obligations, il y entre toujours beaucoup d'uſures.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

IL eſt vrai qu'autrefois tous les créanciers du fils, que ſon pere ou ſa mere avoit dé- 18
claré franc & quitte par ſon contrat de mariage, avoient une action contre le pere ou la mere, pour le payement de leur dû, ainſi qu'il fut jugé par un arrêt rendu en la grand'chambre au mois de janvier 1648, contre M. Paſtoureau, conſeiller de la cour, qui avoit déclaré ſon fils, auſſi conſeiller en la cour, franc & quitte.

Mais depuis la juriſprudence a changé, avec raiſon; car cette clauſe n'a été introduite qu'en faveur de la femme; ce n'eſt qu'une eſpece de cautionnement pour la ſûreté de la dot & des conventions de la femme, qui ne peut profiter aux créanciers du fils, par trois raiſons.

La premiere, parce que ce n'eſt pas l'intention des pere & mere du fils, de s'engager indéfiniment à payer tous les créanciers de leur fils.

La ſeconde, ſuivant les premiers élémens du droit, les ſtipulations ne ſervent qu'à ceux qui les font; elles ne profitent point aux autres, *alteri ſtipulari nemo poteſt, inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod jus intereſt, inſtit. de inutil. ſtipul.* § 19.

La troiſiéme, ces ſortes de créanciers ne ſont pas aſſez favorables pour faire violence aux régles, & à l'équité en leur faveur.

Enfin cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre ſur les concluſions de M. Talon, le 1 avril 1667, rapporté dans le journal des audiences. Par cet arrêt, la mere du commiſſaire Baudelot, qui avoit marié ſon fils franc & quitte, fut condamnée d'acquitter ſa bru des condamnations portées par la ſentence de ſéparation que cette bru avoit obtenue au châtelet, & ſur les demandes des créanciers, les parties furent miſes hors de cour.

Il faut encore obſerver que le cautionnement que produit cette clauſe, n'eſt que pour les dettes hypothécaires; car, s'il avoit lieu pour les dettes chirographaires, il dépendroit d'un fils de mauvaiſe foi de ruiner ſes parens, en faiſant des promeſſes ſous ſeing-privé qu'il antidateroit avant ſon contrat de mariage. C'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur M. du Pleſſis, au titre de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 4, à la fin.

Je trouve cette diſtinction très-judicieuſe, & en même tems très-néceſſaire, mais elle eſt trop générale; il faut la reſtraindre aux promeſſes & aux billets ſuſpects de fraude & d'antidate. Car s'il conſte qu'ils ont été faits avant le mariage, il n'y a pas de doute

BIU Cujas

que le pere ou la mere doivent en acquitter leur bru : auſſi-bien que ſi c'étoit une dette hypothécaire ; l'effet de la clauſe de franc & quitte comprend généralement toutes les dettes du fils, de quelque nature qu'elles puiſſent être ; ainſi il n'y a que l'exception de fraude contre les dettes chirographaires.

J'ai dit dans ma premiere obſervation, qu'au parlement de Provence la femme paſſe avant les créanciers antérieurs de ſon mari, ſur les biens à lui donnés en faveur de mariage. La même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Grenoble, ſuivant un arrêt du 16 juin 1638, cité par Chorier, dans ſa juriſprudence ſur Guy Pape, p. 222, art. 3, nomb. 3, à la fin.

M. Auzanet, ſur l'art. 248, de la coutume de Paris, vers la fin, fait mention d'un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, le 21 janvier 1625, par lequel il a été jugé, que les héritages donnés par un pere à ſon fils en faveur de mariage, ſont ſujets au douaire de la femme francs & exempts de dettes créées par le mari avant ſon mariage, ſur ce que l'on préſume que les donations faites par contrat de mariage, ſont faites en faveur de la femme & des enfans, ſans conſidérer les créanciers étrangers.

DES NOTAIRES SUBALTERNES.

QUESTION TRENTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les notaires ſubalternes ne peuvent inſtrumenter hors de leur reſſort.*
2. *Les notaires royaux peuvent inſtrumenter dans toute l'étendue du bailliage où ils ont été reçus.*
3. *Les contrats paſſés par un notaire ſubalterne entre des perſonnes domiciliées, hors ſon reſſort, ne produiſent point d'hypothéque.*
4. *Arrêt du 9 février 1647, qui l'a ainſi jugé.*
5. *La juriſprudence a varié ſur cette queſtion.*
6. *Déclaration du roi, du 17 ſeptembre 1697, qui régle la choſe.*

QUESTION XXXV.

Si les contrats reçus par notaires ſubalternes des ſeigneurs hauts-juſticiers, entre perſonnes qui ne réſident point dans leur territoire, & pour héritages qui n'y ſont pas ſitués, peuvent porter hypothéque.

1 IL eſt certain qu'un notaire non royal, qui inſtrumente hors ſon reſſort, ne peut pas faire un acte public, & qui ait une exécution prompte & parée. C'eſt parce que les notaires, hors leur territoire, ne ſont que perſonnes privées, & que leur pouvoir ayant ſes limites, il ſe termine avec elles. Si les juges néceſſaires, & qui ont un caractere plus noble, ceſſent d'être juges hors de leur reſſort, il y a bien plus d'apparence d'aſſurer le même des juges volontaires. Il n'en eſt pas ainſi des notaires royaux, encore que leur pouvoir ſoit limité ;
2 il n'eſt pas ſi court. Encore qu'ils ne puiſſent pas exercer leur charge au-delà de leurs bornes, ils ne laiſſent pas d'avoir une juriſdiction plus ample. Comme ils ſont pour l'ordinaire notaires royaux d'un bailliage, auſſi peuvent-ils recevoir tous actes dans toute l'étendu du ſiége. Ils ne ſont attachés à un lieu, & il leur eſt auſſi libre de faire leur fonction dans tout le bailliage, que de demeurer où bon leur ſemble.

Nous n'en dirons pas davantage à cauſe que Monſieur Louet, & ſon commentateur, en ont parlé aſſez amplement. C'eſt en la let. N. art. 10, du recueil dudit ſieur Louet, où nous renvoyons le lecteur, pour propoſer une autre queſtion, qui a bien quelque rapport, mais pourtant eſt différente.

Il eſt vrai que le notaire non royal ne peut recevoir aucun acte hors ſon territoire, & qu'il ne 3
peut ſortir d'icelui ſans y laiſſer ſon pouvoir ; & de perſonne publique, devenir perſonne privée. Mais ſuppoſons que ce notaire ſubalterne demeure dans ſon détroit, & que des forains le viennent trouver & contractent devant lui. Ce contrat ſera-t-il valable, pourra-t-il produire hypothéque, & donner un droit préférable au droit des créanciers, auſquels le débiteur s'oblige après devant un notaire royal ? Il ſemble que puiſque le notaire eſt dans ſon reſſort, & qu'on le vient trouver au lieu où ſa juriſdiction eſt établie, l'acte qu'il reçoit eſt auſſi valable, que s'il avoit été reçu par un notaire royal. La cour a pourtant jugé le contraire, & l'arrêt en fera voir les raiſons, puiſqu'il contient les moyens qui furent déduits.

Extrait des regiſtres du parlement.

COMME procès eût été mu pardevant notre 4
prévôt de Saint-Germain-en-Laye, entre Hilaire Maſſon, & Jacquette Horeſt ſa femme, auparavant veuve de feu Jean Durant oppoſant à l'ordre & diſtribution des deniers procédans de la vente & adjudication par décret d'une maiſon & lieux ſis

BIU Cujas

ſix audit Saint Germain, ſaiſis & vendus ſur Etienne Boult, curateur créé à la ſucceſſion vacante de Pierre Raffront, vivant habitant dudit Saint-Germain, demandeur en préférence d'hypothéque, & défendeur, d'une part; & Jacquette Maſſon, veuve de feu Daniel Pilaſtre, demeurant audit Saint-Germain, auſſi oppoſante audit ordre, défendereſſe & demandereſſe en préference d'hypothéque, d'autre. De la part deſquels Maſſon & ſa femme euſſent été déduites pluſieurs raiſons & moyens, tendans à fin d'être mis en ordre ſur les deniers procédans de ladite adjudication par décret, pour la ſomme de quatre-vingt-quatre livres, à eux due par ledit défunt Raffron, par obligation du 3 janvier 1639 du jour d'icelle; & pour les moyens, diſoient qu'ils étoient légitimes créanciers dudit défunt Raffront, de ladite ſomme de 84 livres, par obligation paſſée pardevant notaire ſubalterne de l'Eſtang, ledit jour 3 janvier 1639, du jour de laquelle ils auroient acquis leur hypothéque ſur tous les biens dudit Raffront, quoique ladite obligation fût paſſée pardevant un notaire ſubalterne, & entre parties demeurant hors de ſon détroit, d'autant que tous notaires étoient perſonnes publiques, fondées en pouvoir de paſſer toutes ſortes d'actes & contrats pourvû que ce ſoit dans l'étendue de leur détroit, n'importe pas que les parties y fuſſent demeurantes, ou non; parce qu'il étoit en leur liberté de contracter en un autre lieu que celui de leur demeurance: que leur obligation étoit de cette qualité, paſſée au lieu de l'Eſtang, dans le détroit du notaire qui l'avoit reçu, où les parties s'étoient volontairement tranſportées & ſoumiſes, & partant portoit hypothéque; laquelle étoit antérieure & préférable à celle de ladite Jacquette Maſſon, créanciere en vertu d'un contrat, lequel, quoique paſſé pardevant un notaire royal, étoit poſtérieure en date à ladite obligation, & par ces moyens ſoutenoient être bien fondés en leurs concluſions. Au contraire, de la part de ladite Jacquette Maſſon, euſſent été auſſi déduites pluſieurs raiſons & moyens, tendans à ce qu'elle fût miſe en ordre ſur leſdits deniers, par préférence auſdits Hilaire Maſſon & ſa femme, pour le ſort principal & arrérages de ſeize livres treize ſols quatre deniers de rente, à elle dûe par ledit défunt Raffront, par contrat du 8 février 1639, frais & dépens: & pour ſes moyens diſoit qu'encore que ſon contrat fût poſtérieur en date à l'obligation deſdits Maſſon & ſa femme, néanmoins elle devoit être préférée en hypothéque, d'autant que ſondit contrat étoit paſſé pardevant un notaire royal, & avoit ſon hypothéque aſſurée, & que ladite obligation au contraire, n'étoit paſſée que par un notaire ſubalterne, & entre perſonnes étrangeres demeurant hors de l'étendue de ſon détroit; ainſi n'engendroit aucune hypothéque, & ne pouvoit être conſidéré que comme une écriture privée, n'étant pas au pouvoir des notaires des ſeigneurs particuliers & ſubalternes, d'inſtrumenter pour autres que pour les ſujets deſdits ſeigneurs demeurans dans l'étendue de leur ſeigneurie & juriſdiction; dans laquelle étoit limité tout leur pouvoir, & ſous laquelle il n'étoit pas en la liberté des étrangers de ſe ſoumettre, & partant ſoutenoit être bien fondée en ſes concluſions. Tant eut été procédé par devant notredit prévôt de ſaint Germain, que par ſa ſentence du 16 février 1645, il auroit ordonné que ladite Jacquette Maſſon ſeroit payée par préférence auſdits Hilaire Maſſon & ſa femme, du ſort principal de ladite rente de ſeize livres treize ſols quatre deniers, mentionnés audit contrat, arrérages d'icelle, frais & dépens; à cette fin que mandement lui en ſeroit délivré par le commiſſaire de ladite prévôté, qui avoit fait ledit ordre, & ſans dépens. De laquelle ſentence eût été appellé par leſdits Hilaire Maſſon & ſa femme, pardevant notre prévôt de Paris, où appointée, après avoir reſpectivement écrit & produit, il auroit par ſa ſentence du 13 décembre 1645, ſur l'appel, mis les parties hors de cour & de procés, & ordonné que la ſentence dont étoit appel, ſortiroit ſon effet, nonobſtant choſe propoſée au contraire par leſdits Hilaire Maſſon & ſa femme, dont ils auroient été déboutés, & ſans dépens de la cauſe d'appel; fors ceux de la viſitation du procès & coûts de ladite ſentence, qui ſeroient payés par leſdirs Hilaire Maſſon & ſa femme: Eût été de la part deſdits Hilaire Maſſon & ſa femme appellé en notre cout de parlement, en laquelle le procès conclu & reçu, pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous, joint les grief hors le procès, moyens de nullité, & production nouvelle deſdits appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance: auſquels griefs, & prétendus moyens de nullité, l'intimée pourroit répondre, contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens deſdits appellans: icelui procès vû, & requête par leſdits appellans employée pour griefs; réponſes; forcluſions de fournir moyens de nullité & produire de nouveau, après que toutes les chambres de notredite cour ont été conſultées; tout joint & diligemment examiné, notredite cour par ſon jugement & arrêt a mis & met l'appellation au néant, ſans amende: ordonne que la ſentence de laquelle a été appellé ſortira ſon effet, ſans dépens de la cauſe d'appel. Prononcé le neuviéme jour de février mil ſix cent quarante-ſept.

OBSERVATIONS.

DAns cette queſtion l'auteur décide, que les actes reçus par les notaires des juſtices ſeigneuriales, entre des perſonnes qui ne ſont pas demeurantes dans l'étendue de leur juriſdiction, ne produiſent point d'hypothèque, quoique l'acte ſoit paſſé dans ſon détroit.

La juriſprudence a fort varié ſur cette queſtion, les derniers arrêts ont jugé, que les actes reçus par ces notaires produiſent hypothéque, pourvu qu'un des contractans ſoit domicilié dans l'étendue de la juſtice. 5

Je n'en dirai pas davantage en cet endroit; parce que j'ai traité la queſtion aſſez amplement dans le livre 2, queſtion 28, où j'ai cité tous les auteurs qui ont traité la queſt. & dans la queſt. 25 du même liv. j'ai rapporté une déclaration du roi du 17 ſeptembre 1697, qui fait défenſes aux notaires & tabellions des ſeigneurs, d'inſtrumenter hors leur 6

BIU Cujas

reſſort, ni pour raiſon des immeubles ſitués hors l'étendue de leur juriſdiction, & défend à tous juges d'admettre aucunes hypothèques ni priviléges en vertu des actes & contrats paſſés par leſdits notaires, ſur des immeubles ſitués hors leur juriſdiction.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MOnſieur Cujas reproche aux auteurs ultramontains, d'être diffus dans les queſtions faciles, & courts dans les queſtions difficiles : & on peut faire le même reproche à pluſieurs auteurs de notre nation : pour l'éviter, je ſuis tombé dans un autre défaut, je ne me ſuis pas arrêté à traiter les queſtions triviales, j'ai renvoyé aux auteurs qui les ont traitées amplement ; c'eſt ainſi que j'en ai uſé ſur cette queſtion.

Mais j'ai oublié de parler d'une queſtion importante que notre auteur ne touche qu'en paſſant, qui conſiſte à ſavoir, ſi les notaires royaux peuvent inſtrumenter dans toute l'étendue du bailliage, où ils ont été reçus, quoique ce ne ſoit pas le lieu de leur réſidence : Notre auteur ſoutient l'affirmative avec raiſon. C'eſt encore une queſtion de ſavoir ſi les notaires royaux de différens bailliages peuvent inſtrumenter les uns chez les autres, quand tel eſt l'uſage. L'affirmative a été jugée par un arrêt très-autentique, après un arrêt interlocutoire rendu ſur les concluſions de M. le procureur-général, pour informer de l'uſage, en rapportant des actes de notoriété de tous les ſiéges voiſins. Cet arrêt peut ſervir de réglement général, c'eſt pourquoi le lecteur me ſçaura gré de le rapporter en forme.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis. Savoir faiſons, qu'entre Françoiſe Fulshiron, fille majeure, héritiere teſtamentaire de défunte damoiſelle Catherine Roze de Chazelles, appellante d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée de ſaint Etienne, le 23 décembre mil ſept cent ſeize, & de ce qui a ſuivi, d'une part ; & damoiſelle Laurence de Leſgallerie du Taillot : veuve de M. Antoine Chazelles, avocat, au nom & comme tutrice & curatrice de demoiſelle Catherine Roze de Chazellet, leur fille unique, intimée, & entre ladite Fulshiron demandereſſe en requête du 18 mai 1718, & ladite Leſgallerie, défendereſſe, & entre ladite Leſgallerie, demandereſſe en requête du 20 mai 1717, & ladite Fulshiron, défendereſſe, d'autre. Vû par notredite cour, la ſentence rendue en la ſénéchauſſée de ſaint Etienne, le 23 décembre 1716, par laquelle ſans préjudice aux droits des parties, & ſans que les qualités puiſſent nuire, elles auroient été appointées au conſeil ſur l'appel, & ſur les demandes en droit & joint, & cependant permis de faire procéder à l'inventaire des effets, titres & papiers délaiſſés par ladite Roze de Chazelles, pardevant Trablaine, notaire commis à cet effet, les ſcellés préalablement reconnus, & leſdits effets remis à ladite Fulshiron, en donnant par elle bonne & ſuffiſante caution, les frais dudit inventaire ſupportés par qui il appartiendroit, & avancé par la partie la plus inſtante, dépens réſervés ; la requête de demande de ladite Fulshiron du 18 mai 1718, à ce que l'appellation & ce fût mis au néant, émendant, il fût ordonné que le teſtament fait par ladite défunte Roze Chazelles, reçu par Faure, notaire royal à ſaint Chaumond le 18 avril 1716, ſeroit exécuté ; ce faiſant, il fût permis à ladite Fulshiron, héritiere inſtituée par ledit teſtament, de ſe mettre en poſſeſſion des biens de la ſucceſſion de ladite demoiſelle de Chazelles, & à cet effet main-levée pure & ſimple, & définitive lui fût faite des ſcellés appoſés à la requête de ladite de Leſgallerie audit nom ſur les effets de ladite ſucceſſion, & condamnée en ſes dommages & intérêts, & en tous les dépens, tant des cauſes principales, que d'appel ; la requête & demande de ladite de Leſgallerie du 20 mai 1718, à ce que l'appellation fût miſe au néant, otdonné que ce dont eſt appel ſortiroit ſon plein & entier effet, ladite Fulshiron condamnée en l'amende & aux dépens, & ſans s'arrêter à la requête de ladite Fulshiron du 18 dudit mois de mai dont elle ſeroit déboutée. Le teſtament fait par ladite Catherine Roze de Chazelles, reçu en la ville de ſaint Etienne par Faure, notaire royal à ſaint Chaumond le 18 avril 1716, fût déclaré nul & de nul effet & valeur, comme reçu par un notaire inſtrumentant hors de ſon diſtrict & reſſort, ce faiſant la ſucceſſion de ladite Catherine Roze de Chazelles fût adjugée à ladite Leſgallerie en qualité de tutrice & curatrice de ſa fille mineure, comme plus proche & habile à lui ſuccéder, ladite Fulshiron condamnée à rendre & reſtituer à ladite de Leſgallerie, audit nom, les fruits & revenus des biens de ladite ſucceſſion, ſi aucuns elle avoit perçus, & ladite Fulshiron condamnée en tous les dépens, tant des cauſes principales, que d'appel. Arrêt du 22

BIU Cujas

juin 1718 ; par lequel, du conſentement des parties, le principal auroit été évoqué, & pour leur faire droit du conſentement auſſi des mêmes parties ſur l'appel, elles auroient été appointées au conſeil, & ſur les demandes en droit & joint, cauſes & moyens de ladite Fulshiron du 12 novembre 1718, ſervans d'avertiſſement ; avertiſſement de ladite de Leſgallerie du 13 août 1718, production des parties, réponſes à cauſes d'appel de ladite de Leſgallerie du 4 janvier 1719, ſervans de contredits, production nouvelle de ladite de Leſgallerie, par requête du 7 janvier 1719, requête de ladite de Fulshiron du 14 dudit mois de janvier employée pour contredits, ſalvations de ladite Fulshiron du 31 janvier 1719, ſervans d'addition de contredits ; ſalvations de ladite de Leſgallerie du 21 mars 1719, production nouvelle de ladite de Leſgallerie par requête du 23 mars 1719 ; réponſes à contredits de ladite de Fulshiron du 4 avril 1719 ; requête de ladite de Leſgallerie du 18 dudit mois d'avril, employée pour ſolvations ; arrêt du 26 juillet 1719, par lequel l'appel interjetté par ladite Fulshiron de ladite ſentence du 23 décembre 1716, & les requêtes des 18 & 20 mai 1718, en ce qui concerne M. Antoine du Marreſt ſeulement : enſemble les requêtes du 7 décembre 1718, 5, 8 & 10 mai, 4 & 10 juillet 1719, auroient été disjointes, & en conſéquence de l'arrêt contradictoire portant évocation du principal, du 22 juin 1718, qui ſeroit exécuté ; ordonné qu'il ſeroit inceſſamment procédé & paſſé outre au jugement de l'appel, & des demandes entre ladite Françoiſe Fulshiron, & ladite de Leſgallerie ſeulement réglées par ledit arrêt du 22 juin 1718, ſauf après l'arrêt qui interviendra entre leſdites de Fulshiron & de Leſgallerie, être par la cour pourvu ainſi qu'elle aviſeroit bon être ſur l'appel, demandes & conteſtations d'entre leſdits Fulshiron, de Leſgallerie ; & du Marreſt, tous dépens réſervés : Acte de la repriſe faite au greffe de notredite cour le 20 avril 1720, par meſſire Jean-François Bochu, conſeiller du roi, juge civil & criminel, commiſſaire enquêteur & examinateur en la châtellenie royale de la Tour en Jarrêts, mari & maître des droits de damoiſelle Catherine Roze de Chazelles ſon épouſe au lieu de ladite de Leſgallerie audit nom : arrêt interlocutoire du 19 juin 1720, par lequel, avant faire droit, auroit été ordonné, que dans ſix mois pour tout délai à compter du jour de la ſignification dudit arrêt aux procureurs, il ſeroit, à la diligence des parties, délivré acte de notoriété par les officiers des ſénéchauſſées de Lyon & Villefranche, pour ſavoir ſi c'étoit l'uſage, que les notaires du Lyonnois, Forêts & Beaujeolois, inſtrumentent & reçoivent toutes ſortes d'actes, teſtamens & autres concurremment dans tous les lieux & villes du Lyonnois, Forêts & Beaujeolois, où ils étoient appellés, quoique les villes & autres lieux fuſſent hors de leur réſidence & de l'étendue de ceux pour leſquels ils auront été créés, & notamment ſi les notaires de la ville de Saint Etienne, & ceux de Saint Chaumond, étoient en poſſeſſion de ſtipuler & recevoir journellement toutes ſortes de teſtamens & contrats, ſavoir ceux de Saint Etienne à Saint Chaumond, & ceux de Saint Chaumond à Saint Etienne, & s'il leur eſt libre d'aller inſtrumenter dans le détroit & réſidence des uns & des autres indifféremment ; comme auſſi ordonne que les parties pourroient rapporter des actes juſtificatifs deſdits uſages & poſſeſſions pour ce fait, ou à faute de ce faire dans ledit tems, être ordonné ce qu'il appartiendra, dépens réſervés : Production nouvelle de ladite de Fulshiron du 27 janvier 1721 : ſommation de la contredire par leſdits Leſgallerie & Bochu : concluſions de notre precureur-général, tout joint & conſidéré : notredite cour, faiſant droit ſur le tout, ſans s'arrêter à la requête de ladite de Leſgallerie audit nom, repriſe par ledit Brochu, audit nom, dont elle eſt déboutée, a mis & met l'appellation, & ce au néant, émendant, faiſant droit au principal évoqué par arrêt du vingt-deux juin mil ſept cent dix-huit, ordonne que le teſtament fait par ladite Roze de Chazelles reçu par Faure, notaire royal à Saint Chaumond le dix-huit avril mil ſept cent ſeize, ſera exécuté. Permet à Françoiſe Fulshiron, héritiere inſtituée par le teſtament, de ſe mettre en poſſeſſion des biens de la ſucceſſion de ladite Roze de Chazelles, lui fait main-levée pure & ſimple & diffinitive des ſcellés appoſés à la requête de ladite de Leſgallerie, ſur les effets de ladite ſucceſſion, condamne leſdits de Leſgallerie & Bochu, eſdits noms, aux dépens des cauſes principales & d'appel, même en ceux réſervés. Si mandons au premier des huiſſiers de notredite cour de parlement, ou autre premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, mettre le préſent arrêt à due & entiere exécution. De ce faire te donnons pouvoir. Donné en notre cour de parlement, le deuxiéme avril, l'an de grace mil ſept cent vingt-un, & de notre régne le ſixiéme. Collationné. Signé, Richard. Par la chambre, Gilbert, avec paraphe. Scellé le 30 avril 1721.

BIU Cujas

DE L'HYPOTHEQUE DES TUTEURS.

QUESTION TRENTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Déférence de M. Henrys pour les arrêts.*
2. *La loi ne donne pas la même hypothéque au tuteur, qu'au mineur.*
3. *Les tutelles ſont datives dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris.*
4. *Les tuteurs ont une hypothéque expreſſe en vertu de l'acte de tutelle.*
5. *L'on ne peut pas refuſer au tuteur hypothéque, du jour de la tutelle pour les frais néceſſaires.*
6. *Si l'on examine bien la choſe, l'on conviendra que l'hypothéque du tuteur doit être ſemblable à celle du mineur.*
7. *Autorités pour l'établiſſement de cette propoſition.*
8. *Arrêt du parlement de Paris, qui a donné hypothéque au tuteur du jour de l'acte de tutelle.*
9. *Arrêt du parlement de Grenoble, qui a jugé la même choſe.*
10. *La juriſprudence du parlement de Rouen eſt ſemblable.*
11. *Avis des avocats du parlement de Paris, pour y introduire la même juriſprudence.*
12. *Dans les pays de droit écrit, les intérêts des ſommes avancées par le tuteur lui ſont dûs du jour qu'il les a fournies.*

QUESTION XXXIV.

De l'hypothéque d'un tuteur ſur les biens des mineurs.

1 QUOIQUE nous ne doutions point du reſpect qu'on doit aux arrêts des cours ſouveraines, & que nous voulions plûtôt adorer que cenſurer leurs oracles, nous ne laiſſons pas quelquefois de découvrir les ſcrupules qu'ils nous laiſſent. Ainſi, nous ne ferons pas difficulté d'avancer que nous ne pouvons pas bien goûter ce que la cour a jugé au ſujet de l'hypothéque qu'un tuteur a ſur les biens du mineur; & nous trouvons trop rude, que ſans faire aucune diſtinction, les arrêts ne la lui donnent que du jour de la clôture du compte qu'il a rendu.

2 Il eſt vrai que comme la loi donne au mineur une hypothéque tacite contre le tuteur, du jour de la tutelle, elle ne donne pas au tuteur ſemblable hypothéque contre le mineur. Il eſt vrai qu'il faut faire différence *inter actionem tutelæ directam, & contrariam*, & que la loi ne s'eſt pas auſſi-bien expliquée pour l'une, que pour l'autre. Mais ſi elle eſt demeurée courte en ce point, il ne s'enſuit pas que nous ne puiſſions paſſer plus avant.

Notre uſage eſt différent de l'uſage des Romains, & au lieu que parmi eux les tutelles étoient le plus
3 ſouvent teſtamentaires ou légitimes, les nôtres ſont toutes datives: c'eſt-à-dire, que parmi nous, les tutelles ſont toujours déférées par le juge & par acte de juſtice. C'eſt pourquoi les tuteurs n'ont pas beſoin de recourir à une hypothéque tacite, s'ils en ont une expreſſe; & ſi l'acte de tutelle oblige dès-lors les biens des mineurs, il n'eſt pas néceſſaire de diſputer ſi la loi l'a fait. Or il ſemble que l'acte de tutelle ſuffiſe pour cela, non-ſeule-
4 ment parce que *in judiciis quaſi contrahimus*; mais plûtôt parce que parmi nous les actes judiciaires portent hypothéque, & que les greffiers ont pour cela autant de pouvoir que les notaires. L'ordonnance de Moulins a ſuppleé en cela ce qui manquoit au droit des Romains; & comme il eſt aiſé d'ajouter, notre juriſprudence n'eſt plus en ce point défectueuſe. Suppoſé donc que la tutelle ſe donne par un acte de juſtice, pourquoi ne voudra-t-on pas que comme le tuteur s'oblige de rendre compte, & de payer le réliquat, le mineur s'oblige pareillement à payer ce qu'il devra? Pourquoi ne veut-on pas que l'obligation ſoit réciproque, & que comme la tutelle enferme recette & dépenſe, & qu'on entend que le tuteur reçoive & fourniſſe, le recours en ſoit égal.

Et ne faut pas qu'on objecte que le tuteur s'oblige en perſonne, ce que le mineur ne peut pas faire; car encore qu'il ne le puiſſe, la juſtice le repréſente, & le procureur du roi ou fiſcal ſupplée par ſon miniſtère le conſentement du mineur. Outre que le mineur étant pubere, & nommant lui-même le curateur, il ne peut être préſent en l'acte, qu'il ne s'oblige par icelui envers le tuteur, comme le tuteur s'oblige envers lui. Et quand il ne ſeroit pas préſent, il ſuffiroit que l'obligation de tuteur enveloppe la ſienne; & que comme *ratio dati & accepti* eſt choſe indiviſible, l'obligation que cela produit ſoit de même inſéparable. C'eſt en effet la nature des corrélatifs, & y ayant identité de raiſon, il y faut établir un pareil droit.

Mais pour paſſer plus avant, accordons que ſans 5
s'arrêter à la différence qu'il y a entre le droit Romain & le droit François, il faille s'attacher à la loi, & que la loi ne donne point d'hypothéque tacite; faudra-t-il que la régle ſoit générale, & n'y aura-t-il point de diſtinction à faire? Vondra-t-on qu'un tuteur ſoit moins favorable, qu'un curateur en hoirie jacente, & que celui-ci étant préférable pour les frais qu'il fait, celui-là les perde? Nous voulons dire qu'il faudroit toujours diſtin-

BIU Cujas

guer les frais néceſſaires & privilégiés que le tuteur eſt obligé de faire, & deſquels le plus ſouvent il ne peut ſe diſpenſer. Tels ſont les frais de l'inventaire, les frais du compte qu'il rend, & qu'il ne peut rendre à ſes dépens. Si le compte eſt néceſſaire pour parvenir à l'adjudication des immeubles, & ſi elle ne ſe peut faire ſans cela, pourquoi veut-on que le compte ſe rendant au bénéfice de tous les créanciers, le tuteur ſeul en porte les frais. Tels ſont encore les frais & la dépenſe de l'entretien des mineurs, ſuivant la loi ſeconde, *C. de alimentis pupillo præſtandis*, & les arrêts qui ont jugé que juſques à ce que l'inſolvabilité de l'hoirie ſoit connue, les enfans doivent être entretenus aux dépens d'icelle. Tels enfin les frais d'un tuteur, faits pour le ſoutien du procès, ils ne ſont pas volontaires, ils ſont néceſſaires, & un tuteur étant aſſigné ne peut pas ſe diſpenſer de ſe préſenter à l'aſſignation, & de défendre l'intérêt de ſes mineurs; en le défendant, il défend celui des créanciers, *commune gerit negotium*; & travaillant pour tous, il doit être préférable pour les frais qu'il fait pour cela. S'il ne ſe préſentoit pas, ou qu'il négligeât la défenſe, il en ſeroit blâmé, & on l'en pourroit rendre reſponſable. Il n'eſt donc pas juſte qu'il porte ces frais, & l'on ne les doit pas confondre avec le ſurplus de la dépenſe. Il eſt donc, du moins pour ces frais favorable & privilégié, aux termes de la loi 3, *C. de adminiſt. tutorum*, & il y a lieu de dire en ce cas avec l'empereur, que *quod à tutoribus ſive curatoribus bonâ fide errogatur, potiùs juſtitiâ, quàm alienâ autoritate firmatur* : que l'équité & la raiſon naturelle y étant évidente, il ne faut par chercher d'autre loi, puiſque la raiſon eſt l'ame des loix. En effet, aux ſentences de diſtribution du prix des biens vendus par décret, qui ſe font en ce ſiége, nous avons vû pratiquer, que pour les frais privilégiés, les juges les tirent du compte, & en font une diſtraction particuliere; & pour ce que les frais ſe trouvent monter, le tuteur eſt colloqué par préférence; & pour le ſurplus, du jour de la clôture du compte.

Voyez monſieur Loüet & Brodeau ſur icelui, en la lett. H, nomb. 23.

OBSERVATIONS.

De quel jour le tuteur a hypothéque ſur les biens de ſon mineur.

L'Auteur, dans cette queſtion, prouve que le tuteur doit avoir hypothéque du jour de l'acte de tutelle; mais il n'oſe pas le décider abſolument, à cauſe de la juriſprudence des arrêts du parlement de Paris, qui ont reſtraint cette hypothéque au jour de la cloture du compte: il dit ſeulement qu'on ne peut pas refuſer l'hypothéque au tuteur du jour de l'acte de tutelle, pour les frais néceſſaires & privilégiés.

Si l'on examinoit cette queſtion, l'on ne pourroit pas refuſer au tuteur une hypothéque ſur les biens de ſon mineur du jour de l'acte tutelle; il eſt vrai que dans le droit il n'y a que la loi 20, au code *de adminiſtrat. tutor.* qui parle de l'hypothéque procédant de la tutelle, & elle ne l'accorde qu'aux mineurs; mais elle ne dit pas que les tuteurs n'ont hypothéque que du jour de la clôture de leur compte. Cette hypothéque étant naturelle, n'a pas beſoin d'une loi expreſſe pour l'établir. 6

Le juriſconſulte Ulpien, dans la loi premiere, *de contr. tut.* dit que l'action entre le tuteur & le pupille eſt réciproque, & que cela a été introduit, afin d'inviter les tuteurs à faire les avances néceſſaires pour les affaires du pupille, étant aſſurés de les recouvrer : *Etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de ſuo aliquid pro pupillis impendant, dum ſciunt ſe recepturos id quod impenderint.* Cependant les tuteurs ne peuvent pas être aſſurés de répéter ce qu'ils ont employé pour leurs pupilles, ſi on ne leur donne pas hypotéque du jour de l'acte de tutelle. 7

Juſtinien, dans ſes inſtituts, *de oblig. quæ quaſi ex contr.* dit que les obligations entre le pupille & le tuteur ſont mutuelles & réciproques; & il accorde au tuteur les mêmes priviléges qu'au pupille : *hoc autem caſu mutuæ ſunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem : ſed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ.* Et dans la loi unique *de rei ux. act.* § 1, il donne à la femme une hypothéque tacite ſur les biens de ſon mari, à l'exemple de celle de la tutelle, & il déclare que cette hypothéque eſt réciproque, *& ut plenius dotibus ſubveniatur, quemadmodum in adminiſtratione pupillarium rerum & in aliis multis juris articulis, tacitas hypotecas ineſſe accipimus : ita in hujuſmodi actione damus ex utroque latere hypotecam.*

M. Cujas, dans ſes obſervations, liv. 7, ch. 2, dit que l'action entre le tuteur & le pupille, eſt réciproque & également favorable.

Surdus de alim. livre neuviéme, queſtion quarante-ſeptiéme, preuve que l'hypothéque doit être réciproque. 8

M. Louet, lettre A, ch. 23, rapporte un arrêt du 11 décembre 1604, qui a ordonné, que le tuteur ſeroit mis en ordre ſur les biens de ſon mineur pour le reliqua de ſon compte du jour de l'acte de tutelle.

M. Jean Guy Baſſet, dans ſes arrêts, tome 2, livre 5, titre 2, chapitre 13, rapporte un arrêt du cinq décembre mil ſix cent dix-ſept, qui a jugé la même choſe, il dit que cette juriſprudence doit être ſuivie, comme la plus équitable & la plus juridique. 9

M. Baſnage, dans ſon traité des hypothéques, ch. 6, dit que ſuivant le droit romain, les tuteurs ont une hypothéque tacite ſur les biens de leurs pupilles, & que cette 10

BIU Cujas

juriſprudence eſt ſuivie dans le reſſort du parlement de Normandie.

11 Dans les mercuriales propoſées du tems de M. le premier préſident de la Moignon, la cour ayant fait l'honneur aux anciens avocats de leur communiquer les mémoires des queſtions, pour avoir leurs avis; ils répondirent ſur cet article, que les tuteurs ou protuteurs n'avoient, ſur les biens de leurs mineurs, hypothéque que du jour de la clôture de leur compte : mais que par un droit nouveau, il ſeroit juſte de la leur donner du jour de la condamnation d'ouir leur compte, lorſqu'ils ne ſont pas en demeure de les faire examiner & clorre. Cette mercuriale eſt rapportée par M. Ricard dans ſes additions ſur le titre des actions perſonnelles & d'hypothéque de la coutume de Paris.

Si l'intérêt eſt dû au tuteur, du jour des avances par lui faites pour l'utilité de ſon mineur.

12 L'auteur, tome 2, liv. 4, queſtion 131, établit que dans les provinces de Lyonnois Forêts, Beaujolois & Mâconnois, l'intérêt eſt dû au tuteur des ſommes par lui avancées pour les affaires de ſon mineur, à compter du jour que les avances ont été faites, ſoit qu'il ait emprunté les deniers, ou qu'il les ait tirés de ſa bourſe.

Deſpeiſſes, tome 1, page 542, dit que c'eſt auſſi la juriſprudence du parlement de Toulouſe, & des autres parlemens de droit écrit.

NOUVELLE OBSERVATION.

L'Ancienne juriſprudence du parlement de Paris, qui donnoit hypothéque au tuteur du jour de l'acte de tutelle, fut changée par un arrêt du 29 décembre 1616, prononcé par M. le préſident de Verdun, qui après la prononciation de l'arrêt, avertit les avocats, qu'il ne falloit plus douter de la queſtion, que le tuteur n'a hypothéque que du jour de la clôture de ſon compte, & que l'on n'eût plus à ſoutenir pareille cauſe. Cet arrêt eſt rapporté par M. Auzanet, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 2, ch. 39, & par M. Brodeau, ſur M. Louet, let. H, ch. 23, nomb. 8, qui fait mention de pluſieurs autres arrêts poſtérieurs ſemblables.

DES TUTEURS.

QUESTION TRENTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Suivant la novelle 72 de Juſtinien, les tuteurs ſont obligés de déclarer s'ils ſont créanciers ou débiteurs du mineur, à peine de perdre leur dette.*
2. *Savoir ſi cette diſpoſition doit avoir lieu contre les aſcendans.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Raiſons pour la négative.*
5. *L'affirmative jugée par ſentence du ſiége de Montbriſon, confirmée par arrêt.*
6. *Explication de la novelle 72.*
7. *Les tuteurs teſtamentaires ſont diſpenſés de la rigueur de cette novelle.*
8. *Les meres en ſont auſſi diſpenſées.*

QUESTION XXXVII.

Si le tuteur perd ſes droits, pour ne les pas déclarer hors de la tutelle, ſuivant l'authentique minoris C qui dare tutores.

1 PAR la novelle 72 de Juſtinien, au chapitre 4, il eſt néceſſaire que le tuteur ou curateur d'un mineur, en acceptant la tutelle ou curatelle, déclare ce qui lui eſt dû, s'il eſt créancier; & au contraire, s'il eſt débiteur, & prétend avoir payé, il eſt obligé d'en faire ouverture, & d'alléguer ſes quittances. Autrement l'empereur veut que le tuteur ou curateur, qui l'a négligé, ſoit auſſi-bien déchû du bénéfice de ſes acquits, que de ce qui lui peut être dû.

L'on demande ſi la diſpoſition de cette novelle, de laquelle a été tirée l'authentique *Minoris C. qui dare tutores*, doit être ſuivie à la rigueur; & ſi un aïeul, ſi une mere, ou autre aſcendant, comme encore un villageois, en peuvent être déchargés. 2

Pour l'affirmative, l'on peut dire que la loi n'a point eu d'autre intention que d'aller au devant des fraudes, & d'empêcher les tuteurs de pouvoir tromper leurs mineurs. Il s'enſuit donc qu'où le ſoupçon de fraude ne peut tomber, la diſpoſition de la loi ne peut s'y étendre; & que comme elle ne préſume jamais en mauvaiſe part des aſcendans, ce n'eſt pas auſſi pour eux qu'elle a recherché ce 3

BIU Cujas

reméde: (1) Que comme la nature eſt leur caution, & caution qui eſt preſque toujours aſſûree, il ne faut point auſſi d'autre précaution: Que c'eſt en ce cas qu'on peut dire avec Seneque, *honeſtius eſſe à quibuſdam fidem frangi, quàm ab omnibus perfidiam timeri;* & qu'encore que quelques aſcendans dénaturés trompent leurs enfans, on ne doit pas pour cela ſoupçonner les autres, ni les aſſujettir aux régles communes des tuteurs.

Qu'en effet, la même novelle ayant défendu aux tuteurs & curateurs de prendre aucune ceſſion de droits contre leurs mineurs, à peine d'en ſouffrir la perte; les arrêts n'ont pas voulu comprendre les aſcendans dans cette prohibition, & ont jugé, qu'encore qu'elle ſoit générale ou indéfinie, elle ne peut pas pourtant s'étendre à ceux qui ſont exempts de ſoupçon. Que c'eſt par la même raiſon, que nos ordonnances, défendant aux mineurs de donner à leurs tuteurs & curateurs, les peres & meres & autres aſcendans en ont été exceptés, & qu'on a jugé que le ſoupçon de ſuggeſtion ne pouvoit tomber ſur des perſonnes ſi proches.

C'eſt enfin par cette faveur & conſidération, puiſée dans les entrailles de la nature, que les tuteurs étant obligés de bailler bonne & ſuffiſante caution, nos coutumes, même celle de Berry, article 34 du titre premier, le reſtraignent aux collatéraux. C'eſt ce qui eſt conforme au droit civil: *paterna enim reverentia excuſat & à ratiociniis, & à cautionibus*, ainſi que le décide Juſtinien, *in l. ultima, paragrap. 4, C. de bonis quæ liberis;* & les loix eſtiment honteux de demander à un pere, à un aſcendant, les mêmes aſſûrances qu'on exige d'un autre tuteur, *leg. 50, ff. ad Trebellianum, leg. 6, paragraph. 1, C. eodem, l. 7, ff. ut legatorum nomine caveatur.*

Pareillement, on peut dire qu'il n'eſt pas raiſonnable qu'un villageois, qu'un ruſtique, ou qu'un artiſan qui ne ſçait pas les régles & ſubtilités du droit, ſoit déchû de ce qui lui eſt dû, ou de ce qu'il a payé, pour ne pas le déclarer en acceptant la tutelle. Cette rigueur ſeroit trop grande, & ce ſeroit impoſer une peine plûtôt à l'ignorance, qu'à la malice. On a toujours excuſé les perſonnes ignorantes, ainſi qu'on a diſtingué l'erreur d'avec la fraude. Et en effet la loi prête ſon ſecours, *deceptis & non decipientibus;* & ſi elle condamne ceux qui trompent, elle pardonne à ceux que l'on ne peut ſoupçonner de tromperie. Auſſi, quoique les tuteurs ſoient obligés de vendre les meubles des mineurs, & de faire valoir leurs deniers, & quoiqu'ils en doivent répondre, cette faute n'eſt pas pourtant imputée aux villageois, & comme l'on préſume qu'ils l'ignorent, on les en excuſe auſſi.

Au contraire, pour la négative, on peut dire que
4 la régle eſt générale, & qu'où la loi ne diſtingue point, nous ne pouvons faire aucune diſtinction: Qu'il eſt vrai que le même ſoupçon qui tombe ſur les autres tuteurs, ne tombe pas communément ſur les aſcendans; mais pourtant il y peut tomber, & l'on voit ſouvent que les peres dépouillent leurs enfans, ou parce qu'ils s'aiment plus eux-mêmes, ou parce que leur affection n'eſt pas égale envers tous: La loi a donc eu raiſon d'aller au devant du mal, & de le défendre à tous, afin qu'aucun ne le pût commettre: Qu'en ce cas, les légiſlateurs, *neceſſaria optimis prætulerunt, & cogere fidem quàm præſtare malunt.* Auſſi, tant s'en faut que les arrêts ayent jugé que la même novelle 72 ne doive pas s'étendre aux aſcendans, & qu'ils puiſſent prendre une ceſſion ſur les mineurs, qu'on peut apprendre le contraire de M. Loüet, en la lettre T, nombre 4, & du ſieur Brodeau, ſur icelui. Si par l'arrêt cotté par ledit ſieur Loüet, la dette fut réduite à la moitié, & au prix de la ceſſion, & ſi le mineur fut libéré des intérêts qui étoient dûs de longues années; c'eſt une conſéquence que la ceſſion étoit vicieuſe, & que ce fut par quelque conſidération particuliere que l'aïeul ne fut pas exclus du tout. Et quoique M. Cujas, ſur ladite novelle 72, en ait voulu excepter le pere & l'aïeul & encore la mere, ſon opinion ne doit pas être ſuivie; & la conſéquence en pourroit être dangereuſe. Quoique le ſoupçon de fraude ne tombe pas ſi facilement ſur ſemblables perſonnes, *l. penult. paragraph. ult. ff. quod falſo tutore, l. Aurelius, § Titius, ff. de libert. legata*; il ſe peut faire qu'un aïeul aime moins les mineurs que ſes autres enfans; & faſſe tort à ceux-là, pour avantager ceux-ci

Au ſurplus, il n'y a pas d'apparence d'argumenter du bail de caution au ſujet de notre queſtion: ſi les loix en déchargent les aſcendans, c'eſt parce qu'elles ont jugé que l'inventaire ſuffit, & que ce ſeroit ôter la tutelle aux perſonnes plus proches, que de les obliger à bailler caution. Il y a bien de la différence; la tutelle eſt néceſſaire, & il faut qu'un des aſcendans l'accepte plûtôt qu'un autre; mais il n'eſt pas néceſſaire qu'en l'acceptant, il diſſimule ſon droit, ou qu'il prenne ceſſion du droit d'un tiers. Outre que cette diſpenſe de bailler caution n'a été accordée qu'au pere, à cauſe de la puiſſance paternelle, *quia cautiones non poterant interponi patriâ poteſtate*, ainſi que dit le juriſconſulte en la loi 50, *ff. ad Trebellian.* Et même pluſieurs de nos coutumes ne diſpenſent pas les aſcendans de bailler caution, lors ſur-tout qu'ils ont convolé à ſecondes nôces. Telles ſont les coutumes de Nantes, article 668; Montfort, art. 119; Mante, art. 181; Peronne, 229; & de Paris, article 269.

Quant à la qualité des villageois, elle n'eſt pas ſuffiſante pour décharger un tuteur quand il pêche contre la loi; & le prétexte de l'avoir ignorée ne peut pas ſervir d'excuſe: puiſque c'eſt un droit public, aucun ne le doit ignorer, & chacun s'en doit inſtruire. On n'a qu'à s'en informer, & l'on peut à tous momens conſulter les avocats. L'on diſtingue à ce ſujet l'ignorance du droit, & l'ignorance du fait. Celle-ci peut excuſer, celle-là ne le peut pas, lors même qu'elle eſt plûtôt craſſe qu'apparente. Lorſqu'un tuteur eſt décerné, s'il ne ſçait ce qu'il doit faire, il ne tient qu'à lui de l'apprendre; & s'il le néglige, il s'en doit imputer la faute. Et n'importe que quelques arrêts ayent déchargé les tuteurs ruſtiques de l'intérêt des deniers pupillaires; car outre que ce n'eſt qu'un profit ceſſant, ce défaut de faire valoir l'argent du mineur, peut être ſans mauvaiſe foi; ce qu'on ne peut pas dire d'une ceſſion ſuſpecte, & que le tuteur n'eſt cenſé avoir recherchée que pour y gagner.

Cela ayant été agité en ce ſiége, en l'inſtance
7 d'entre Philippe Philippon, appellant du juge de Saint Eſtienne, & Agathe Girard, intimée; il fut jugé que le tuteur n'ayant réſervé ni proteſté de ſa dette, ſoit par acte de ſerment prêté, ſoit lors de l'inventaire, il en demeuroit purement déchû. C'eſt ce que nous avons appris avoir été confirmé par arrêt du 22 mai 1643, au rapport de monſieur Quelin, en la des enquêtes. C'eſt ce qui ſeroit un peu rude pour un ſimple villageois, qui de bonne foi, & ſans y ſonger, n'auroit pas déclaré ſes droits ou ſes acquits, & qui ſeroit fondé en des pieces non ſuſpectes.

(1) Belle ſentence digne de Papinien.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si le tuteur qui ne déclare pas ſa créance, la perd.

L'Auteur, dans cette queſtion, examine ſi l'autentique *minoris*, au code, *qui dare tut. vel. curat. poſſ.* eſt obſervée dans ſa province à la rigueur. Il établit qu'elle doit être modérée à l'égard des aſcendans & des ruſtiques, qui ne doivent pas perdre leur dû, pour n'en avoir pas fait déclaration lors de l'acte de tutelle. Il prouve cette propoſition par un raiſonnement très-fort & très-judicieux.

Dans le tome ſecond, livre 4, queſtion 129, il traite la même queſtion, touchant les tuteurs teſtamentaires.

6 Pour l'intelligence de cette queſtion, il faut obſerver que Juſtinien, par ſa novelle 72, ch. 1, ne veut pas que ceux qui ſont créanciers ou débiteurs des pupilles, puiſſent être leurs tuteurs ou curateurs, de peur que cette qualité ne leur donne lieu de ſupprimer leurs obligations ou leurs quittances, *necubi aut cautionem furetur, aut alias probationes quæ erant minoris corrumpat.* Dans le chap. 4, il veut que celui qui a accepté la tutelle ou la curatelle d'un pupille ou d'un mineur, ſans déclarer ſa créance ou ſa dette, la perde abſolument. Dans le ch. 5, il défend aux tuteurs & curateurs de prendre aucune ceſſion ſur leurs mineurs, à peine de perdre le prix du tranſport : c'eſt de cette novelle que l'autentique *minoris* a été tirée.

L'auteur, dans cette queſtion, prétend qu'il faut excepter de cette rigueur les aſcendans & les ruſtiques ; néanmoins il fait mention d'un arrêt qui a jugé la queſtion contre un villageois, qui n'avoit pas fait déclaration de ſa créance, qui étoit de 130 liv.

Dans la queſtion 129, du liv. 4, du tome 2, l'auteur diſtingue la peine portée par le ch. 1 de la novelle, & celle déclarée par le ch. 4.

A l'égard de la derniere, qui exclut les créanciers & les débiteurs des tutelles, il dit que comme les tutelles ſont datives en France, & dépendent du choix des parens, ils peuvent nommer un créancier ou un débiteur, pourvu que ſa prétention ne regarde pas le fonds de l'hoirie : mais à l'égard de la ſeconde peine, qui prive les tuteurs & curateurs de leurs dettes, pour n'en avoir pas fait déclaration ; il dit que la rigueur de la novelle eſt ſuivie auſſi-bien contre les tuteurs teſtamentaires, que les autres.

7 Cependant Guy Pape, queſtion 144, & Ferrerius dans ſes notes ſur cette queſtion, ſoutiennent que les tuteurs teſtamentaires ne ſont point ſujets à cette peine. Papon, liv. 15, titre 5, nombre 2 ; Maynard, liv. 8, chap. 13 ; Lapeyrere, lettre T, nomb. 183, ſont de même avis ; Bugnon, *de legib. abrogatis*, prétend que ces peines ſont abrogées en France.

8 A l'égard des meres, il eſt certain qu'elles ſont diſpenſées de cette peine ; puiſque la Novelle 94, les en décharge expreſſément, à cauſe de l'affection maternelle : cette raiſon doit faire étendre la diſpenſe à l'ayeule, & à tous les aſcendans. M. Maynard, dans l'endroit ci-deſſus cité, dit que ſon parlement a étendu cela au frere & à l'oncle du pupille.

DE LA DÉCONFITURE.

QUESTION TRENTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le premier ſaiſiſſant les meubles eſt préférable.*
2. *En cas d'inſolvabilité du débiteur, il y a lieu à la contribution.*
3. *Récit du fait, ſur lequel l'arrêt eſt intervenu.*
4. *Arrêt du 29 décembre 1639, qui a jugé qu'en pays de droit écrit il y a lieu à la contribution, en cas de déconfiture.*
5. *Dans les parlemens de droit écrit, les meubles ſont ſuſceptibles d'hypothéques.*
6. *Au parlement de Provence, le créancier ſaiſi du gage eſt préférable.*
7. *Dans le droit, le premier ſaiſiſſant n'eſt point préféré aux autres : autrefois dans les pays de droit écrit du parlement de Paris, cela ſe jugeoit ainſi.*
8. *Arrêt du 17 mars 1699, qui a jugé que le premier ſaiſiſſant étoit préférable.*
9. *Par la juriſprudence nouvelle du parlement de Toulouſe, le premier ſaiſiſſant l'emporte, ſecùs des ſommes de deniers.*

QUESTION

BIU Cujas

QUESTION XXXVIII.

De la déconfiture, & ſi elle fait ceſſer le privilége des premiers ſaiſiſſans, après la choſe jugée.

ENCORE que la difference entre la ſimple ſaiſie de meubles, & le cas de déconfiture, ait été remarqué par quelques-uns de nos praticiens, toutefois nous n'eſtimons pas que ce ſoit tems perdu de donner la réſolution ſommaire d'une queſtion qui n'eſt pas autrement familiere en cette province de Forêts, tant parce que les familles s'attachent plûtôt aux héritages, qu'aux meubles, que parce que les fortunes y ſont moindres, mais auſſi plus aſſûrées dans une condition médiocre. Outre que l'eſpece de l'arrêt que nous donnons au public, avoit quelque faveur plus preſſante, que la ſeule priorité de ſaiſie.

Il eſt certain qu'en matiere de meubles, le premier ſaiſiſſant eſt préférable, & que ſa diligence doit emporter cet avantage ſur les autres, ſi la ſaiſie a été ſuivie d'un déplacement réel & actuel des choſes ſaiſies. Mais pourtant, quelque tranſport qu'il y ait, ſi les autres créanciers interviennent avant la vente des choſes ſaiſies, ou avant que le premier ſaiſiſſant touche les deniers : & ſi pour empêcher qu'ils ne lui ſoient délivrés, ils ſoutiennent que le débiteur eſt notoirement inſolvable; la préférence ceſſe en ce cas. Il faut que tous viennent à contribution, & ſe partagent les deniers entr'eux, au ſol la livre, à proportion de ce qui leur eſt dû, ſi ce n'eſt qu'il y eût quelque privilége perſonnel, comme de la femme pour ſes droits dotaux en pays de droit écrit; après tous les médicamens & frais funéraires. Mais le privilége particulier ceſſant, le premier ſaiſiſſant n'a pas plus d'avantage que le dernier, & c'eſt ce que la cour a jugé en une hypothéſe, en laquelle il y avoit quelque particularité plus favorable, ainſi que le diſcours du fait fera voir.

Titius, créancier de *Mævius* & de ſa femme, averti que *Sejus* leur étoit redevable de quelques droits, le pourſuit en juſtice, & enſuite obtient condamnation, tant par ſentence du premier juge, que par arrêt de la cour, ſur l'appel relevé par *Sejus*, à cauſe que la dette étoit diſputable.

Cajus, autre créancier de *Mævius* & de ſa femme, ſur l'avis de cette condamnation, pour en prévenir l'exécution, & la délivrance des deniers, préſente requête, & demande qu'ils ſoient diſtribués au ſol la livre, comme étant leurs débiteurs communs inſolvables.

Titius ſoutient que l'intervention eſt faite à tard après une ſaiſie & condamnation; que puiſque les loix favoriſent la diligence des créanciers, il n'eſt pas raiſonnable que celui qui ne vient qu'après la nappe miſe, comme on dit, ſe puiſſe prévaloir du labeur & ſoin d'autrui, & recueillir le fruit qu'il n'a pas ſemé; bref, prendre la proye qu'un autre a chaſſée & pourſuivie. Il ajoute qu'en cela il y a d'autant moins d'apparence, qu'il ne s'agiſſoit pas de deniers clairs & liquidés, mais bien d'une dette mal aſſûrée & cachée, d'une action ſujette à litige, & pour laquelle il avoit fallu ſoutenir une longue conteſtation, & faire de grands frais. Et partant, que comme celui qui a réparé la choſe, eſt préférable ſur icelle, *l. 5, l. 7, ff. qui potiores in pignore, l. qui in navium, ff. de privil. creditorum*; auſſi, par identité de raiſon, le créancier qui a fait en quelque façon naître la dette, qui l'a conſervée, & ſans qui elle ne ſeroit pas exigible, ni même connue, devoit emporter la préférence ſur les deniers qui en procédent: vû même qu'ayant fait les pourſuites & avancé les frais, il avoit couru le haſard de les perdre, & de ſuccomber.

Cajus, au contraire, s'attache à la régle commune, & répond que quelque conſidération de faveur qu'on allégue, elle ne ſert que pour être rembourſée par préférence des juſtes frais faits & avancés pour le ſoutien du procès; ce qu'il accorde, & la cour l'a jugé de cette ſorte par l'arrêt qui ſuit.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre Jacques Girard, ſubſtitut du procureur général du roi au bailliage de Forêts, demandeur en requête par lui préſentée au préſidial de Lyon, le 16 avril 1633, d'une part; & Louis Chauſſe, ſieur de Sommerie, défendeur, d'autre. Vû par la cour ladite requête, tendante à ce que les deniers étant entre les mains de Matthieu Girard, ſieur de Tiranges, débiteur des ſucceſſions de Chriſtophe & Guy du Verdier, fuſſent diſtribués entre le demandeur, créancier de Claude du Verdier & ſa femme, & le défendeur, leur ceſſionnaire, en faiſant apparoir de leurs droits. Jugement deſdits préſidiaux du 13 janvier 1635, portant que les parties ſe pourvoiroient en ladite cour; défenſe dudit défendeur, appointement en droit, production & contredits deſdites parties, ſuivant l'arrêt du 19 août dernier acte de rediſtribution, du ſixieme dudit mois; & tout conſidéré : Dit a été que ladite cour dit, que dans un mois le défendeur indiquera au demandeur, des héritages ou rentes ſuffiſantes, appartenans auſdites ſucceſſions de Chriſtophe & Guy du Verdier, pour être ſaiſis & vendus à ſa requête, & en la maniere accoutumée : Autrement, & à faute de ce faire dans ledit tems, & icelui paſſé, a ordonné & ordonne, que les parties viendront à contribution & ſeront payées des ſommes à elles dûes, au ſol la livre, ſur leſdits deniers étant ès mains dudit Matthieu Girard, adjugés audit défendeur, par arrêt du 29 janvier mil ſix cens trente-trois, les frais par lui faits, pour parvenir à la condamnation d'iceux, préalablement payés, ſuivant les offres dudit demandeur, ſans dépens. Prononcé le vingt-neuvieme décembre mil ſix cens trente-neuf. *Signé*, RADIGUES.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si dans les pays de droit écrit reſſortiſſans au parlement de Paris, en cas de déconfiture, il y a lieu à la contribution.

DAns cette queſtion, l'auteur établit que dans les pays de droit écrit, en cas de déconfiture, il y a lieu à la contribution entre les créanciers. Il établit auſſi, qu'en matiere de meubles & effets mobiliers, le premier ſaiſiſſant eſt préférable, & qu'il doit être payé par préférence à tous les autres créanciers, à la réſerve de ceux qui ont privilége, comme la femme pour ſes deniers dotaux, & autres privilégiés.

L'auteur décide ici trois queſtions.

La premiere, qu'en cas d'inſolvabilité du débiteur, il y a lieu à la contribution dans les pays de droit écrit, reſſortiſſans du parlement de Paris.

La ſeconde, que les meubles dans ces mêmes pays, ne ſont pas ſuſceptibles d'hypothéque, & que ſur le prix d'iceux, tous les créanciers viennnent à contribution.

La troiſiéme, que la femme pour ſes deniers dotaux eſt privilégiée ſur les meubles de ſon mari à tous créanciers; ce qu'il établit plus amplement dans la queſtion 158, du liv. 4, tom. 2, où je me réſerve de traiter cette queſtion.

5 Dans les parlemens de droit écrit, c'eſt une maxime certaine, que les meubles ſont ſuſceptibles d'hypothéque. M. Maynard, liv. 3, ch. 8, atteſte que le parlement de Toulouſe le juge ainſi; M. Cambolas, livre 4, chap. 4, rapporte un arrêt du 27 janvier 1606, qui a jugé que le créancier ſaiſi du gage, n'étoit point préférable ſur icelui, & que le prix devoit être diſtribué par ordre d'hypothéque. Cependant Deſpeiſſes, tom 1, pag. 689, col. 1, dit que cela eſt vrai quand il s'agit d'une diſtribution générale; mais non pas quand il s'agit d'une ſimple exécution de meubles; pour lors il prétend que le premier ſaiſiſſant eſt préféré: il dit que cela ſe juge ainſi à la cour des aides de Montpellier.

La Peyrere, let. M, nomb. 26, dit que meuble a ſuite par hypothéque contre le détenteur à titre lucratif.

6 Boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 3, ch. 1, & dans la ſuite de ſon recueil, tom. 2, liv. 8, tit. 20, ch. 4, rapporte deux arrêts, qui ont jugé que le créancier ſaiſi du gage, eſt préférable aux créanciers hypothéquaires antérieurs; ce qui ſuppoſe que les meubles ſont ſuſceptibles d'hypothéque. Cette maxime eſt certaine au parlement de Provence. J'a vu un acte de notoriété de Meſſieurs les gens du roi de ce parlement, qui certifie cet uſage, & ſuivant icelui la queſtion a été jugée en la troiſiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Maingny, au profit de Jeanne Ficher, veuve Eſtard, dans un procès où j'avois écrit pour Robert Sabin, marchand de la ville de Marſeille. L'arrêt eſt du 12 juillet 1700, il contient pluſieurs autres chefs, & il eſt fort gros; c'eſt pourquoi je ne le rapporterai point ici.

Dans le droit en matiere de contribution, il n'y a point de préférence en faveur du
7 premier ſaiſiſſant, ſuivant la loi 5, § 19, & la loi 6, *de tribut. act.* M. Brodeau, dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, art. 179, nomb. 8 & 9, dit que ſuivant la diſpoſition du droit, dans les pays de droit écrit, du reſſort du parlement de Paris, tous les créanciers chirographaires viennent à contribution, ſans avoir égard à la priorité des ſaiſies.

8 Mais depuis, la juriſprudence a changé; à préſent l'on juge dans la ville de Lyon, & dans toute la province, qu'en matiere de ſaiſies de meubles ou de deniers, le premier ſaiſiſſant l'emporte. Cela a été ainſi décidé dans un procès jugé en la grand'chambre, au rapport de M. Maulnourry, le 17 mars 1699, entre le ſieur du Lieu, lieutenant particulier en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, & le ſieur de Grange-Blanche, procureur du roi en l'hôtel-de-ville de Lyon. J'avois écrit au procès pour le ſieur du Lieu.

9 Depuis, le recueil d'arrêts de Monſieur Catelan, conſeiller au parlement de Toulouſe a été donné au public; dans le tom. 2, liv. 5, chap. 33, il fait mention d'un arrêt du 14 janvier 1677, qui a jugé que les meubles ne peuvent pas être ſuivis par hypothéque. Dans le livre 6, chap. 28, il rapporte un arrêt du 26 avril 1669, rendu à ſon rapport, par lequel il a été jugé, qu'en matiere de ſaiſies de meubles, la préférence ſe régle par la priorité des ſaiſies, & non par la date des hypothéques. Au même endroit il rapporte un autre arrêt du 20 février 1681, qui a jugé, qu'en matiere de ſaiſies & arrêts d'une ſomme due au débiteur, la préférence ſe régle par la date de l'hypothéque, & non pas par la priorité des ſaiſies. Cette différence entre les meubles & les

BIU Cujas

ſommes de deniers paroît aſſez bizarre : car les meubles ayant plus de réalité que l'argent, devroient être plutôt diſtribués par ordre d'hypothéque.

Cette matiere auroit bien beſoin d'un réglement général ; car elle eſt très-fréquente, & la juriſprudence bien incertaine.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MOnſieur Baſnage, ſur l'article 97, de la coutume de Normandie, dit qu'en Normandie l'on ne pratique point l'action tributoire en déconfiture : les créanciers non-privilégiés ſont toujours colloqués, tant ſur les meubles que ſur les immeubles, ſelon l'ordre de leurs hypothéques.

Dans la Guyenne, les dettes actives ont ſuite par hypothéque, enſorte que le créancier plus ancien en hypothéque, l'emporte ſur le créancier premier ſaiſiſſant. Cela a été ainſi jugé par arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre du parlement de Paris, dans une cauſe évoquée de cette province, entre meſdames de Crequy & la Tremouille, d'une part, & les religieux de ſaint Ibar de la ville du Serge, premiers ſaiſiſſans. Lors de la plaidoirie, il fut lu par l'avocat de ces dames, un certificat de Meſſieurs les gens du roi, & des anciens avocats du parlement de Bordeaux, qui atteſtoient que telle eſt la juriſprudence de ce parlement. Cet arrêt eſt rapporté dans le recueil d'arrêts de M. Augeard, art. 77, mais il ſe trompe de chambre : il dit qu'il a été rendu en la cinquiéme chambre des enquêtes, c'eſt certainement en la grand'chambre, j'étois préſent à l'audience.

L'auteur des nouvelles additions ſur Lapeyrere, lett. M, nomb. 26, de l'édition de 1717, fait une diſtinction qui explique la juriſprudence des pays de droit écrit ſur cette matiere. Il dit que la maxime, *meuble n'a ſuite par hypothéque*, a lieu par tout, quand les meubles ne ſont plus en la poſſeſſion du débiteur : mais quand ils ſe trouvent en ſa poſſeſſion, & qu'il ſont ſaiſis ſur lui, en ce cas le prix ſe diſtribue par ordre d'hypothéque, & non par contribution.

Parmi les franchiſes de Villefranche en Beaujolois, il y a un article qui donne la préférence au premier ſaiſiſſant. *Si quis Burgenſis pro debito quod ſibi debetur, ſaiſierit aliquam rem, primus ſaiſiter debet primò perſolvi integro debito ſuo.*

DE LA VENTE DES BIENS SUBSTITUÉS.

QUESTION TRENTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si celui qui vend un bien ſubſtitué peut être pourſuivi avant l'ouverture de la ſubſtitution.*
2. *Raiſons de l'acquéreur, pour établir l'affirmative.*
3. *Raiſons du vendeur, pour la négative.*
4. *Répliques de l'acquéreur.*
5. *Le parlement de Toulouſe juge, que l'acquéreur peut agir avant l'ouverture de la ſubſtitution.*
6. *Le parlement de Paris juge la même choſe.*

QUESTION XXXIX.

Si celui qui vend un bien ſubſtitué peut être pourſuivi par l'acquéreur avant l'éviction, ou trouble.

1 TITIUS, chargé d'un fidéicommis, & de laiſſer, au défaut d'enfans, les héritages du pere à un frere, ne laiſſe pas de vendre leſdits héritages à *Mævius*, avec les clauſes requiſes & néceſſaires pour la maintenue & garantie. Quelque tems après, l'acquéreur apprend que les biens par lui acquis étoient ſubſtitués, & que ſon vendeur n'étant point matié, ni dans les apparences de l'être, la ſubſtitution pourroit avoir lieu, & cauſer l'éviction deſdits biens. C'eſt ce qui l'oblige de tirer en inſtance ſon vendeur, & de prendre contre lui une concluſion alternative, ou pour la réſolution du contrat, & reſtitution du prix, ou pour lui bailler caution, l'éviction ſurvenante.

Pour fondement de ſa prétention, le demandeur 2
diſoit, qu'ayant acquis de bonne foi ce qu'il croyoit appartenir au défendeur, ſe trouvant trompé par la réticence frauduleuſe de ſon vendeur, il avoit droit d'inſiſter, à ce que le contrat fût réſolu, & le prix à lui rendu ; ou qu'on lui baillât caution pour ſon aſſurance, en cas qu'il fût évincé.

BIU Cujas

Qu'encore que l'éviction ne fût pas encore arrivée, elle ne laiſſoit pas d'être apparente, & l'appréhenſion d'icelle très-bien fondée. Qu'en effet, le défendeur n'étoit point marié, ni ſur le point de l'être, quoique déja avancé en âge, & que d'ailleurs il ſe trouvoit avoir diſſipé preſque tous les effets de l'hoirie chargée de ſubſtitution. Que le demandeur n'étoit donc pas obligé d'attendre plus long-tems, & qu'il avoit juſte ſujet d'aller au devant du mal, & d'en prévenir le danger. Que qui voudroit l'obliger à ſuſpendre ſa pourſuite, la lui rendroit inutile, parce que l'éviction ne pouvant ſurvenir que quand la ſubſtitution ſera ouverte, il ne pourra plus agir, & n'aura plus de recours, ni ſur la perſonne, ni ſur les biens.

Que ſi la loi permet à l'acheteur de retenir le prix, *quando imminet evictio in ipſo limine contractûs*, ainſi qu'il eſt dit, *in l. poſt perfectam, C. de evictione*, pourquoi eſt-ce que l'acquéreur, apprenant après coup le vice de la choſe vendue, ne pourra chercher ſon recours, & quelle apparence qu'il ne puiſſe pas agir auſſi-bien après le prix payé, qu'étant encore entre ſes mains. Enfin, que puiſque toutes choſes ſe meſurent par l'intérêt, il eſt auſſi juſte après le prix payé qu'auparavant, lors ſur-tout qu'il ne ſçauroit différer de chercher ſon recours ou ſon aſſûrance, ſans ſe ſoumettre à une perte évidente.

Quant au reſte, le défendeur ne pouvoit pas diſconvenir qu'il n'eût vendu ce qui n'étoit pas à lui, & plûtôt le bien d'autrui que le ſien : car étant ſubſtitué, il ne s'en pouvoit dire vrai maître & propriétaire, & au contraire, il faut qu'il avoue que de ce qu'il a vendu, il n'en avoit que l'uſufruit ſa vie durant. Il eſt vrai que de droit, l'héritier chargé d'une ſubſtitution, ſe peut qualifier maître, mais ce n'eſt qu'improprement, & en tant que *appellatione domini fructuarius quoque continetur*, ainſi qu'il eſt dit *in l. 8, ff. de bonis authoritate judic. poſſid.* C'eſt pour ce ſujet qu'un bien ſubſtitué *æs alienum cenſetur, l. 7; ff. eodem titulo, & in l. 40, ff. de obligat. & actionib.* n'y ayant en effet aucune différence que le bien qu'on a vendu ſoit chargé de ſubſtitution, ou de dettes & hypothéques.

3 Le défendeur, au contraire, ſoutenoit que c'eſt en vain que le demandeur alléguoit la loi *ſi poſt perfectam C. de eviction.* qu'on n'étoit pas aux termes de cette loi & de ſon eſpece. Qu'il y avoit bien de la différence que le prix eût été payé, ou qu'il fût encore à payer. Que n'étant pas payé, & l'acquéreur ſe trouvant d'abord ménacé d'éviction, il a intérêt de ſe tenir nanti; & comme la retention du prix eſt bien plus favorable que la répétition; comme il eſt bien plus raiſonnable d'empêcher le vendeur de recevoir, que de l'obliger à rendre, on ne peut pas tirer en argument ladite loi *ſi poſt perfectam*, ſon eſpece étant diverſe.

Que c'étoit plûtôt par la loi 3, *C. de eviction.* que la cauſe ſe devoit décider, puiſqu'en icelle, les empereurs déterminent que l'acquéreur, qui eſt dans la poſſeſſion de l'héritage qu'il a acquis, *quandiu evicta res non eſt, auctorem ſuum, propterea quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non poteſt.* Qu'il faut donc que l'acquéreur attende qu'il ſoit évincé, & que juſques à ce, ſon action n'eſt pas recevable.

Qu'encore qu'il y eût une ſubſtitution au teſtament du pere, il ne s'enſuivoit pas que le bien ne fût à l'héritier, & qu'il n'en fût le maître. Qu'en effet, en la loi 66, *ff. de rei vindic.* le juriſconſulte aſſûre, *non ideo minus rectè quid noſtrum eſſe vindicabimus, quod abire à nobis dominium ſperatur, ſi conditio legati extiterit.* Que puiſqu'en la loi 42, *ff. de acquir. rerum dominio*, le juriſconſulte dit, que *ſubſtitutio quæ nondum competit, extra bona noſtra eſt;* il s'enſuit que les biens ſubſtitués appartiennent à celui qui les tient, & qu'il n'eſt obligé de les rendre qu'après ſa mort. Qu'autrement ce ſeroit des biens vacans, & qui n'auroient point de maître.

A cela, le demandeur pouvoit répliquer, qu'à la loi troiſieme, *C. de eviction.* qu'à la loi *ſi plus*, § 4 2, *ff. eodem*, ou même, *motâ quæſtione, interim non ad pretium reſtituendum, ſed ad rem defendendam venditor conveniri poteſt*, il ſe contentoit d'oppoſer la loi *ſervus*, § 1, *ff. de action. empti.* Que ce n'eſt pas qu'il voulût faire prévaloir la réponſe d'un juriſconſulte à une conſtitution impériale, & qu'il ne crût que le code eſt préférable aux digeſtes; mais que comme elles n'étoient point contraires, il falloit plûtôt les concilier; que les faire choquer chercher la différence, au lieu de les ſuppoſer contraires.

Qu'en effet, en ladite loi *ſervus*, le juriſconſulte dit en termes diſerts, que ſi le vendeur, *ſciens vendiderit rem alienam ignoranti, emptor poteſt agere utiliter ex empto in id quanti intereſt rem ſuam eſſe factam.* Qu'il ne faut donc pas croire, après une déciſion ſi nette & ſi expreſſe, qu'en ladite loi 3, *C. de evictionib.* les empereurs ayent entendu ordonner le contraire, & il faut plûtôt préſumer que ce qu'ils ont répondu, n'a été par eux répondu de la ſorte, que ſur une hypothéque particuliere & diverſe.

Qu'il faut donc ſuppoſer qu'en l'eſpece de ladite loi 3, ſi le vendeur avoit vendu ce qui n'étoit pas à lui, c'étoit pourtant dans la croyance que la choſe lui fût propre. De ſorte que n'ayant fait cette vente que par ignorance, il étoit en quelque ſorte excuſable; au lieu que celui, qui ſciemment vend le bien d'autrui, étant ſans excuſe, peut être convenu d'abord, & ſans attendre à l'éviction, comme au cas de la loi *ſervus, ff. de actionib. empti.*

Que c'eſt par cette diſtinction qu'il faut concilier les loix préalléguées, & que c'eſt du texte même qu'on la tirée. Car en ladite loi *ſervus*, le juriſconſulte demeure bien d'accord, que par la nature du contrat le vendeur n'eſt pas obligé de garantir ce qui n'eſt pas encore évincé. Mais il ajoute, qu'y ayant du dol & de la mauvaiſe foi, cela donne lieu à une action qui autrement ſeroit prématurée : *Quamvis enim alioquin verum ſit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat; quia tamen dolum malum præſtare debet, teneri eum qui ſciens alienam non ſuam ignoranti vendidit.*

Que cela eſt conforme à la loi 4 du même titre *de actionib. empti*, de laquelle il faut inférer qu'il y avoit en droit double action en faveur de l'acheteur; l'une, *ex ſtipulatu*, qui donnoit le double de la choſe, en cas d'éviction d'icelle; l'autre, *ex empto, & quanti intereſſet emptoris rem ſuam eſſe factam.* Or, comme la premiere action tiroit ſa naiſſance de la ſtipulation, que c'eſt elle qui la produiſoit, & que la ſtipulation n'avoit été faite qu'en cas d'éviction, l'effet de cette action, & le doublement ne pouvoit avoir lieu, que l'éviction ſurvenue. Mais le dol & la mauvaiſe foi fondant la ſeconde action, l'acheteur n'étoit pas obligé d'attendre l'éviction, & dès qu'il connoiſſoit qu'il avoit été trompé, il en pouvoit reclamer & rechercher ſon recours. Ainſi l'action, *ex ſtipulatu vel duplæ*, demandoit deux choſes, *& juris & facti evictionem*; il falloit que non-ſeulement il fût

BIU Cujas

connu que le vendeur avoit vendu la choſe d'autrui; mais encore qu'elle eût été évincée, ainſi qu'il ſe collige de la loi 3, *ff. de doli mali excep.* Au lieu que pour l'action, *ex empto & quanti intereſt*, il n'eſt pas néceſſaire que l'éviction ſoit *facti*, il ſuffit qu'elle ſoit *juris*; c'eſt-à-dire qu'il n'eſt pas néceſſaire que l'éviction ſoit actuelle; mais que c'eſt aſſez qu'il paroiſſe que le vendeur a vendu ce qui n'eſt pas à lui, quoiqu'il ne ſoit pas encore évincé. Bref, que comme cette diſtinction eſt puiſée dans le droit, elle eſt auſſi autoriſée par la gloſe & les interprêtes, même par le docte Cujas & l'exact Godefroy, qui ſuivent cette diſtinction, & concilient par elle les loix cottées.

Qu'il faut donc conclure que la loi 3, *C. de evictionib.* n'a lieu, & ne s'éntend que quand le vendeur a vendu par ignorance, & qu'il n'a pas ſçu que la choſe fût d'un autre, ou qu'elle fût hypothéquée. C'eſt parce qu'en ce cas, c'eſt-à-dire, quand il n'y a point de dol & de mauvaiſe foi, on ne peut agir pour l'éviction qu'elle ne ſoit intervenue, ou du moins, ſi prête qu'elle ne ſoit indubitable. Et comme l'acquéreur n'eſt point troublé, c'eſt aſſez qu'il ait la choſe, quoiqu'il ne ſoit pas aſſûré de l'avoir toujours. Mais au contraire, le vendeur ayant tû & diſſimulé, que ce qu'il vendoit n'étoit pas à lui, l'action *ex empto, & quanti intereſt non ſolùm rem habere, ſed etiam habere poſſe*, eſt dès-lors préparée, & ſans attendre l'éviction, l'acquéreur peut agir auſſi-tôt qu'il prévoit le péril futur.

Cette diſtinction étant donc établie, le demandeur ſontenoit qu'il ſe trouvoit bien fondé en ſon action, & qu'il avoit eu d'autant plus de ſujet de l'intenter, qu'il ne ſçauroit attendre l'événement qu'avec une perte manifeſte, & qu'il ſeroit ridicule de vouloir qu'il différât d'agir lorſqu'il ne ſeroit plus tems de rechercher ſon recours; parce qu'en effet, le demandeur n'étant plus au monde, & l'ouverture de la ſubſtitution déférant les biens au ſubſtitué, le demandeur ne ſçauroit ſur qui agir.

En conſéquence de quoi, il ſoutenoit pareillement, que comme ſon action n'étoit point prématurée, ſa concluſion ne pouvoit non plus être débattue; qu'il falloit bien que le défendeur fît de deux choſes l'une, ou qu'il accordât dès-à-préſent la réſolutiou du contrat & reſtitution du prix, ou qu'il baillât bonne & ſuffiſante caution pour la maintenir.

Qu'au reſte, c'étoit ſe flater, que de vouloir ſoutenir que le défendeur avoit vendu ce qui lui appartenoit, puiſqu'il eſt certain, ainſi qu'on a ſoutenu, qu'un bien ſubſtitué *dicitur æs alienum*, & par conſéquent, ne peut être vendu ni hypothéqué, ſans commettre le crime de ſtellionat. Qu'en effet, la cour l'a ainſi jugé, ainſi qu'on peut l'apprendre de monſieur Loüet, en la lettre S, chap. 18, nomb. 7, & des notes du ſieur Brodeau, en cet endroit, & en la derniere édition. Que les arrêts qu'il en cotte ſont d'autant plus conſidérables, qu'ils ont été donnés en eſpece moins favorable : Sçavoir, que celui qui n'a que l'uſufruit d'une terre & s'en dit ſeigneur, & contracte en cette qualité, tombe dans le crime de ſtellionat, à cauſe que c'eſt une eſpece de piége, & que cette réticence frauduleuſe donne ſujet au contrat. Pareillement, & plus formellement, le même auteur rapporte que la cour a jugé qu'on ne peut obliger ni engager une terre ſubſtituée, parce que le bien ſubſtitué n'eſt pas notre; & conſéquemment, que c'eſt un ſtellionat qui oblige le débiteur de racheter le principal d'une rente. Que ſi la cour l'a ainſi jugé, à plus forte raiſon le jugeroit-elle de la même ſorte au fait du procès, étant bien plus excuſable d'hypothéquer une terre ſubſtituée, que de la vendre; de s'en dire le ſeigneur, & d'en prendre ſimplement la qualité, que d'en diſpoſer comme de ſa choſe propre.

C'eſt par la force de ces raiſons, & de ces préjugés, que le demandeur prétendoit obtenir ſes fins. Mais le défendeur, ſe défiant de les pouvoir empêcher, le différend a été vuidé par un accommodement. C'étoit entre le ſieur de Bays de Lyon, demandeur, & le ſieur de Mayoſſon, défendeur.

OBSERVATIONS.

Si l'acquéreur du bien ſubſtitué, peut agir pour la réſolution du contrat avant l'ouverture de la ſubſtitution.

DAns cette queſtion, l'auteur établit que l'acquéreur d'un bien ſubſtitué, qui ignoroit la ſubſtitution, venant à la découvrir après le contrat, peut agir contre le vendeur pour la reſtitution du prix, même avant que le cas de l'éviction ſoit arrivé.

L'auteur dans ſes œuvres poſthumes établit, que l'héritier fiduciaire qui a vendu des héritages ſubſtitués, eſt tenu non-ſeulement de la reſtitution du prix de l'acquiſition, mais auſſi des dommages & intérêts de l'acquéreur.

M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 42, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe, rendu le premier août 1662, qui a jugé qu'un ſemblable acquéreur peut agir avant le trouble & avant l'ouverture de la ſubſtitution, pour la réciſion du contrat : il traite fort bien la queſtion; mais non pas ſi foncierement que notre auteur.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

☞ L'auteur des précédentes obſervations n'avoit pas traité la queſtion dans toute ſon étendue, n'ayant pas connoiſſance de tous les arrêts qui l'ont décidée. Ainſi, pour ne plus laiſſer d'incertitude ſur cette matiere, on va tâcher de la mettre dans tout ſon jour.

Dans le droit on diſtingue, ſi le vendeur ſavoit que la choſe par lui vendue appartenoit à autrui, dont l'acheteur n'avoit pas connoiſſance; en ce cas le contrat de vente peut

BIU Cujas

être réſolu avant même que l'acheteur ſoit inquiété ; & le vendeur condamné aux dommages & intérêts envers l'acheteur, pour l'avoir trompé en connoiſſance de cauſe : *ſi ſciens alienam rem ignoranti mihi vendideris : etiam, priuſquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea interſit : leg. 30, paragraph. 1, ff. de act. empt.*

Mais quand le vendeur n'a pas connoiſſance que la choſe appartient à un autre, on diſtingue encore ſi l'acheteur eſt inquiété auſſi-tôt après le contrat & avant que d'avoir payé le prix, il ne peut être contraint au payement, à moins que le vendeur n'offre de lui donner bonne & ſuffiſante caution, de lui rendre le prix en cas d'éviction. *Leg.* 18, § 1, *ff. de peric. & commodo rei venditæ : & leg. 24, cod. de evict.*

Mais ſi après le prix de la vente payé, l'acquéreur vient à avoir connoiſſance que la choſe n'appartient pas au vendeur, il ne peut agir contre lui avant que d'avoir été troublé & attaqué en éviction, c'eſt-à-dire, aſſigné en déclaration d'hypotéque : *qui rem emit & poſt poſſidet, quandiù evicta non eſt, auctorem ſuum, propterea quòd aliena vel obligata res dicitur, convenire non poteſt. L. 3. cod. de evict.*

A l'égard des biens chargés de ſubſtitution, l'empereur Juſtinien, dans la loi 3. liv. 2. & 3. *commun. de leg. & fideic.* diſtingue: ſi le fideicommis eſt pur & ſimple, l'aliénation eſt nulle de plein droit; s'il eſt fait ſous condition, ou à jour incertain, l'effet de l'aliénation eſt ſuſpendu juſqu'au jour de l'échéance de la condition, ou au jour que la reſtitution doit être faite. Or comme parmi nous toutes nos ſubſtitutions fideicommiſſaires ſont faites ſous condition, ou à jour incertain, à la charge de rendre à quelqu'un, quand l'héritier voudra, ou quand il mourra; il ſemble que l'acquereur ne puiſſe agir d'éviction, qu'après l'échéance de la condition, ou de l'arrivée du jour de la reſtitution du fideicommis.

Cependant, ſans s'arrêter à toutes ces diſtinctions, le parlement de Paris a toujours jugé que l'acquereur d'un bien ſubſtitué, peut faire reſcinder le contrat auſſi-tôt qu'il a connoiſſance de la ſubſtitution.

Maître Charles du Moulin, dans ſon traité, *de divid. & individ.* partie 3, nomb. 621, rapporte avoir fait juger le queſtion aux requêtes du palais & au parlement, en faveur de certains marchands de la ville de Lyon (qu'il traite d'ingrats, parce qu'ils n'avoient pas ſatisfait dignement à ſes honoraires) leſquels avoient acheté une maiſon chargée de ſubſtitutions dont ils n'avoient point de connoiſſance, & que le vendeur leur avoit vendue exempte de toutes ſubſtitutions, quoique le vendeur offrit de leur donner caution qu'ils ne ſeroient point évincés. Cet auteur appelle une ſubſtitution ſur une maiſon, *une maladie*, & dit que comme dans le droit on avoit l'action redhibitoire pour les eſclaves ou les beſtiaux qui avoient des maladies occultes, on doit l'avoir pour une maiſon chargée de ſubſtitutions, *addebam redhibitoriam eſſe domum ſubſtitutionis morbo laborantem, & ita per ſententiam præfectorum libellis palatii Pariſienſis obtinui, confirmatam arreſto ſupremi ſenatûs noſtri.* Il y avoit dans cette eſpèce deux circonſtances très-favorables : la premiere étoit, que le vendeur avoit déclaré la maiſon exempte de toutes ſubſtitutions; ainſi c'étoit un dol & une fraude qui fait reſcinder tous les contrats. La ſeconde étoit la qualité des acheteurs, qui étoient des marchands, qui ſont préſumés n'être pas ſavans dans les affaires, ni dans l'art de plaider. Me Charles du Moulin fait bien valoir cette qualité.

Mais les arrêts ſuivans ont jugé ſans aucune diſtinction dans des cas très-favorables nux vendeurs, qu'une ſemblable vente n'eſt pas valable, & que les acquéreurs ſont en droit de réclamer contre elle, auſſi-tôt qu'ils en ont connoiſſance.

1°. Par un arrêt rendu en la grand'chambre le 12 décembre 1652, rapporté dans le journal des audiences, tome 1, liv. 7, chapitre 10, dont l'eſpece eſt fort ſommaire. M. Malon, préſident de la chambre des comptes, en mariant ſon fils, lui donna la terre de Bercy, avec charge de ſubſtitution au profit du fils aîné qui naîtroit du mariage. Quelque tems après, M. Malon fils, connu ſous le nom de M. de Bercy, donna à titre de rente fonciere à un particulier, douze arpens d'héritage dépendans de la terre, à raiſon de 36 livres l'arpent par chacun an, & 4 deniers de cens, & un chapon de ſurcens. Ce particulier vendit à un autre une partie de ces mêmes héritages aux mêmes charges & conditions. Peu de tems après, ce ſecond acquéreur ſe trouvant fatigué par M. de Bercy, obtint des lettres de reſciſion contre ſon contrat, ſous prétexte de la ſubſtitution portée au contrat de mariage de M. de Bercy, & ces lettres furent entérinées par ſentence des requêtes du palais, de laquelle M. de Bercy ayant interjetté appel, elle fut confirmée par l'arrêt ci-deſſus. On croit devoir avertir, que pour ſe ſervir ſûrement de cet arrêt, il faut le vérifier ſur les regiſtres du parlement; car Soefve, tom. 1, centurie 4, chap. 2, le rapporte pour avoir jugé le contraire. Quoi qu'il en ſoit, il étoit évident que cet acquéreur n'avoit point à craindre l'événement de la ſubſtitution. 1°. L'aliénation étoit ſi peu de choſe en comparaiſon des grands biens de M. de Bercy, que

BIU Cujas

c'étoit comme une goutte d'eau dans un grand fleuve. 2°. Il étoit évident que le fils de M. de Bercy ne renonceroit pas à la ſucceſſion de ſon pere, pour ſe tenir à la ſubſtitution.

2°. Par un autre arrêt auſſi rendu en la grand'chambre, au rapport de M. Dreux, le 15 fevrier 1703, dont l'eſpèce eſt encore très-ſommaire. M. Doublet de Perſan, conſeiller en la troiſiéme chambre des enquêtes, vend une maiſon ſituée à Paris, à M. Titon, maître des comptes, lequel quelque tems après, ayant appris que cette maiſon étoit chargée de ſubſtitution, fait aſſigner M. Doublet, pour voir déclarer le contrat nul & réſolu. M. Doublet ſoutient que la ſubſtitution eſt nulle, & que par conſéquent elle ne peut nuire à l'acheteur. Par ſentence des requêtes du palais, le contrat eſt confirmé; M. Titon interjette appel de la ſentence, & ſur l'appel, les parties ayant été appointées, & l'inſtance diſtribuée à M. Dreux, le contrat fut déclaré nul, avec dépens. Cet arrêt eſt rapporté dans le recueil d'arrêts de M. Augeard, arrêt 37; cependant il ſemble que la ſubſtitution étant nulle, elle ne pouvoit pas donner atteinte à la vente, *quod nullum eſt nullum producit effectum :* d'ailleurs, M. Doublet de Perſan étant très-riche, M. Titon n'avoit rien à craindre.

3°. Par un arrêt rendu en la troiſiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. Palu, le 20 août 1708, dans un procès où M. Bretonnier, auteur des précédentes obſervations, avoit écrit pour les vendeurs; il y avoit deux circonſtances très-favorables pour faire ſubſiſter la vente. Premierement, la ſubſtitution n'étoit que pour une petite portion de la maiſon vendue. Secondement, l'acquéreur avoit eu communication lors du contrat de vente, du teſtament qui contenoit la ſubſtitution. Cependant les lettres de reſciſion obtenues contre le contrat de vente, furent entérinées: & afin que le lecteur ſoit parfaitement inſtruit des circonſtances de l'affaire, & de l'eſprit de l'arrêt, on rapportera ici les factums de part & d'autre, & l'arrêt en forme.

Factum, pour Dame Jeanne-Marie-Perault, épouſe non commune en biens de Meſſire Gilbert-François de Rivoire, chevalier, marquis du palais, auparavant veuve de Meſſire Louis de Beaupoil de Saint-Aulaire, chevalier, marquis de Lanmary, grand échanſon de France, capitaine-lieutenant des Gens-d'armes de la reine, appellante d'une ſentence rendue aux requêtes du palais, le 22 décembre 1707, contre dame Louiſe-Renée de Pennacouet de Kerouailles, ducheſſe de Portſmout & d'Aubigny, intimée.

RÉCIT DU FAIT.

LE 23 mai 1670, meſſire Jean Perrault, préſident en la chambre des comptes, fit une donation entre-vifs à la dame appellante ſa fille, de la ſomme de 120000 livres, à prendre ſur le plus clair de ſes biens, & par aſſignat particulier ſur 250000 livres en principal, de rente à lui due par M. le duc de Rohan. Il y a une clauſe importante dans cette donation: le donateur ſe réſerve le pouvoir de ſubroger à cette ſomme de 120000 livres d'autres rentes, ou des terres, ou autres biens immeubles. Cette donation fut acceptée par le ſieur Marion, nommé curateur à l'appellante pour cet effet. Le 19 ſeptembre ſuivant, M. le préſident Perrault ratifia cette donation, & fit d'abondant donation à ſa fille de la même ſomme, aux mêmes charges, clauſes & conditions.

Le 27 mars 1676, M. le préſident Perrault ayant pour lors deſſein de marier ſa fille au fils de M. de Fieux, maître des requêtes, il y eut un contrat de mariage paſſé entre eux, par lequel M. Perrault donna en dot à ſa fille la ſomme de 120000 liv. à elle donnée pour la donation ci-deſſus; il y ajoûta la baronnie de Milly, & la terre d'Augerville, avec toutes leurs dépendances, les terres de Changein & Moniot, ſituées en Bourgogne, & tous les meubles qui ſe trouveroient dans les châteaux de ces terres au jour du mariage de ſa fille, juſqu'à la ſomme de 50000 livres; de tous leſquels biens il en ſeroit ameubli juſqu'à la ſomme de 200000 livres pour entrer en communauté; & le ſurplus, en cas que la future épouſe vint à décéder ſans enfans, reviendroit à M. Perrault, ou à ceux de ſes héritiers, ou légataires qui ſeroient nommés par ſon teſtament.

Le 24 août 1677, M. Perrault fit ſont teſtament, par lequel il déclara qu'il vouloit que le contrat de mariage de ſa fille, avec le fils M de Fieux fût exécuté, & confirma la donation de tous les biens par lui donnés à ſa fille.

Il y a trois clauſes à remarquer dans ce teſtament.

BIU Cujas

La premiere: Le teſtateur nomme les perſonnes auſquelles il veut que les biens par lui donnés à la fille retournent, en cas qu'elle décede ſans enfans; ſçavoir, un tiers à Philiberte Perrault ſa ſœur, un tiers à Louis Girard ſon neveu, & l'autre tiers à Jeanne-Marie Girard ſa niéce, épouſe de monſieur Theſu, conſeiller au parlement de Dijon.

La ſeconde: Il déclare, qu'au cas que ſa fille ſe marie avant l'âge de vingt-cinq ans, ſans le conſentement des perſonnes par lui nommées, il la réduit à la donation qu'il lui a faite de 120000 liv.

La troiſiéme: Que ſi la fille décede ſans enfans, ayant atteint l'âge auquel il eſt permis par la coutume de Paris de teſter, il lui donne pouvoir de diſpoſer juſquà la ſomme de 120000 liv. à elle donnée par la donation du 23 mai 1670.

Quelque tems après, monſieur Perrault ayant changé de ſentiment au ſujet du mariage de ſa fille avec le fils de monſieur de Fieux, il fit un codicile le 23 janvier 1679, par lequel il fit défenſe à ſa fille de contracter mariage avec le ſieur de Fieux; & au cas qu'elle ſe mariât avec lui, il révoqua tous les avantages qu'il lui avoit fait, à la réſerve ſeulement de la ſomme de 120000 liv. dont il lui avoit fait donation entre-vifs.

Le 14 juin 1680 monſieur Perrault fit un autre codicile, par lequel il déclara qu'au lieu des terres de Changein & Moniot, & de la ſomme de 120000 liv. par lui léguée à ſa fille par ſon teſtamment, & à elle donnée par donation entre-vifs, du 23 mai 1670, il lui donne ſa maiſon de Paris, avec toutes ſes dépendances, au moyen de quoi il veut que les legs deſd. terres de Changein & Moniot, & ladite ſomme de 120000 liv. demeure révoquée, il ajoute que dans tous les cas, clauſes & conditions marquées par ſon teſtament & ſon codicile, il veut & entend que tous les biens qu'il a donnés à ſa fille, ſoient & demeurent ſujets à ſubſtitution & réverſion au profit des perſonnes par lui nommées dans ſon teſtament, auſquelles il joint meſſire Guillaume Perrault ſon couſin, pour un quart; & à leur défaut, ou de l'un d'eux, à ceux qui leur ſuccéderont par droit de nature, ou par diſpoſition. Mais il ajoute, qu'il n'entend pas par cette ſubſtitution, ou réverſion, ôter à ſa fille la liberté de diſpoſer des 120000 liv. qu'il lui a données par donation entre-vifs. Il ajoute encore, que pour favoriſer le mariage de ſa fille, il veut qu'il puiſſe être ameubli, non-ſeulement de cette ſomme de 120000 l. *mais encore juſqu'à telle autre qu'il ſera arbitré par le ſieur Guillaume Perrault; lequel ammeubliſſement il n'entend point être ſujet à ſubſtitution, ou réverſion.*

Après le décès de monſieur Perrault, la dame appellante ſa fille fut mariée avec meſſire Louis de Beaupoil de Saint-Aulaire, marquis de Lanmary; par ſon contrat de mariage, le ſieur Guillaume Perrault, exécuteur du teſtament de monſieur le préſident Perrault, lui conſtitua en dot tous les biens à elle donnés & legués par ſon pere, deſquels il fut ameubli juſques à la ſomme de 150000 liv. avec déclaration expreſſe que dans cette ameubliſſement il entreroit la ſomme de 120000 liv. dont monſieur Perrault avoit laiſſé la diſpoſition à ſa fille. A la fin du contrat il y a une clauſe, par laquelle la dame appellante fait donation de tous les biens à elle donnés par ſon pere, & à elle ſtipulés propres, à celui, ou à ceux de ſes enfans mâles qui ſeront par elle nommés, & à défaut de nomination, à l'aîné des mâles.

Au mois d'avril 1693, le ſieur marquis de Lanmary traita avec la dame de Lanion, fondée de procuration du ſieur comte de Lanion ſon mari, de la charge de capitaine-lieutenant des gens-d'armes de la reine, moyennant la ſomme de 135000 livres, ſur laquelle il fut payé comptant celle de 25000 liv. & des 110000 liv. reſtant, il en fut paſſé un contrat de conſtitution de 5500 liv. par chacun an.

Le 6 juin 1696, le ſieur marquis de Lanmary, tant en ſon nom, que comme ſe faiſant fort de la dame appellante, ſon épouſe, vendit à madame la ducheſſe de Portſmout, une grande maiſon, ſituée en cette ville ſur le quai Malaquais, moyennant la ſomme de 150000 liv. en déduction de laquelle madame de Portſmout s'obligea de payer en l'acquit des vendeurs aux ſieur & dame de Lanion, la ſomme de 110000 liv. au premier janvier 1700 & à l'égardt de la ſomme de 40000 liv. reſtant, madame de Portſmout conſtitua ſur elle une rente de 2000. liv. par an, il fut ſtipulé que faute par madame de Portſmout de payer aux ſieur & dame de Lanion la ſomme de 110000 liv. à eux déléguée dans le tems marqué, le contrat demeureroit nul & réſolu, & qu'il ſeroit permis aux vendeurs de rentrer en poſſeſſion de leur maiſon, ſans être obligés de faire aucunes pourſuites en juſtice.

Le 5 juillet 1701, faute par madame de Portſmout d'avoir ſatisfait à la clauſe du contrat, par lequel elle s'étoit obligée de payer au Sr. de Lanion 110000 liv. au 1 janvier 1700, le ſieur marquis de Lanmary obtint une ſentence aux requêtes du palais, par laquelle le contrat fut déclaré nul & réſolu; de laquelle madame de Portſmout ayant interjetté appel en la cour, elle fut confirmée par arrêt du 7 ſeptembre ſuivant:

Pour

BIU Cujas

Pour arrêter l'effet de ces jugemens, madame Portſmout entra en payement avec le ſieur de Lanion; elle lui paya la ſomme de 60000 liv. par quittance du 6 juillet 1701.

Après le décès du ſieur marquis de Lanmary, arrivé en Italie le 22 juillet 1702 la dame appellante ayant renoncé à la communauté qui avoit été entre eux, & étant en droit de rentrer en ſa maiſon, le ſieur Pinſon, agent des affaires de madame de Portſmout, l'angagea de paſſer une tranſaction le 16 ſeptembre 1703, par laquelle elle conſentit que le contrat de vente de la maiſon en queſtion fut exécuté ſelon ſa forme & teneur; à la charge par madame de Portſmout de payer inceſſamment auſd. ſieur & dame de Lanion, la ſomme de 50000 liv. reſtante à payer de celle de 110000 liv. & de ſatisfaire à toutes les clauſes & conditions du contrat.

Le 16 octobre 1703, madame de Portſmout, qui étoit pour lors dans château d'Aubigny en Berry, par un acte paſſé pardevant un notaire & deux témoins, approuva & ratifia la tranſaction paſſée avec ſon homme d'affaires, dans toutes ſes clauſes & conditions.

Le 15 décembre ſuivant, la dame appellante voyant que madame de Portſmout ne ſe mettoit point en peine de ſatisfaire aux clauſes de cette tranſaction, & qu'elle ne payoit au ſieur de Lanion, ni principal, ni intérêts, ni à elle les arrérages de la rente de 2000 liv. par an, elle fit ſaiſir réellement la maiſon en queſtion; mais lorſqu'elle voulut faire enregiſtrer la ſaiſie réelle, il s'en trouva une autre précédente, faite à la requête du nommé la Fontaine, à laquelle il y avoit nombre d'oppoſans; c'eſt pourquoi la dame appellante craignant, avec raiſon, que les frais n'abſorbaſſent la meilleure partie du prix de la maiſon, & que ces longueurs ne la miſſent hors d'état d'être payée des arrérages de la rente de 2000 liv. à elle due, & le ſieur de Lanion des intérêts de la ſomme de 50000 liv. elle fut conſeillée de donner ſa requête, pour que la maiſon lui fût délaiſſée pour les ſommes à elle dues, tant en principal, qu'intérêts, arrérages, frais & dépens, ſi mieux n'aimoient les autres créanciers la porter à ſi haut prix, qu'elle fût payée de toutes ſes créances.

Les gens d'affaire de madame la ducheſſe de Portſmout, voyant que dans les voies ordinaires ils ne pourroient pas empêcher l'effet des concluſions de la dame appellante, ſe ſont aviſés de recourir à un moyen extraordinaire; ils ont engagé madame de Portſmout à prendre des lettres de reſciſion contre le contrat de vente de la maiſon en queſtion, & contre la tranſaction du 6 octobre 1703; par laquelle elle s'eſt obligée de nouveau à ſatisfaire aux clauſes & conditions de ce contrat; & cela, ſous prétexte que cette maiſon eſt chargée d'une ſubſtitution au profit des parens collatéraux de monſieur le préſident Perrault, & que le défunt ſieur de Lanmary lui a caché cette ſubſtitution lors du contrat de vente.

Ce prétexte, tout frivole qu'il eſt, a trouvé des approbateurs dans le monde: mais il eſt étonnant qu'il en ait pû trouver en juſtice. La cour ſera ſans doute ſurpriſe que meſſieurs des requêtes du palais aient pû rendre une pareille ſentence: l'on ne s'arrêtera point ici à expliquer tous les chefs de cette ſentence, ni à faire connoître l'injuſtice de chacun de ſes chefs en particulier, cela ſeroit trop long & trop ennuyeux.

Il ſuffit de dire que cette ſentence condamne la dame appellante de faire aſſigner ceux ou celles qui ſont appellés à la ſubſtitution portée par le codicile du 14 juin 1680, & de rapporter leurs ratifications du contrat de vente de la maiſon en queſtion, & leur conſentement que cette maiſon rempliſſe partie de l'emmeublement fait par le contrat de mariage de la dame appellante, avec le défunt marquis de Lanmary; & faute de rapporter ces ratifications & ces conſentemens, dans ſix mois, le contrat eſt déclaré nul & de nul effet; en conſéquence la dame appellante eſt condamnée de rendre à madame de Portſmout la ſomme de 60000 livres par elle payée au ſieur comte de Lanion, & celle de 4507, liv. pour les lods & ventes, avec les intérêts du jour de la demande, & en tous les dépens.

Quoique l'injuſtice de cette ſentence ſe faſſe aſſez ſentir d'elle-même, néanmoins pour manifeſter encore davantage, & pour éviter en même-tems, & la longueur, & la confuſion, la dame appellante croit devoir réduire tous ces moyens à quatre propoſitions.

La premiere conſiſte à faire voir, que la maiſon en queſtion n'eſt point compriſe dans la ſubſtitution faite par monſieur le préſident Perrault, en faveur de ſes parens collateraux.

La ſeconde, quand effectivement elle ſeroit compriſe dans la ſubſtitution, qu'elle auroit pû être aliénée par le feu ſieur marquis de Lanmary, pour remplir l'ammeubliſſement de 150000 liv. fait par le contrat de mariage d'entre lui & la dame appel-

BIU Cujas

lante, ſans qu'il ait été beſoin d'avoir le conſentement de ceux qui peuvent venir à la ſubſtitution.

La troiſieme, que lors du contrat de vente de la maiſon en queſtion, madame la ducheſſe de Portſmout ayant eu connoiſſance de la ſubſtitution faite par M. le préſident Perrault ne peut pas aujourd'hui ſe ſervir de ce prétexte pour revenir contre ſon contrat

La quatriéme, que la ratification, ni le conſentement des parens collatéraux, n'eſt point néceſſaire, tandis que la dame appellante aura des enfans; parce que les parens collatéraux ne ſont appellés à la ſubſtitution, qu'au défaut des enfans de la dame appellante.

PREMIERE PROPOSITION.

Cette propoſition conſiſte à faire voir, que la maiſon en queſtion n'eſt point compriſe dans la ſubſtitution.

Cette propoſition n'eſt pas difficile à établir; pour cela, il ne faut que rappeller le ſouvenir de la donation faite entre-vifs à la dame appellante par monſieur le préſident Perrault le 23 mai 1670. Cette donation contient deux clauſes qu'il eſt néceſſaire de rapporter ici; la premiere eſt conçue en ces termes: *Lui a donné & donne par ces préſentes par donation entre-vifs pure, ſimple & irrévocable pour elle, ſes hoirs & ayant cauſe, la ſomme de 120000 livres, à prendre ſur le plus clair des biens dudit ſeigneur donateur, préſens & à venir, & aſſignat particulier ſur 250000 livres, en principal de rente qui lui eſt due par feu monſieur le duc de Rohan, & madame la ducheſſe de Rohan, ſon épouſe.* En vertu de cette ſeule clauſe, la dame appellante ſeroit en droit de prendre la ſomme de 120000 livres ſur la maiſon en queſtion; car elle a droit de la prendre ſur le plus clair de tous les biens; à l'égard de l'aſſignat particulier ſur la ſomme de 250000 livres dûe par monſieur & madame de Rohan, il ne ſubſiſte plus, la rente ayant été rachetée du vivant de monſieur le préſident Perrault. Mais la clauſe qui ſuit eſt encore bien plus déciſive; il faut la rapporter en propres termes:

En outre, ledit ſeigneur donateur s'eſt réſervé le pouvoir de ſubroger à ladite ſomme de 120000 livres, des terres, ou autres, rentes conſtituées, & biens immeubles qui ſeront de pareille, ou même de plus grande valeur que ladite ſomme de 120000 livres, & audit cas leſdites terres, rentes, ou autres immeubles, appartiendront à ſadite fille, juſqu'à concurrence de ladite ſomme de 120000 livres, & aux mêmes réſerves, clauſes & conditions, que ladite ſomme de 120000 livres, ſans y rien changer, ni innover. Suivant cette clauſe, monſieur le préſident Perrault avoit la liberté de ſubroger d'autres biens à la place de la ſomme de 120000 livres: c'eſt ce qu'il a fait par ſon codicile du quatorze juin mil ſix cent quatre-vingt, dont il faut auſſi rapporter la clauſe. *Déclare led. ſieur préſident Perrault, qu'au lieu de la terre de Changein & Moniot, & ſes dépendances, ſituées en Bourgogne, qu'il a légué par ſondit teſtament à damoiſelle Jeanne-Marie Perrault, ſa fille légitime; & auſſi au lieu des 120000 livres à prendre en plus grande rente à lui due par monſieur & madame de Rohan; qu'il a pareillement légué par ſondit teſtament à ladite demoiſelle ſa fille, & laquelle rente il lui avoit donné par donation entre-vifs, du 23 de mai 1670; icelui ſieur préſident Perrault donne & legue à lad. damoiſelle Jeanne-Marie Perrault ſa fille, ſa maiſon de Paris; en laquelle il eſt demeurant avec les jardins, baſſe-court, & autres dépendances de lad. maiſon.* Au moyen de cette clauſe, il eſt certain que la maiſon en queſtion eſt ſubrogée à la place de la ſomme de 120000 livres, puiſque monſieur le préſident Perrault a légué la maiſon au lieu de cette ſomme: ce qu'il à pû faire, ſuivant la clauſe inſérée dans la donation, par laquelle il s'étoit réſervé la liberté de ſubroger à cette ſomme d'autres rentes ou terres, ou autres immeubles.

Mais les gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout prétendent que la ſubrogation ne doit pas avoir lieu dans cette occaſion, parce que monſieur le préſident Perrault u'a pas déclaré expreſſément qu'il vouloit que la maiſon demeurât ſubrogée à la place de cette ſomme, & que la ſubrogation ne peut ſe faire ſans une déclaration expreſſe.

L'on pourroit ſoutenir que monſieur le préſident Perrault a ſuffiſamment fait connoître que ſon intention étoit que la maiſon fût ſubrogée à la place de la ſomme de 120000 livres, par lui donnée à ſa fille par la donation entre-vifs du 23 de mai 1670. Cette date eſt une marque que monſieur Perrault ſe ſouvenoit fort bien de la donation par lui faite à ſa fille, & de la clauſe par laquelle il s'étoit réſervé la liberté de ſubroger d'autres biens à la place de cette ſomme, ce qu'il a effectué, en leguant la maiſon à la place de la ſomme. Mais il ne faut point s'arrêter à chicanner ſur l'interpréta-

BIU Cujas

tion de la volonté de monſieur le préſident Perrault; il faut avoir recours à celle de la loi.

La loi diſtingue deux ſortes de ſubrogations, la conventionnelle & la légale. La premiere ſe fait lorſqu'un débiteur qui emprunte des deniers d'un nouveau créancier, pour les employer au payement d'un ancien créancier, ſubroge le nouveau créancier à la place de l'ancien; il faut en ce cas une ſubrogation expreſſe.

La ſubrogation légale ſe fait par le miniſtere de la loi, ſans aucune déclaration de l'homme; comme lorſqu'un créancier poſtérieur paye un créancier antérieur, ou quand l'acquéreur d'un héritage paye le prix de ſon acquiſition aux créanciers de ſon vendeur, il entre de droit dans leurs hypothéques. Mais il faut rapporter un exemple plus convenable à l'eſpece qui ſe préſente; nous le trouvons dans la loi *Pater 23 de ad. leg.* dans laquelle un pere ayant fait le partage de ſes biens entre ſes enfans, avoit ordonné que ſa fille prendroit par préciput trois cens écus d'or ſur ce qui devoit lui revenir du reliquat d'un compte: ce pere pendant ſa vie ayant reçû ce reliquat, & employé les deniers à l'acquiſition d'une maiſon, il fut queſtion de ſçavoir ſi cette maiſon devoit appartenir à la fille. Le juriſconſulte répondit qu'elle lui appartenoit, à cauſe de la ſubrogation tacite qui s'étoit faite de droit. *Non enim abſumptum videtur, quod in corpus patrimonii verſum eſt.* La même déciſion ſe rencontre encore dans les loix 71 & 72, *de Leg. 2.*

Si donc la maiſon en queſtion eſt ſubrogée à la place de la ſomme de 120000 livres. C'eſt un bien libre en la perſonne de la dame appellante, du moins juſqu'à concurrence de la ſomme de 120000 liv. Car l'effet de la ſubrogation eſt d'imprimer le même caractere à la choſe ſubrogée, qu'avoit celle à laquelle elle a ſuccédé, ſuivant la maxime, *Subrogatum ſapit naturam ſubrogati.*

SECONDE PROPOSITION.

Cette propoſition conſiſte à faire voir que, quand la maiſon en queſtion auroit été ſubſtituée, elle auroit pû être aliénée pour remplir la ſomme de 150000 livres, ameublie par le contrat de mariage de la dame appellante, ſans avoir beſoin du conſentement de ceux qui peuvent être appellés à la ſubſtitution.

Pour l'établiſſement de cette propoſition, il ſuffit de prendre lecture du dernier codicile de monſieur le préſident Perrault, qui eſt le ſeul auquel madame la ducheſſe de Portſmout veut que l'on s'arrête. Après la clauſe de la ſubſtitution il déclare, que par cette ſubſtitution il n'entend pas ôter à ſa fille la libre diſpoſition des 120000 liv. qu'il lui a donné par donation entre-vifs. Il ajoute que pour favoriſer le mariage de ſa fille, il veut qu'il puiſſe être ameubli des biens à elle donnés, non-ſeulement juſqu'à concurrence de cette ſomme de 120000 livres, mais encore juſqu'à telle autre qui ſera arbitrée par le ſieur Guillaume Perrault; *lequel ameubliſſement il n'entend point être ſujet à ſubſtitution ou réverſion.*

Par le contrat de mariage de la dame appellante avec le défunt ſieur marquis de Lanmary, le ſieur Guillaume Perrault a ameubli des biens à elle donnés ou légués par monſieur le préſident Perrault, juſqu'à la ſomme de 150000 liv.

Il eſt donc bien certain que la ſomme de 150000 livres, ameublie par le contrat de mariage de la dame appellante n'eſt point ſujette à ſubſtitution, & que le défunt Sr. marquis de Lanmary a eu la liberté d'aliéner des biens de la dame appellante, juſqu'à concurrence de cette ſomme: Il ne reſte donc plus qu'à voir s'il a pû le faire de ſon chef, ſans le conſentement de ceux qui peuvent avoir droit à la ſubſtitution.

Dans la regle générale, un mari qui par ſon contrat de mariage a ſtipulé qu'une partie des biens de ſa femme ſeroit ameublie pour entrer en communauté, n'eſt point obligé de requérir le conſentement des héritiers de ſa femme, pour l'exécution de cet ameubliſſement. Le même titre qui fait l'ameubliſſement, donne pouvoir au mari de choiſir celui des immeubles de ſa femme qu'il lui eſt plus avantageux d'aliéner: Les héritiers de la femme doivent s'imputer de n'avoir pas, dans le contrat de mariage, déclaré ſpécifiquement quel héritage ils vouloient être ſujet à l'ameubliſſement.

En cela il n'y a aucune différence à faire entre les héritiers légitimes de la femme & ceux qui le ſont en vertu d'une ſubſtitution, parce que la faveur des mariages l'emporte ſur celle des ſubſtitutions: Nous en avons deux exemples dans le droit.

Le premier eſt dans la loi *Mulier 22, §. 4, ff. ad ſc. Trebell.* où il eſt dit, qu'une fille dont tous les biens ſont ſubſtitués, peut prendre ſur iceux une ſomme convenable pour la marier, ſans avoir beſoin du conſentement de ceux qui ſont appellés au fidéicommis, parce que cette diſtraction convient à l'établiſſement de la fille, & à l'inten-

BIU Cujas

tion du teſtateur : *Dixi non poſſe dici in everſionem fideicommiſſi factum, quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat.*

Le ſecond exemple eſt dans la *novelle 39, chap.* 1, où Juſtinien permet d'aliéner les biens ſubſtitués pour le payement des conventions des femmes. La raiſon qu'il en rend, eſt, qu'il faut préférer la faveur des mariages qui ſont de droit public, à celle des ſubſtitutions qui ne regardent que l'intérêt des particuliers : *Ea enim quæ communiter omnibus proſunt, iis quæ ſpecialiter utilia ſunt præponimus.*

Mais dans l'eſpece particuliere, la queſtion ne peut pas recevoir la moindre difficulté, par pluſieurs raiſons.

1°. Si la maiſon en queſtion eſt un bien libre, comme il a été établi ci-devant, le ſieur marquis de Lanmary a été dans la néceſſité d'aliéner plûtôt cette maiſon, que les autres biens de la dame appellante, qui ſont ſubſtitués : car c'eſt une maxime certaine, que l'on ne peut toucher aux biens ſubſtitués, qu'après avoir entiérement épuiſé les biens libres.

2°. Monſieur le préſident Perrault, qui eſt l'auteur de la ſubſtitution, a témoigné lui-même que ſon intention étoit que l'ameubliſſement fût pris ſur la maiſon, puiſqu'il a déclaré qu'il la donnoit à ſa fille, au lieu & place de la ſomme de cent vingt mille livres, qu'il lui avoit donnée entre-vifs, & dont il lui a toujours laiſſé la libre diſpoſition.

3°. Le ſieur Guillaume Perrault, à qui M. le préſident Perrault avoit confié le ſoin de cet ameubliſſement, a déclaré que dans la ſomme de 150000 liv. par lui ameublie, il entendoit y comprendre la ſomme de 120000 liv. dont la dame appellante avoit la diſpoſition.

4°. Le ſieur marquis de Lanmary a agi comme un bon pere de famille, en vendant plûtôt la maiſon que les terres de Milly ou d'Augerville, qui ſont deux groſſes terres qu'il ne convient pas de démembrer, ni de morceller. La loi veut, quand il s'agit de l'aliénation des biens des mineurs, que l'on aliéne plûtôt les maiſons des villes, que les terres de la campagne; parce que les terres ſont un bien plus ſolide & plus durable, que les maiſons des villes, qui ſont ſujettes à pluſieurs accidens, & à de fréquentes réparations.

Il faut répondre en cet endroit à une objection de madame la ducheſſe de Portſmout : Elle prétend que la vente de la maiſon en queſtion n'étoit point néceſſaire pour remplir la ſomme de 150000 livres, ameublie, parce qu'elle étoit déja remplie, au moins de la ſomme de 50000 livres, pour le prix des meubles, & de celle de 110000 livres, à laquelle la dame appellante s'étoit obligée envers les ſieurs & dame de Lanion.

La ſentence même dont eſt appel détruit cette objection, en ordonnant à la dame appellante d'apporter le conſentement de ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution, que le prix de la maiſon en queſtion faſſe partie de l'ameubliſſement, juſqu'à concurrence de la ſomme de 110000 livres, faiſant avec celle de 40000 liv. à quoi ſe ſont trouvés monter les effets mobiliers dud. ſieur Perrault, & remis, en exécution du contrat de mariage, aud. ſieur Louis de Beaupoil, pour la ſomme de 40000 liv.

Mais puiſque les gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout renouvellent encore cette objection, il faut la détruire à fond.

1°. A l'égard des meubles, ils diſent que, ſuivant l'eſtimation qui en fut faite lors du mariage de la dame appellante, avec le défunt ſieur marquis de Lanmary, ils furent eſtimés à 40113 livres, à quoi ajoutant la crue, le prix monte à plus de cinquante mille livres.

Il eſt aiſé de répondre à cette objection, la crue n'eſt reçue qu'à l'égard des meubles pris ſur le pied de l'inventaire après le déces des conjoints; mais quand une fille apporte des meubles en mariage, ſuivant l'eſtimation qui en eſt faite entre les parens, ou par autorité de juſtice, il n'y a point lieu à la crue, parce qu'en ce cas les meubles ſont priſés à leur juſte valeur : d'ailleurs, puiſque tous les meubles délaiſſés à l'appellante conſiſtoient en pierreries & en vaiſſelle d'argent, ce genre de meubles n'eſt point ſujet à la crue. Il y a plus : au nombre de ces effets, l'on a compris les vaſes ſacrés, & les habits ſacerdotaux qui ſont dans les chapelles des châteaux, comme auſſi les buſtes, les ſtatues & les tableaux tenant à fer & à cloud, qui font partie des châteaux; & par conſéquent ſont cenſés immeubles, ſi la dame appellante vouloit, elle feroit retrancher tout cela du prix des meubles; auſſi par la tranſaction qu'elle a faite avec ſes enfans du premier lit, le prix des meubles a été réduit à 30000 livres. Mais il n'eſt pas queſtion de cela ici, le prix des meubles eſt fixé par la ſentence à quarante mille livres. Madame de Portſmout pour ſa ſûreté a retenu cette ſomme entre ſes mains.

A l'égard de la ſomme de 110000 liv. due au ſieur & dame de Lanion, les gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout, pour groſſir les objets, affectent de mul-

BIU Cujas

tiplier cette ſomme : ils diſent que la dame appellante eſt obligée à cette ſomme, & qu'ainſi cette ſomme jointe à celle de 40000 liv. pour les meubles, remplit entiérement celle de 150000 livres ameublie. Cela eſt vrai, mais la conſéquence eſt fauſſe, donc en payant par madame de Portſmout 110000 livre au ſieur & dame de Lanion, elle payera au-delà de la ſomme ameublie. Il faut raiſonner tout autrement : la dame appellante a droit de prendre ſur tous ſes biens 150000 liv. : elle a des meubles pour 40000 livres : reſte pour 110000 livres : elle eſt obligée pour cette ſomme envers le ſieur & dame de Lanion : par le contrat de vente, madame de Portſmout eſt chargée de payer cette ſomme, donc en payant, elle ne payera que juſqu'à concurrence de la ſomme ameublie. En un mot, la ſomme de 110000 liv. due aux ſieur & dame de Lanion, & pareille ſomme qui leur a été déleguée par le contrat de vente de la maiſon en queſtion, ne compenſent qu'une ſeule & même ſomme.

TROISIEME PROPOSITION.

Cette propoſition conſiſte à faire voir que lors du contrat de vente de la maiſon en queſtion, madame la ducheſſe Portſmout a eu connoiſſance de la ſubſtitution, & par conſéquent elle ne peut pas ſe ſervir de ce prétexte pour donner atteinte à ſon contrat.

Dans le fait, il eſt certain que lors du contrat de vente, madame la ducheſſe de Portſmout a été bien & duement informée de la ſubſtitution faite par monſieur le préſident Perrault, puiſque le ſieur marquis de Lanmary a déclaré que la maiſon en queſtion appartenoit à la dame appellante, au moyen du legs qui lui en avoit été fait par monſieur le préſident Perrault, par ſon codicile du 15 juin 1680 reçu par Malingre & Lange, notaires au châtelet, dépoſé pour minute audit Lange, avec le teſtament dud. ſieur Perrault. Eſt il croyable que les gens d'affaires de madame la ducheſſe de Protſmout n'aient pas eu la curioſité de voir ce teſtament, ni ce codicile ? ce ſeroit une négligence craſſe qui ne mériteroit point d'excuſe. Mais la vérité eſt que ce teſtament & ce codicile avec tous les titres de la maiſon, furent portés chez monſieur le préſident Talon, l'un des plus habiles magiſtrats du royaume, aux lumieres duquel rien n'échappoit.

Dans le droit, il eſt certain qu'un acheteur qui a eu connoiſſance du vice de la choſe par lui achetée, ne peut après coup ſe plaindre, ni faire reſcindre ſon contrat, il doit s'imputer ſa facilité ; & porter la peine de ſa légéreté : *Qui ſciens & prudens emit rem vitioſam, non poteſt agere de evictione.* Dans la coutume de Paris, celui qui achete un héritage qu'il ſçait être chargé d'une rente, ne peut point preſcrire contre le créancier de la rente.

QUATRIÉME PROPOSITION.

Cette propoſition tend à prouver, que le conſentement des collatéraux n'eſt pas néceſſaire, tandis qu'il y aura des enfans, parce que les collatéraux ne ſont appellés qu'au défaut des enfans.

Il eſt certain que monſieur le préſident Perrault n'a appellé ſes parens collatéraux à la ſubſtitution des biens qu'il a legués à la dame appellante, qu'au cas qu'elle vînt à déceder ſans enfans, ce qui n'arrivera pas, puiſqu'il y en a cinq vivans, & qu'elle eſt encore en état d'en avoir d'autres. Mais les gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout prétendent qu'il faut s'arrêter uniquement au codicile du 14 juin 1680, par le quel monſieur le préſident Perrault veut que les biens qu'il legue à la dame appellante, ſoient ſujets à ſubſtitution & réverſion au profit de ſes parens collatéraux, ſans faire aune mention des enfans de ſa fille.

L'on peut dire que c'eſt là un ſophiſme, puiſque les parens collatéraux ne ſont appellés qu'aux cas, clauſes & conditions marqués dans le teſtament ; ainſi il faut recourir au teſtament, où les collatéraux ne ſont appellés qu'au défaut des enfans. Mais il eſt bon de prendre droit par le diſcours des gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout. Selon eux, il ne faut s'arrêter qu'au codicile ; dans ce codicile les biens ſont ſubſtitués au profit des collatéraux, ſans parler des enfans. Que faut-il conclure de-là ? Que par la naiſſance des enfans la ſubſtitution eſt finie, & que les collatéraux n'y ont plus aucun droit, ni aucune eſpérance ; c'eſt la conſéquence qu'il en faut tirer, ſuivant le jugement du plus célebre des juriſconſultes.

Papinien dans la loi, *Cùm avus 102, de Cond. & Demonſt.* propoſe l'eſpece d'un pere qui ayant un fils & un petit-fils d'un autre fils, les inſtitue également ſes héritiers : il charge le petit-fils, s'il meurt avant l'âge de 30 ans, de reſtituer la moitié à ſon oncle. Le cas arrive ; le petit-fils meurt avant l'âge de 30 ans, mais il laiſſe des enfans ; l'on demande ſi la ſubſtitution aura lieu en faveur de l'oncle, au préjudice des enfans du petit-fils. Pa-

BIU Cujas

pinien répond; que la condition ſous laquelle le fidéicommis avois été fait, a manqué, parce que l'on doit conjecturer de la piété paternelle, que le teſtateur n'a pas eu intention d'appeller un collatéral au préjudice des enfans; & quoique cela ne ſoit pas écrit, qu'il faut croire que ç'a été ſa penſée : *Cùm avus filium ac nepotem ex altero filio hæredes inſtituiſſet, à nepote petiit ut ſi intra annum trigeſimum moreretur, hæreditatem patruo ſuo reſtitueret. Nepos, liberis telictis, intra ætatem ſupra ſcriptam vita deceſſit; fideicommiſſi conditionem conjecturâ pietatis reſpondi defeciſſe, quod minus ſcriptum quàm dictum fuerat, inveniretur.*

Cette déciſion a été trouvée ſi belle & ſi juridique, qu'elle a mérité l'éloge & l'approbation de l'empereur Juſtinien en deux endroits; la premiere, dans la loi, *Generaliter. 6, de Inſtit. & Subſtit.* l'autre, dans la loi, *Cùm acutiſſimi 30, de fidei.*

Ainſi, ſuivant les principes des gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout, il faut conclure que par la naiſſance des enfans de la dame appellante, la ſubſtitution faite au profit des collatéraux eſt finie. Cela étant, pourquoi obliger la dame appellante d'apporter les ratifications & les conſentemens des perſonnes, qui n'ont point d'intérêt en la cauſe?

MOYEN DÉCISIF.

Les gens d'affaires de madame la ducheſſe de Portſmout ont crû jetter la dame appellante dans un embarras dont elle ne pourroit jamais ſortir, en faiſant ordonner qu'elle ſeroit tenue de faire aſſigner ceux ou celles qui ſont appellés à la ſubſtitution, & de rapporter leur ratification & leur conſentement, & dans la penſée que cela lui ſeroit impoſſible : mais par un bonheur ineſpéré, elle rapporte aujourd'hui ces ratifications & ces conſentemens. La vexation qui eſt faite à la dame appellante par les gens de madame la ducheſſe de Portſmout, l'injuſtice de la ſentence dont eſt appel ont paru ſi évidentes & ſi criantes, qu'elles ont déterminé tous les parens de monſieur le préſident Perreault à concourir enſemble pour tirer de peine la dame appellante par un acte paſſé pardevant les notaires du châtelet de Paris, le premier mars 1708. Monſieur Guyet, conſeiller d'état, & intendant des finances, à cauſe de dame Claude Quarré ſon épouſe, qui eſt petite-fille de dame Philiberte Perrault, ſœur de monſieur le préſident Perrault, qui étoit la premiere appellée à la ſubſtitution; meſſire Louis de Theſu, ſecrétaire des commandemens de monſieur le duc d'Orléans, fils de dame marie Girard, qui étoit auſſi appellée à la ſubſtitution; meſſire Emilien de Chartraire, & dame JeanneMarie Girard ſon épouſe, fille de meſſire Louis Girard, qui étoit pareillement appellée à la ſubſtitution, ont déclaré qu'après avoir pris communication de la donation de 120000 livres, faite à la dame appellante par monſieur le préſident Perrault, des teſtamens & codiciles dudit ſieur préſident Perrault, *en tant que beſoin eſt, ou ſeroit, & en ce qui les touche & concerne, ils ont approuvé, ratifié, coufirmé le contrat de vente de la maiſon en queſtion, & conſentent qu'il ait ſon entier effet & exécution; & qu'en ce faiſant, ladite dame Jeanne-Marie Perrault prenne les 150000 livres, faiſant le prix de ladite maiſon, pour en diſpoſer par elle comme bon lui ſemblera, en vertu dudit ameubliſſement fait par ledit ſieur Guillaume Perrault, par le contrat de mariage de lad. dame.*

Les parens qui ſont demeurans en Bourgogne ayant eu communication de la déclaration de ceux qui ſont demeurans à Paris, & de toutes les piéces, ont paſſé une procuration pardevant deux notaires de la ville de Dijon, pour faire une pareille déclaration, laquelle a été faite.

Il ne reſte plus de tous ceux qui peuvent avoir quelque droit à la ſubſtitution, que meſſire Cuillaume Perrault, qui n'a pas voulu donner ſon conſentement, & ſa ratification pardevant notaires; ce qui a obligé la dame appellante d'obtenir une commiſſion en chancelerie, en vertu de laquelle elle l'a fait aſſigner en la cour, pour voir dire qu'il ſera tenu de ratifier le contrat de vente de la maiſon en queſtion, le 4 juin dernier, il a fourni des défenſes, par leſquelles, après avoir dit qu'il n'a point d'intérêt à la conteſtation, *il déclare qu'il conſent à tout ce qui eſt contenu dans les teſtamens & codiciles de monſieur le préſident Perrault, & même au contrat de mariage de la dame appellante, avec le ſieur marquis de Lanmary; & que tout ſoit reglé en conformité d'iceux, ſuivant la prudence de la cour.* Cette déclaration vaut une ratification expreſſe.

Si madame la ducheſſe de Portſmout n'a eu en vue, dans la conteſtation qu'elle a faite à la dame appellante, que d'avoir une ſûreté ſurabondante, elle doit ſe rendre à préſent : mais il eſt aiſé de connoître, qu'elle avoit deſſein, en faiſant naître une difficulté qu'elle croyoit inſurmontable, de ſe diſpenſer de payer & principal & intérêts, & de jouir d'une belle maiſon, ſans en payer le prix.

BIU Cujas

SECOND CHEF DE LA SENTENCE.

Ce chef déboute la dame appellante de ſa requête du 5 juin 1704, qui tend à ce que la maiſon en queſtion lui ſoit délaiſſée pour la ſomme de 96956 livres à elle pour lors due (à préſent la ſomme eſt augmentée de beaucoup) ſi mieux n'aiment les autres créanciers la faire vendre à ſi haut prix, qu'elle ſoit payée de toutes les ſommes à elle dûes, tant en principal, intérêt, arrérages, que frais & dépens.

Cette demande eſt dans les regles, ſoit que l'on examine les clauſes particulieres du contrat, ſoit que l'on conſulte les maximes du droit, & la juriſprudence des arrêts.

1°. Par le contrat de vente de la maiſon en queſtion, madame la ducheſſe de Portſmout s'oblige de payer aux ſieur & dame de Lanion, la ſomme de 110000 livres, au premier janvier 1700 & d'en rapporter quittance en bonne forme; & à faute de ce faire, que le contrat demeurera nul & réſolu. Ce faiſant, que les vendeurs rentreront de plein droit dans la propriété & poſſeſſion de leur maiſon. Il eſt dit que cette clauſe ne pourra être réputée comminatoire, mais de rigueur; parce que ſans icelle, la vente n'auroit pas été faite. Enfin, eſt il dit que ce n'eſt que ſous cette condition que le ſieur marquis de Lanmary tranſporte à madame la ducheſſe de Portſmout la proprieté de la maiſon.

A cela, madame la ducheſſe de Portſmout répond que la dame appellante a dérogé à cette clauſe, par la tranſaction du 16 ſeptembre 1703.

Pour toute réponſe, la dame appellante employe la lecture de cette tranſaction. Elle ne s'eſt déſiſtée du profit de la ſentence & de l'arrêt, qui avoient déclaré le contrat réſolu, qu'à la charge de payer inceſſamment par madame de Portſmout, aux ſieur & dame de Lanion, les 50000 liv. reſtant, & de ſatisfaire à toutes les autres clauſes & conditions du contrat.

2°. Suivant les premiers élémens du droit, la propriété des choſes vendues & livrées ne paſſent en la perſonne de l'acheteur, qu'après qu'il en a payé le prix: *Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam ſi is emptor pretium ſolverit, Inſt. de Rer. Diviſ. §. 41.*

A cela, madame de Portſmout répond, que ce §. parle de la vente faite *præſenti pecunia*, & que celle dont il s'agit, a été faite à tems payable au premier janvier mil ſept cent.

La réponſe eſt facile. Il y a une clauſe réſolutoire dans ce contrat, faute de payer dans le tems marqué: ce qui a produit le même effet que ſi la vente avoit été faite ſans jour & ſans terme.

3°. Madame la ducheſſe de Portſmout dit qu'elle eſt entrée en payement avec le ſieur de Lanion, qu'elle lui a payé la ſomme de 60000 liv. & que ce payement doit empêcher l'effet de la clauſe réſolutoire.

La réponſe eſt encore facile. madame de Portſmout devoit payer entierement le Sr. de Lanion au 1 janvier 1700 & elle ne lui a payé que 60000 liv. le 16 juillet 1701. Or, ſuivant la regle du droit: *Minus ſolvit, qui tardiùs ſolvit, nam & tempore minus ſolvitur, Leg. 12, §. 2, de verbor. ſignif.* d'ailleurs la loi commiſſoire a lieu auſſi bien pour le défaut de payement d'une partie, que pour le tout.

4°. Les arrêts rapportés par maître Claude Henrys, tome premier, livre quatriéme, queſtion trentiéme, ont jugé que le vendeur de l'héritage qui voit ſon gage ſaiſi réellement, eſt en droit de demander à y rentrer, afin d'empêcher que le prix ne ſoit abſorbé par les frais.

A cela, madame de Portſmout répond, que la ſaiſie réelle de Fontaine ne ſubſiſte plus, ni les cauſes des oppoſitions, qu'elle a payé le ſaiſiſſant & les oppoſants; mais c'eſt un dire qui n'eſt pas juſtifié. D'ailleurs, la ſaiſie réelle faite à la requête de la dame appellante ſubſiſte toujours; car le même jour que le ſieur marquis du Palais en donna main-levée, madame de Portſmout lui donna une contre-lettre, portant que cette main-levée ne pourroit nuire ni préjudicier à la dame appellante, & que la ſaiſie réelle faite à ſa requête, auſſi-bien que l'oppoſition par elle formée à la ſaiſie réelle de Fontaine, demeureroient en leur force & vertu: ainſi de toutes les manieres la demande de la dame appellante eſt juridique.

BIU Cujas

A noſſeigneurs de parlement, en la troiſiéme chambre des enquêtes.

SUpplie humblement Louiſe Renée de Penancouet de Kouaille, ducheſſe de Portſmouth & d'Aubigny : diſant, qu'au procès pendant en la cour, au rapport de M. Pallu conſeiller, ſur l'appel d'une ſentence rendue aux requêtes du palais, le 22 décembre 1707, elle a toujours proteſté de ſe pourvoir contre icelle, & d'en interjetter appel de la même maniere que la dame marquiſe du palais l'a interjetté d'abord ; mais cet appel de la ſuppliante eſt devenu indiſpenſable dans les circonſtances préſentes par le fait de la dame marquiſe du Palais.

En effet, M. le préſident Perrault par ſon codicile, du 14 juin 1680, ayant déclaré que dans les cas marqués dans ſon teſtament, du 24 août 1677, & par ſon codicile du 23 janvier 1679, veut, & entend, que *tous les biens qu'il donne & légue à damoiſelle Jeanne-Marie Perault, ſoient & demeurent ſujets à ſubſtitution & réverſion, en faveur de dame Philiberte Perrault ſa ſœur, à dame Jeanne-Marie-Girad ſa niéce, à M. Louis Girard du Thil ſon neveu, & à M. Guillaume Perrault ſon couſin, & à leur défaut, ou de l'un d'eux, à ceux qui leur ſuccéderont par droit naturel, ou par diſpoſition, en faveur deſquels ledit ſieur préſident Perrault légue par ſubſtitution leſdits biens qu'il a donné à ladite damoiſelle ſa fille :* ce ſont les termes dudit codicile, du 14 juin 1680.

La ſuppliante qui a acheté de la dame marquiſe du Palais, avec clauſe de garantie de tous troubles, & en particulier de toutes ſubſtitutions à découvert : cette ſubſtitution qui lui avoit été cachée, a demandé la nullité de ſon contrat, la reſtitution des ſommes payées ſur le prix. Par la ſentence, meſſieurs des requêtes du palais ont ordonné que la dame marquiſe du Palais ſera tenue de faire aſſigner ceux & celles qui ſont appellés à la ſubſtitution par le codicile, du 14 juin 1680, & de rapporter dans ſix mois leurs ratifications du contrat de vente, faiſant partie des biens ſubſtitués par ledit codicile, & leur conſentement que ladite maiſon rempliſſe partie de l'emmeubliſſement de 150000 liv. juſqu'à concurrence de 110000 liv. enſuite en cas de rapport de ſes ratifications & conſentemens, meſſieurs des requêtes du palais ordonnent l'exécution du contrat ; & faute de le rapporter, elle prononce la nullité du même contrat. La dame marquiſe du Palais a appellé : elle a montré par ſes griefs très-fortement l'impoſſibilité d'aſſigner ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution, parce que le codicile n'appelle pas ſeulement à la ſubſtitution ceux qui ſont énoncés au codicile, mais ceux qui leur ſuccéderont ; & qu'il eſt impoſſible d'aſſigner ceux qui ne ſont pas au monde, ou que s'ils y ſont, n'ont qu'une eſpérance caſuelle & incertaine.

La dame marquiſe du Palais n'a pas laiſſé, en exécutant la ſentence, de faire aſſigner M. Guillaume Perrault, l'un des quatre dénommés dans le codicile, & elle a produit par production nouvelle, du 28 juillet 1708, tant les défenſes dudit ſieur Guillaume Perrault que quelques actes, par leſquels M. Guyet & dame Claude Quarré ſon épouſe, fille de dame Philiberte Perrault, auſſi dénommée dans le codicile, meſſire Louis de Theſu, meſſire Abraham de Theſu, & dame Nicole de la Mothe, épouſe de M. de Berbiſy, tous trois repréſentans dame Jeanne-Marie Girard, auſſi dénommée : enfin M. Emilien de Chartraire & dame Jeanne-Marie Girard l'une des filles de M. Louis Girard du Thil, auſſi dénommée au codicile, paroiſſent ratifier & approuver le contrat de vente, & la diſpoſition libre de 150000 livres en conſéquence de l'emmeubliſſement porté par le contrat de mariage de la dame marquiſe du Palais. Or la ſuppliante obſervera à la cour :

Premierement, que la dame marquiſe du Palais, en exécutant la ſentence, ne l'a fait qu'imparfaitement, n'ayant aſſigné que M. Guillaume Perrault, & non les autres appellés. Or la ſuppliante a intérêt que l'arrêt ſoit rendu avec eux, auſſi-bien qu'avec ledit ſieur Perrault.

Secondement, le ſieur Perrault ne conſent point nommément & préciſément à l'exécution du contrat de vente, ſe contentant de dire qu'il conſent à tout ce qui eſt contenu au teſtament, codicile & contrat de mariage, & que tout ſoit réglé en conformité deſdits actes.

Troiſiémement, Louiſe-Eliſabeth Girard, épouſe de meſſire François de Chartraire, eſt décédée avant qu'une procuration, que l'on dit avoir été donnée par elle, ait eu ſon exécution ; par conſéquent on ne peut point dire qu'elle ait conſenti ni ratifié ; cependant elle étoit une des filles de meſſire Louis Girard du Thil, appellée à ſon défaut au terme du codicile, du 14 juin 1680, & elle a laiſſé des ſucceſſeurs qui ne ſont point aſſignés, & n'ont point conſenti par conſéquent. Des quatre dénommés au codicile, il y en a un qui ne conſent point préciſément ; & des deux repréſentans l'un des trois autres, il y a une perſonne d'eux qui n'a point ratifié ni conſenti, & qui a laiſſé des ſucceſſeurs dont on ne rapporte ni ratification ni conſentement.

Quatriémement,

BIU Cujas

Quatriémement, on ne rapporte pas même la preuve que meſſire Louis & Abraham de Theſu, & défunte dame Claude de Theſu, épouſe de M. de la Motte, fuſſent les ſeuls enfans de dame Jeanne-Marie Gerard l'une des quatre perſonnes appellées, on ne prouve pas non plus que du mariage de dame Claude de Theſu avec M. de la Mothe, il ne ſoit iſſue que dame Nicole de la Mothe, épouſe de M. Berbiſy.

Cinquiémement, il faut convenir que quand il y auroit des aſſignations données à tous les dénommés vivans, & aux ſucceſſeurs des dénommés morts, il ſeroit difficile de donner à la ſuppliante une parfaite ſureté de ſon acquiſition, *laquelle doit néanmoins lui être donnée* par la vendereſſe, *puiſque le droit des appellés à la ſubſtitution ne devant être ouvert qu'au jour de la mort de la dame du Pelais, & dans les cas portés par le teſtament, il peut arriver que ce ſoient d'autres perſonnes que les dénommés qui auront conſenti, leſquels recueilleront les biens contenus dans les diſpoſitions de M. Perault, & leſquels n'ayant été ni pû être appellés, inquiéteront la ſuppliante.*

Sixiémement, qu'on ne diſe pas que la ſuppliante a ſa ſureté, ſous prétexte que l'ameubliſſement de 150000 liv. donne à la dame marquiſe du Palais la libre diſpoſition de cette ſomme, & que la premiere aliénation eſt cenſée faite pour exercer la faculté de diſpoſer de partie des biens ſubſtitués, parce que des 150000 liv. la dame marquiſe du Palais a reçu plus de 40000 liv de meubles, & ne les peut rendre que ſuivant la priſée, ce qui monte à plus de 50000 liv. ſi on joint la criée; ainſi ne reſtant plus que 100000 livres ou 110000 liv. tout au plus, il y a toujours une portion conſidérable que l'on pourra prétendre ſujette à la ſubſtitution & n'avoir pû être aliéné, ce qui laiſſera la ſuppliante & les ſiens dans une inquiétude perpétuelle, les 40000 livres demeurées en ſes mains ne la pourront mettre à couvert, *outre qu'il eſt très-incommode d'être pour toujours hors d'état de ſe libérer d'une rente, perſonne ne ſçait ſi ceux qui ſe trouveront avoir un droit acquis au jour du décès de la dame marquiſe du Palais, ne prétendront point en déchargeant la ſuppliante ou les ſiens des 4000 liv. exercer un droit de proprieté, au moins pour partie, & en cet état faire faire des licitations, dont la cruauté mettra la ſuppliante & les ſiens dans une interdiction perpétuelle de faire les augmentations & l'ornement dont une maiſon de la qualité de celle en queſtion eſt ſuſceptible.*

Dans ces circonſtances, eſt-il juſte que le droit de la ſuppliante devienne perpétuellement flottant & incertain, & n'étoit-il pas plus concevable de déclarer par la ſentence le contrat réſolu, que de laiſſer la ſuppliante daus une fâcheuſe incertitude des événemens, c'eſt ce qui l'oblige d'interjetter appel de la ſentence dont elle n'a juſqu'ici ſoutenu le bien jugé, que ſous les proteſtations de ſe pourvoir contre icelle aux chefs qui lui ſont préjudice.

Ce conſidéré, Noſſeigneurs, il vous plaiſe recevoir la ſuppliante appellante de la ſentence de meſſieurs des requête du palais, du 22 décembre 1707 faiſant droit ſur ledit appel, mettre l'appellation & ſentence dont eſt appellé, au néant, émendant ayant égard aux lettres, & icelles entérinant, remettre les parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient avant le contrat du 6 janvier 1696 & la ratification d'icelui; ce faiſant, déclarer le contrat de vente nul & réſolu, condamner la dame marquiſe du Palais à rendre & reſtituer à la ſuppliante la ſomme de 60000 l. payée au Sr. de Lanion, & 4507 l. payés à l'abbé de ſaint Germain, pour lods & ventes, avec les intérêts du jour des payemens, la décharger du payement des autres ſommes portées par led. contrat, condamner lad. dame marquiſe du Palais en ſes dommages & intérêts, pour leſquels elle ſe reſtraint à la ſomme de 40000 livres, à l'effet de laquelle reſtitution de 60000 liv. d'une part, 4507 livres, d'autre, enſemble des intérêts, deſd. ſommes & dommages en intérêts, permettre à la ſuppliante de ſe pourvoir, tant par ſaiſie des revenus appartenans à la dame marquiſe du Palais des biens ſubſtiués, que par ſaiſie & exécution de ſes meubles, *& ſaiſie réelle de ſes immeubles poſſedés librement;* ſur ledit appel, appointer les parties ſuivant l'ordonnance & ſur la demande en droit & joint, donner acte à la dame ſuppliante de ce que pour griefs contre lad. ſentence, avertiſſement, écritures & productions ſur la préſente demande, elle employe le contenu en la préſente requête avec les piéces produites au procès, & ce qui a été dit, écrit, & condamner en outre ladite dame marquiſe du Palais en tous les dépens, tant des cauſes principales que d'appel, & vous ferez bien. Signifié le 8 août 1708.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: Sçavoir faiſons, que comme de la ſentence donnée par nos amés tenans les requêtes du palais le 22 décembre 1707, entre dame Jeanne Perrault, veuve de M. Louis de Beaupoil de Saint-Aulaire, chevalier, marquis de Lanmary, premier échanſon de France, commandant la gendarmerie de la reine, à préſent épouſe de M. Gilbert de Rivoire, chevalier, marquis du Palais, non commune en biens avec lui, autoriſée par ſon contrat de

BIU Cujas

mariage, à la pourſuite de ſes droits, oppoſante à la ſaiſie réelle, criées, ventes & adjudication d'une maiſon & autres ſiſes en la ville de paris, Quay Malaquais & de Bourbon, ſes appartenances ſaiſies réellement ſur dame Louiſe-Renée de Pennacouet de Kerouailles ducheſſe de Porſmout, demandereſſe en requête par elle préſentée auſd. requêtes du palais, le 15 juin 1704, tendante à ce qu'il fût ordonné, qu'attendu ſon privilége comme vendereſſe de ladite maiſon à ladite dame ducheſſe de Portſmout par contrat du 16 janvier 1696, ſituée quay Malaquais, ſaiſie réellement, & les criées pourſuivies aux requêtes du palais; à la requête de Jean de la Fontaine, icelle maiſon avec ſes appartenances & dépendances, ainſi qu'elle étoit compriſe aud. contrat du 16 janvier 1696, enſemble les ajuſtemens qui pouvoient y avoir été faits, tant par lad. dame marquiſe du Palais avant la vente & qu'elle en a faite, que par ladite dame de Portſmout depuis ladite vente, fuſſent délaiſſés & appartiendroit en droit à lad. dame du Palais en pleine propriété, poſſeſſion & jouiſſance, pour la ſomme de 96956 liv. & pour les frais, dépens a elle dûs par ladite dame de Portſmout, & à elle adjugés par la ſentence & arrêt des 5 juillet & 4 ſeptembre 1701, que ceux de la ſaiſie réelle faite à la requête de ladite dame du Palais, ceux prétendus en conſéquence des deux oppoſitions formées à la ſaiſie réelle dud de la Fontaine, & outre les frais & miſes d'exécution bien & duement faits, & auſquels en tant que beſoin ſeroit lad. dame de Portſmout ſeroit condamnée aux offres que faiſoit ladite dame du Palais de payer les frais extraordinaires bien & légitimement faits par ledit de la Fontaine, &c.

Comme cet arrêt ſeroit trop long à rapporter en entier, & pour ne pas groſſir inutilement ce volume, on s'eſt contenté de rapporter ſeulement le prononcé de la cour.

Notredite cour, par ſon jugement & arrêts, ſans s'arrêter aux fins de non-recevoir, a mis & met les appellations reſpectivement interjettées, & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, émandant, & ayant aucunement égard aux lettres obtenues par ladite de Pennacouet de Kerouailles, le vingt novembre mil ſept cent ſix & trois décembre mil ſept cent ſept, & icelles entérinant, remet les parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient avant le contrat du ſeize janvier mil ſix cent quatre-vingt-ſeize, & ratification d'icelui des premier février 1596, 17 ſeptembre & ſix décembre 1703, ce faiſant déclare leſdits contrats & ratifications nuls & réſolus, condamne ladite Perrault à rendre & reſtituer à ladite de Pennacouet de Kerouailles, la ſomme de 60000 livres par elle payée audit de Lanion & ſa femme, & intérêts d'icelle, à compter du jour que ladite de Pennacouet ſortira de la maiſon dont eſt queſtion, comme auſſi condamne ladite Perrault à lui rendre & reſtituer la ſomme de 4507 liv par elle payée pour les lods & ventes de ladite maiſon & intérêts d'icelle, à compter du jour de la demande, à la déduction néanmoins des intérêts qui ſe trouveront dûs à ladite Perrault par ladite de Pennacouet, tant de la ſomme de 50000 livres que de celle de 40000 liv. juſqu'au jour qu'elle ſortira de ladite maiſon; décharge ladite dame de Pennacouet du payement deſdites ſommes de 50000 liv. & 40000 liv. Ordonne que ladite Perrault ſera tenue de reſtituer à ladite de Pennacouet les ſommes au payement deſquelles elle eſt condamnée par le préſent arrêt, moitié dans ſix mois, & l'autre moitié ſix mois après; & faute de payement dans led. tems, permet à lad. de Pennacouet de ſe pourvoir contre lad. Perrault, par toutes voies dues & raiſonnables: déclare le préſent arrêt, entant que beſoin ſeroit, commun avec led. Guillaume Perrault, & avec ledit Gilbert François de Rivoire du Palais; & ſur le ſurplus des demandes & requêtes reſpectives, met les parties hors de cour, ſauf aud. de Lanion & ſa femme à ſe pourvoir contre la ſucceſſion dudit de Lanmary, & contre ladite Perrault, pour le payement de ce qui leur reſte, dû, ainſi qu'ils aviſeront bon être: condamne ladite Perrault, pour dommages & intérêts, en tous les dépens envers lad. de Pennacouet, tant des cauſes principales, que d'appel, en demandant, défendant & de la ſommation, même en ceux réſervés par l'arrêt du 2 avril 1708. Condamne pareillement ladite Perrault en tous les dépens envers leſdit de Lanion & ſa femme, même en ceux par eux faits contre ladite de Pennacouet, tant des cauſes principales, que d'appel, en demandant, défendant, & de la ſommation, tous autres dépens entre les autres parties conpenſés, l'exécution du préſent arrêt à notredite cour, en la troiſiéme chambre des enquêtes, réſervée. Si mandons au premier notre huiſſier de ladite cour de parlement, ou autre huiſſier ou ſergent royal ſur ce requis, mettre le préſent arrêt à dûe & entiere exécution en tout ſon contenu, ſelon ſa forme & teneur, faire pour raiſon de ce tous exploits qui ſeront requis & néceſſaires; de ce faire donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour de parlement le 20 août, l'an de grace mil ſept cent huit, & de notre régne le ſoixante-ſixiéme. Par jugement & arrêt de notredite cour par collation, du Tillet. Pour copie, *Signé* Marpon: & ſignifié le 10 ſeptembre 1708.

BIU Cujas

Après tous ces arrêts, il faut tenir qu'au parlement de Paris, l'aliénation des biens 5
chargés de ſubſtitution eſt nulle de plein droit, & que ce parlement applique au contrat de vente ce que Juſtinien applique à l'événement de la condition : *ſciat quod conditione impleta ab initio cauſa in irritum devocetur ; & ſic intelligenda eſt quaſi nec ſcripta, nec penitus fuerit celebrata : leg. fin.* § 3, *verſ. ſin autem, quod comm. de leg. & fideic.*

A l'égard du parlement de Toulouſe, il juge auſſi que l'acquéreur peut faire reſcinder 6
la vente qui lui a été faite d'un bien chargé de ſubſtitution, ſuivant un arrêt rendu le premier août 1662, en la ſeconde chambre des enquêtes, après un partage. Cet arrêt eſt rapporté par M. Catelan dans ſon recueil d'arrêts, tom. 2, livre 5, chapitre 42 ; mais il faut obſerver que cet arrêt a été rendu après un partage : ce qui prouve que la queſtion ſouffroit difficulté. D'ailleurs M. Catelan remarque que le vendeur avoit une parfaite connoiſſance de la ſubſtitution, & que l'acquéreur n'en ſavoit rien. Enfin ce ſavant magiſtrat dit à la fin que l'équité l'emporte par-deſſus les régles du droit. La même choſe a été jugée en la chambre de l'édit de Caſtres, par un arrêt du 25 juin 1653, dont Deſpeiſſes fait mention, tom. 1, pag. 15, col. 1, nomb. 9, ſur la fin.

Mais le parlement d'Aix juge au contraire. 1°. Quand l'acquéreur a eu connoiſſance du teſtament, contenant la ſubſtitution, ou lorſqu'il en eſt fait mention dans le contrat de vente ; en ce cas, l'acquereur n'eſt pas recevable à demander la reſciſion du contrat. Ainſi jugé par un arrêt du 14 avril 1671, rapporté par Boniface dans la ſuite de ſon recueil d'arrêts, tom. 2, liv. 8, tit. 2, chap. 1. 2°. Quoique l'acquéreur n'ait point eu connoiſſance de la ſubſtitution, il ne peut pas demander la reſciſion de ſon contrat, mais ſeulement que le vendeur lui donne caution qu'il ne ſera point évincé par le fidéicommiſſaire : ainſi jugé par un arrêt du 5 avril 1686, rapporté par le même auteur, au même endroit, ch. 2.

A l'égard des docteurs, M. Cujas, ſur la loi derniere, *commun. de leg. & fideic.* vers la fin, dit que quand le fidéicommis eſt fait ſous condition, ou à jour incertain, l'aliénation eſt valable, parce que la condition peut ne pas arriver, *quia poteſt conditio non exiſtere, aut non venire dies ille incertus.*

Godefroi, dans ſa notte ſur le paragraphe 3 de cette loi, dit la même choſe, *res ſub conditione, vel ſub die incerto reſtitutioni obnoxiæ, poſſunt interim alienari vel obligari.* Paul de Caſtres, *conſil.* 370, liv. 2, eſt du même ſentiment. Alexandre, dans ſes conſeils, *vol. 5, conſil.* 65, ſoutient que la vente eſt valable, & que l'acheteur, ſous prétexte que l'héritage eſt chargé de ſubſtitution, ne peut pas ſe diſpenſer d'exécuter le contrat, & d'en payer le prix, en donnant par le vendeur caution de l'événement du fidéicommis, *præſtita cautione emptori de ejus indemnitate pro futuro fideicommiſſi.* Peregrinus, *de fideic.* art. 40, nomb. 7, dit avoir vu juger, & fait juger lui-même, que l'acheteur peut faire reſcinder la vente ; mais il remarque que le conſeil d'Alexandre ne fut point cité.

BIU Cujas

DE LA PROMESSE DE VENDRE.

QUESTION QUARANTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Une promesse de vendre, n'est pas vente.*
2. *Une simple promesse de vendre, se résout en dommages & intérêts.*
3. *Il faut faire grande différence entre les conseils & les décisions.*
4. *Il faut distinguer entre la promesse de vendre de futur, & celle de présent.*
5. *La promesse de passer contrat de constitution de rente, est valable, & produit intérêts.*
6. *Arrêt qui l'a ainsi jugé.*
7. *Tous les docteurs sont d'avis, que la promesse de vendre n'oblige point à vendre.*
8. *Eloge de M. Tiraqueau, il est de l'avis des autres docteurs; il apporte une exception, quand la promesse de vendre a été suivie de la tradition de la chose & du payement du prix.*
9. *Du Moulin distingue entre la promesse de présent & de futur.*
10. *Les arrêts du parlement de Paris jugent sans distinction, que la promesse de vendre oblige de passer le contrat de vente.*
11. *Les arrêts du parlement de Toulouse jugent de même.*
12. *Les arrêts du parlement de Grenoble jugent la même chose.*
13. *Cette jurisprudence est contraire aux véritables principes de la vente, & à la disposition du droit.*
14. *A l'égard des offices, le parlement de Paris juge que la promesse de vendre n'oblige point de passer le contrat.*
15. *Le parlement de Toulouse juge au contraire.*
16. *Les docteurs portent le même jugement du louage, que de la vente.*
17. *La promesse de passer contrat de constitution, produit intérêt de plein droit.*
18. *Une semblable promesse passe pour immeuble, & appartient à l'héritier des immeubles.*
19. *Propositions de vendre, sur lesquelles la sentence & l'arrêt ci-après sont intervenus.*
20. *Sentence des requêtes du palais par défaut, qui condamne à passer contrat de vente, sinon que la sentence vaudra contrat.*
21. *Arrêt contradictoire du 19 juillet 1697, qui confirme la sentence.*

QUESTION XL.

Si une promesse de vendre oblige à passer la vente.

1 SANS disputer la question de part & d'autre, nous croyons qu'une promesse de vendre n'est pas vente, & qu'elle n'oblige pas précisément celui qui l'a faite à relâcher les choses vendues, mais seulement à quelques dommages & intérêts : que c'est à l'arbitrage de les liquider, & que cela dépend des circonstances, & des frais que la promesse peut avoir causés. Il y en a même qui tiennent, que pour obliger celui qui a passé la promesse aux dommages & intérêts, il ne suffit pas qu'il y ait clause générale; mais qu'il faut encore qu'il se soit soumis à une peine particuliere. En effet, il n'y a presque point de loi qui s'applique à ce sujet, qui ne porte une peine certaine. Cela se remarque en la loi *qui res*, § *qui stipulatur*, *ff. de solution.* en la loi *si ita stipulatio*, *ff. de operis libertor.* & au § *non solum institut. de verborum obligat.* Car en tous ces textes, il n'est pas seulement fait mention d'une peine, mais elle est encore déclarée & limitée.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la simple promesse de vendre n'oblige pas précisément à la tradition de la chose, & que l'effet se résout à de 2
simples dommages & intérêts. Quelques auteurs qu'on allégue au contraire, la plus commune opinion est pour la négative; & nous la suivons d'autant plus librement, qu'elle se trouve autorisée par la décision expresse du sénat de Turin. Elle est rapportée par *Anton. Thesaurus*, au chap. 33 de ses décisions, où il dit qu'elle est fondée sur la

BIU Cujas

gloſe de la loi *in bonæ fidei*, *ff. de eo quod certo*
3 *loco*. Nous avons toujours fait grande différence entre les conſeils & les déciſions, entre les avis particuliers & les jugemens. Un ſeul peut être préoccupé d'affection ou d'intérêt; ce qu'on ne peut pas ſoupçonner en pluſieurs. Un ſeul ſe peut encore tromper, & le dire commun porte, que deux yeux voyent bien plus qu'un. Comme le feu réjaillit du choc de deux pierres, c'eſt du conflit des opinions que la vérite réſulte. C'eſt en les faiſant combattre, c'eſt en oppoſant les raiſons contraires qu'on en juge mieux, & que la raiſon régle la victoire. Il faut donc ſuivre cette méthode de ſuivre plûtôt une déciſion qu'une opinion ſolitaire, & de donner plus de déférence à ce qui a été concerté par pluſieurs juges, qu'à ce qu'un ſeul a réſolu. Diſons donc avec *Theſaurus*, juſques à ce que nous ayons vû un arrêt contraire de notre parlement, qu'il ne faut pas, en jugeant, ſe départir pour notre queſtion, de la regle que nous venons de donner, attendu même que le ſentiment de Tiraqueau & de pluſieurs autres s'y range, & que c'eſt par cette raiſon que le docte Argentré, au traité qu'il a fait *de laudimiis*, *cap.* 14, tient que le lod n'eſt point dû d'une promeſſe de vendre. Il en rend cette raiſon : *Quia aliud ſit rem vendere, aliud promittere de vendendo.* Il faut pourtant prendre garde
4 de quelle ſorte la convention eſt dreſſée; car, ſi au lieu d'une ſimple promeſſe, on avoit parlé de vente, c'eſt-à-dire, ſi on avoit parlé en termes de préſent, & non de futur, l'acte ſeroit valable & obligatoire, comme quand on dit : vend dès-à-préſent, & que la promeſſe de paſſer contrat n'eſt que pour plus d'aſſûrance.

C'eſt une diſtinction qui a été remarquée par M. Charles du Moulin, en ſon Conſeil 30, nomb. 7, où il dit, qu'encore que promeſſe de vendre ne ſoit pas une vente, cela ceſſe *quando omnia ſubſtantialia venditionis de præſenti interveniunt, quia tunc pactum de vendendo tranſit in venditionem de præſenti, & eſt actualis venditio*; ce qu'il confirme par quelques autorités.

5 A ce propos, il y a eu procès au parlement ſur cette hypothéſe. *Titius*, par une promeſſe de main privée, reconnoît devoir à *Mævius* la ſomme de 3000 liv. pour ſemblable ſomme réellement reçue, & pour laquelle il promet lui paſſer, à la premiere requiſition, conſtitution de rente annuelle de cent cinquante livres, payable à un certain terme; & juſques à ce qu'il lui en auroit paſſé le contrat, ſe charge de lui en faire payer l'intérêt ou revenu à même raiſon. Il ne ſe paſſe point de contrat, & pendant quelques années, le débiteur ne laiſſe pas de payer l'intérêt aux créanciers. Il s'agiſſoit de ſçavoir, s'il le falloit imputer au principal, ou ſi la dette devoit ſubſiſter pour rente conſtituée.

Le débiteur pouvoit dire qu'il n'y en avoit point de contrat, & que la promeſſe de vendre n'étant pas une vente, on ne pouvoit pas dire qu'il eût une véritable conſtitution de rente, qui ne ſe fait que par forme de vente. Par conſéquent, que la dette ne ſubſiſtant que pour un ſimple prêt, on n'avoit pû en prendre l'intérêt, & qu'ayant été indûement payé, il étoit imputable au principal.

Le créancier, au contraire, pouvoit ſoutenir, que l'acte ne pouvoit pas paſſer pour une ſimple convention imparfaite, de laquelle on pût impunément réſilir. Qu'il faudroit pour cela, que la condition fût égale, & que l'une ou l'autre partie s'en pût dédire. Qu'autrement, l'une d'icelles ſe trouvant liée, c'étoit plûtôt une convention *de præſenti* que *de futuro*. Que la queſtion ſe trouvoit en ces termes : car on ne pouvoit pas douter qu'il ne fût au pouvoir du débiteur de ſe tenir à la conſtitution de rente, plutôt qu'à une obligation dont il pût être contraint de payer le principal.

Donc, comme le créancier n'eût pû ſe faire payer, & que le débiteur n'eût manqué d'oppoſer que c'étoit une conſtitution de rente, & qu'il étoit prêt d'en paſſer contrat, auſſi faut-il dire qu'enſuite de la convention ayant payé le revenu, il a entendu payer la rente, par conſéquent, qu'il en faut demeurer là; attendu même que la choſe a été comme exécutée par le payement qui en avoit été fait pendant deux ou trois années.

Ces raiſons du créancier prévalurent, & par 7
arrêt il fut dit, que la dette tiendroit lieu de rente conſtituée, & le débiteur débouté de l'imputation qu'il prétendoit. Ce qui rendoit ſa cauſe moins favorable, c'eſt que c'étoit en la coutume d'Anjou ou du Maine, où le payement des intérêts, pour obligations, d'un pur prêt, a été long-tems toléré; comme on peut l'apprendre de M. Loüet. Nous tenons cet arrêt de monſieur Canaye, très-digne conſeiller au parlement, en la premiere chambre des enquêtes.

OBSERVATIONS.

Si une promeſſe de vendre oblige à paſſer contrat de vente.

L'Auteur, dans cette queſtion, propoſe deux choſes.

La premiere, ſi une promeſſe de vendre oblige celui qui l'a faite à paſſer contrat de vente; il décide que la ſimple promeſſe de vendre, n'oblige pas abſolument à paſſer le contrat, & que l'effet ſe réſout en de ſimples dommages & intérêts.

La ſeconde, ſavoir ſi une promeſſe de paſſer un contrat de conſtitution de rente de la ſomme contenue en cetre promeſſe, eſt ſuffiſante pour produire des intérêts; ou ſi les intérêts qui ont été payés, doivent être imputés au principal. L'auteur décide que les intérêts ſont légitimes, & qu'ils ne doivent point être imputés au principal. Il fait mention d'un arrêt rendu en la premiere chambre des enquêtes, qui l'a ainſi jugé.

A l'égard de la premiere queſtion, je l'avois toujours crue certaine; en effet, c'eſt le
6 ſentiment unanime de tous les docteurs : ils ſont rapportés par M. Tiraqueau dans ſon traité du retrait conventionnel, ſur la fin, depuis le nomb. 42, juſqu'au 54, où il traite la queſtion très-doctement. L'on peut dire que cet auteur péche par trop d'érudition. Meſſieurs ſes confreres ont bien ſçu ſe corriger de ce défaut. Dans le nomb. 84, il apporte

BIU Cujas

une exception à cette régle, quand la promeſſe de vendre a été ſuivie de la tradition de la choſe & du payement du prix.

M. Charles du Moulin, dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, au titre *des cenſives*, § 55, gloſ. 1, nomb. 81, cite auſſi un grand nombre de docteurs pour cette opi- 9
nion. Dans le nombre ſuivant, il diſtingue ſi la promeſſe de vendre regarde l'avenir ou le préſent. Dans le premier cas il convient qu'elle n'oblige pas à paſſer contrat de vente; mais dans le ſecond cas il ſoutient que c'eſt une véritable vente: *Hæc autem intelligenda ſunt quando partes remanent in terminis ſimplicis conventionis de vendendo, vel alio actu faciendo in futurum, ita quod intentio partium & verba diſpoſitiva referantur ad actum de futuro; ſecùs ſi verba obligativa & mens referantur ad actum præſentem, & omnia ad ſubſtantiam actus requiſita præſto ſint.* Dans ſon conſeil 30, nombre 7, il dit la même choſe en peu de mots: *quando omnia ſubſtantialia venditionis de præſenti interveniunt, tunc pactum de vendendo tranſit in venditionem de præſenti, & eſt actualis venditio.*

La juriſprudence des arrêts juge ſans diſtinction, qu'une ſemblable promeſſe oblige celui qui l'a faite de l'exécuter & de paſſer le contrat de la vente. Mornac, ſur la loi *con-* 10
tractus 17, cod. de fid. inſtr. cite un arrêt du mois de février 1595, rendu dans une cauſe où il parloit. Bardet, en rapporte un du 2 mars 1627, tom. 1, liv. 2, ch. 100. La Gueſſiere, dans ſon journal des audiences, tom. 2, liv. 1, ch. 46, en rapporte un du 28 mai 1658; j'en rapporte ici un autre du 9 juillet 1697.

Je ne ſuis pas ſurpris de cette juriſprudence au parlement de Paris, parce que cet auguſte ſénat fait gloire de ne pas ſuivre les exemples de celui de Rome: mais ce qui augmente ma ſurpriſe, c'eſt que cette même juriſprudence eſt ſuivie dans les parlemens de 11
droit écrit. M. Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 4, fait mention d'un arrêt rendu au parlement de Toulouſe, le 22 janvier 1649, après un partage, qui a jugé qu'un billet par lequel un particulier avoit vendu une métairie moyennant un certain prix, avec clauſe qu'elle ſeroit arpentée au plutôt, & qu'il en ſeroit paſſé un contrat pardevant notaires, lors duquel les parties conviendroient des termes du payement, devoit être exécuté; & en conſéquence, le vendeur tenu d'en paſſer contrat. Cet auteur dit qu'une ſemblable vente eſt parfaite, quand le billet eſt ſigné par le vendeur & l'acheteur, & le prix réglé, & que le refuſant peut être contraint de l'exécuter.

* Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 12, ch. 1, rapporte deux arrêts du parlement de Grenoble qui ont jugé la même choſe.

Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy-Pape, pag. 238, dans les notes, cite trois ar- 12
rêts du même parlement, qui ont jugé qu'une promeſſe de vendre *de præſenti*, portant qu'il en ſeroit paſſé contrat par avis d'avocats, devoit être exécutée.

J'ai de la peine à me rendre à cette juriſprudence, parce que je la trouve contraire 13
aux principes de la vente, & à la diſpoſition préciſe du droit.

A l'égard des principes, il eſt certain qu'une promeſſe de vendre ne transfere point la propriété de la choſe en la perſonne de l'acheteur. Si cela étoit, il faudroit dire que la perte de la choſe retomberoit ſur lui. Cependant il eſt certain que le péril regarde le vendeur, juſqu'à ce que le contrat de la vente ſoit paſſé, ſuivant le ſentiment de M. Cujas, dans ſon commentaire ſur la loi *contractus 17, cod. de fid. inſtr.* vers le milieu: or quelle injuſtice ne ſeroit-ce point, que celui qui auroit promis de vendre fût obligé de paſſer contrat & de répondre de la perte de la choſe vendue? Il arriveroit qu'un ſemblable promettеur ſeroit tenu de repréſenter la choſe vendue quoiqu'elle fût périe. Pour remédier à cette injuſtice, il faut dire que la promeſſe de vendre transfere la propriété dans la perſonne de l'acheteur, & par conſéquent que la perte tombe ſur lui, *quia res perit domino.*

2°. Si une ſemblable promeſſe emporte une néceſſité abſolue de paſſer un contrat de vente, il faut dire que dès ce moment les droits ſeigneuriaux ſont dûs, & que les parties ne peuvent pas ſe départir de leur promeſſe au préjudice des droits acquis au ſeigneur: car il eſt certain que les contractans ne peuvent ſe déſiſter d'un commun conſentement de la vente, ſans payer les droits ſeigneuriaux; cependant il eſt certain que d'une ſimple promeſſe de vendre, il n'eſt point dû de droits ſeigneuriaux, ſuivant l'opinion de M. d'Argentré, *de laud.* ch. 14, & de M. Tiraqueau, dans l'endroit ci-deſſus cité, nombre 42. M. du Moulin, § 55, gloſ. 1, n. 77, eſt de ce ſentiment, quand même il y auroit eu des deniers déboursés pour cette promeſſe de vendre; parce, dit-il, qu'en ce cas l'eſprit & les termes de la coutume y réſiſtent, n'y ayant aucune tranſlation de propriété ni mutation de propriétaire C'eſt auſſi le ſentiment de M. du Pleſſis, ſur la coutume de Paris, des cenſives, liv. 2, & de Brodeau, ſur l'article 78 de la même coutume, nomb. 11.

A l'égard de la déciſion du droit, elle eſt préciſe dans la loi *contractus 17, cod. de fid. inſtr.* & aux inſtituts, *de empt. & vend.* où Juſtinien dit expreſſément, que dans les contrats de vente qui ſe font par écrit, la vente n'eſt point parfaite, juſqu'à ce que le contrat ſoit

BIU Cujas

entiérement accompli, *nisi & completiones acceperint & fuerint omnibus partibus absoluta*; il ajoute, que jusqu'alors les parties ont la liberté de changer de sentiment, *donec enim ex his aliquid deest, pœnitentiæ locus est.* Or, quand dans une promesse de vendre il est dit qu'il en sera passé contrat, c'est une marque que les contractans ont eu dessein de contracter pardevant notaire; & par conséquent ils sont aux termes de cette loi.

OFFICES.

14 A l'égard des offices, suivant la jurisprudence du parlement de Paris, la promesse de vendre n'emporte pas obligation de passer le contrat de vente: cela a été ainsi jugé par un arrêt du 4 février 1625, rendu à l'audience de la grand'chambe, suivant les conclusions de Monsieur l'avocat général Talon, qui dit, que la cour n'autorisoit point ces sortes de traités, non pas même la peine stipulée, faute de les entretenir. Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 31.

15 La jurisprudence du parlement de Toulouse est contraire, suivant un arrêt rendu en la grand'chambre, le 30 janvier 1676 dont M. Catelan fait mention dans le même chapitre ci-dessus cité, sur la fin; par cet arrêt il a été jugé, que des conventions faites sur la vente d'un office signées des deux parties sans notaires, ni témoins, obligeoient les vendeurs de les exécuter.

Je ne doute pas que la jurisprudence du parlement de Paris ne soit plus juridique: car on ne doit point dépouiller un officier malgré lui; mais j'ai cru devoir observer cette contrariété, pour montrer le peu de fondement qu'il y a à faire sur la jurisprudence des arrêts, & qu'il est bien plus sûr de s'en tenir aux principes.

DU LOUAGE.

16 Les docteurs portent le même jugement du louage que de la vente; c'est-à-dire, qu'une promesse de faire bail, n'oblige pas absolument de le passer, & qu'elle se résout simplement en dommages & intérêts: c'est la doctrine d'Angelus, d'Alexandre & de Barbosa, & de plusieurs autres cités par Tiraqueau, au même endroit, nomb. 47.

Si une promesse de passer contrat de constitution de rente, produit des intérêts, & si elle est immeuble.

17 Cette question est certaine à présent, les intérêts sont légitimes, parce que le fonds est aliéné. M. Auzanet, sur l'art. 94 de la coutume de Paris, fait mention d'un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, le 14 avril 1603 qui l'a ainsi jugé: dans ce même endroit il fait mention d'un arrêt du 27 mai 1638 qui a déclaré une semblable promesse immeuble; parce, dit il, que ce qui donne à une somme la nature d'immeuble, ce
18 n'est pas la qualité de l'acte, mais l'aliénation du principal. M. la Guessier, dans son journal, tom. 2, liv. 4, ch. 55, rapporte un arrêt du 24 mars 1662, qui a jugé, qu'une semblable promesse devoit appartenir à l'héritier des immeubles.

ARREST notable de la cour du parlement, du 19 juillet 1697, rendu contradictoirement après trois audiences à la grand'chambre, sur les conclusions de Monsieur Daguesseau, alors avocat général; qui confirme une sentence des requêtes du palais en tous ses chefs, laquelle jugé obligatoires des propositions convenues & signées pour la vente d'une terre très-considérable, & condamne l'appellant en l'amende de douze livres, & aux dépens.

Propositions convenues, entre madame la marquise Duquesne, & monsieur Bosc, pour l'achat de la terre & marquisat Duquesne. Le prix, deux cent soixante mille livres, pour les payemens,

19 LEdit sieur Bosc se charge de la dette de madame de Clerambault de soixante-trois mille livres, ci . . . . . 63000 liv.

Il payera au sieur Desliberdieres la somme qui lui est due aux environs de vingt mille liv. ci. . . . . 20000 liv.

Il payera à la damme de Foissy environ la somme de sept mille livres, ci 7000 liv.

Il donnera à Madame la marquise du Quesne onze mille liv. argent comptant, le jour du contrat, cy . . . . . 11000 liv.

BIU Cujas

Il payera quarante mille liv. de la maniere convenue entr'eux, ci. 40000 liv.

Il payera au ſieur marquis & au ſieur comte Duqueſne, après le décret volontaire qu'il ſtipule, à chacun la ſomme de cinq mille livres à leur volonté, ci . . . 10000 liv.

Pour le ſurplus, led. ſieur Boſc entrera en payement, la cinquiéme année pour un quart, la ſixiéme pour un autre quart, la ſeptiéme pour un troiſiéme quart, & la huitiéme pour le dernier quatt; & cependant l'intérêt du jour de la jouiſſance ſur le pied de l'ordonnance.

La jouiſſance à commencer au jour de ſaint Martin prochain de la préſente année 1696.

A condition que Meſſieurs les marquis Duqueſne & comte Duqueſne envoyeront leur procuration en bonne & dûe forme, juſtifieront de leur majorité, que l'affaire ſera agréée par le roi: Fait double à Paris, ce 6 juin 1696, le préſent pour madame la marquiſe Duqueſne. *Signé*, Boſc. Et au dos eſt écrit.

Paraphé *ne varietur*, ſuivant la ſentence de ce jour, 10 décembre 1695. *Signé*, Lamyrault.

Paraphé par meſſires Iſaac & Jacob Duqueſne, ſuivant l'acte de dépôt paſſé pardevant les notaires ſouſſignés, ce jourd'hui 12 décembre 1696. *Signé*, Duqueſne, Duqueſne, Duport, & le Vaſſeur, & l'original des préſentes dépoſé pour minute à le Vaſſeur, l'un des notaires ſouſſignés, par leſd. ſieur Duqueſne, ſuivant l'acte dud. jour 12 décembre 1696 le tout étant en la poſſeſſion dud. le Vaſſeur notaire, *Signé*, Duport, & le Vaſſeur, notaires, avec paraphe.

LES gens tenant les requête du palais à Paris, Conſeillers du roi en ſa cour de parlement, commiſſaires auſdites requêtes, & en cette partie, Salut. Sçavoir faiſons, que défaut eſt octroyé à dame Gabrielle de Bernieres, veuve de Meſſire Abraham, chevalier, marquis Duqueſne, Lieutenant-général des armées navales de Sa Majeſté; & à Iſaac & Jacob, chevaliers, marquis Duqueſne, ſes enfans, demandeurs aux fins de l'exploit du 29 août dernier, & en requête d'intervention du 27 décembre audit an; tendante ladite aſſignation à ce que le défendeur ci-après nommé, ſoit condamné à paſſer dans trois jour pour tout délai, contrat public de la vente de la terre & marquiſat Duqueſne, conformément aux conventions & traité par écrit fait double entre les parties, le 6 juin audit an 1696 & en conſéquence, payer les ſommes y portées dans les tems y mentionnés, aux offres de juſtifier des procurations des ſieurs marquis & comte Duqueſne ſes enfans, de la preuve de leur majorités, & de l'agrément du roi pour la vente de lad. terre, & autres piéces pour ce néceſſaires; ſinon, que la ſentence qui interviendroit vaudroit contrat de vente; & en conſéquence, le condamner payer à la demandereſſe, à ſes créanciers & perſonnes déléguées, les ſommes portées par ledit traité dans les délais y mentionnés; & en outre, condamnés aux dommages & intérêts de lad. dame Duqueſne, réſultans des ſaiſies faites entre les mains de ſes fermiers, frais de ſéjour, & aux dépens, ſuivant la liquidation qui en en ſera faite en la maniere accoutumée, comparant par maître de la Barre & Dupleſſis, ſes avocat & procureur; contre Meſſire Marc-Antoine Boſc, conſeiller du roi en ſes conſeils, maître des requêtes ordinaire de ſon hôtel, marquis Duqueſne, défendeur & défaillant; par vertu duquel la cour a reçu leſdits Iſaac & Jacob Duqueſne, parties intervenantes en ladite inſtance; faiſant droit ſur l'intervention & requête, en conſéquence des offres en queſtion a condamné & condamne ledit défendeur de paſſer contrat de vente de la terre Duqueſne en queſtion en bonne & due forme, & exécutoire, conformément aux clauſes & conditions portées par ledit écrit; & ce dans huitaine pour tous délai, du jour de la ſignification de la préſente ſentence; ſinon, & ledit tems paſſé, ordonne que la préſente ſentence vaudra contrat de vente de ladite terre; & en conſéquence, a condamné & condamne ledit défendeur, en vertu de la préſente ſentence, & ſans qu'il en ſoit beſoin d'autre, payer la ſomme de deux cent ſoixant mille livres à la demandereſſe, & aux perſonnes convenues, & dans les tems portés par led. écrit, reconnu par ſentence de la cour, & intérêts de ladite ſomme, juſques à l'actuel & parfait payement; condamne le défendeur aux dommages & intérêts de la demandereſſe, ſoufferts & à ſouffrir à cauſe de l'inexécution dudit écrit, & qu'elle pourroit ſouffrir envers les créanciers, ſuivant la liquidation qui en ſera faite en la maniere accoutumée, condamne led. défendeur aux dépens; & la ſentence exécutée, nonobſtant oppoſitions, ou appellations quelconques, & ſans préjudice d'icelles. Mandons au premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, mettre ces préſentes à exécution: de ce faire te donnons pouvoir. donné à Paris, ſous le ſcel deſdites requêtes, le 4 janvier 1697. Collationné. *Signé*, De Saint-Denis. Et ſcellé.

Extrait

BIU Cujas

Extrait des regiſtres du parlement.

21 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers ou ſergents ſur ce requis. Savoir faiſons, qu'entre meſſire Marc-Antoine Boſc, conſeiller en nos conſeils, maître des requêtes ordinaire de notre hôtel, appellant de la ſentence contre lui rendue aux requêtes du palais le 4 janvier dernier, & de tout ce qui a été fait en conſéquence, le tenir pour bien relevé, lui permettre de faire intimer qui bon lui ſemblera, d'une part; & meſſire Iſaac, chevalier, marquis Duqueſne, tant en ſon nom que comme héritier par bénéfice d'inventaire de défunt meſſire Abraham, chevalier, ſeigneur, marquis Duqueſne, lieutenant général de nos armées navales, & de dame Gabrielle de Bernieres ſon épouſe, ſes pere & mere; & meſſire Jacob, chevalier, comte Duqueſne, auſſi tant en ſon nom, que comme héritier bénéficiaire dudit feu ſeigneur ſon pere, & en qualité de créancier & donataire particulier, par ſon contrat de mariage, de ladite feue dame ſa mere ayant leſdits ſieurs marquis & comte Duqueſne freres, èſdits noms & qualités, repris par acte fait au greffe de la cour, le 14 juin dernier, au lieu & place de ladite feue dame Gabrielle de Bernieres, leur mere, au jour de ſon décès veuve dudit ſeigneur Duqueſne, intimés, d'autre : & entre ledit ſieur Boſc, demandeur en requête du vingt-huit juin dernier, à ce qu'il fût ordonné, que dans le tems qu'il plairoit à ladite cour, leſdits ſieur Duqueſne ſeroient tenus de faire intervenir en cauſe meſſire Henry, marquis Duqueſne leur frere, fils aîné de feu meſſire Abraham Duqueſne, & de dame Gabrielle de Bernieres, leurs pere & mere, & par eux inſtitué leur principal héritier par ſon contrat de mariage; comme auſſi qu'ils ſeroient tenus de juſtifier & donner copie des lettres de bénéfice d'inventaire, ſentence d'entinement d'icelles, pour accepter les ſucceſſions de leurs pere & mere ſous bénéfice d'inventaire, & que juſqu'à ce toutes audiences leur ſeroient déniées, & les condamner aux dépens, d'une autre part : & leſdits ſieur Duqueſne, freres, eſdits noms & qualités, défendeurs d'autre : & entre ledit ſieur Boſc, appellant, en adhérant à ſes premieres appellations de la ſentence rendue aux requêtes du palais, le 18 janvier dernier, ſignifiée le 21 dudit mois & an, ſuivant la requête par lui préſentée à la cour le 8 juillet du préſent mois; à ce qu'y faiſant droit, enſemble aux autres appellations, il plût à la cour mettre leſdites ſentences, & ce dont a été appellé au néant; émendant débouter leſdits ſieurs marquis & comte Duqueſne, ès-noms qu'ils procédent, des demandes par eux faites, avec dépens, d'une autre part; & leſdits ſieurs Duqueſne, eſdits noms & qualités, intimés & défendeurs, d'autre. Après que Dumont, avocat dudit Boſc & de la Barre, avocat deſdits Duqueſne, ont été ouis pendant trois audiences; enſemble Dagueſſeau, pour notre procureur général. Notredite cour, ſans s'arrêter à la requête de la partie de Dumont, dont elle l'a débouté, a mis & met les appellations au néant; ordonne que ce dont a été appellé ſortira effet, condamne l'appellant en l'amende de douze livres, & aux dépens. Si te mandons faire tous exploits, en exécution du préſent arrêt. Donné en parlement, le 19 juillet 1697. Collationé. *Signé*, par la chambre, du Jardin. Et ſcellé.

DU PACTE DE LA LOI COMMISSOIRE.

QUESTION QUARANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il eſt certain que la loi commiſſoire n'a lieu qu'en faveur du vendeur, & non de l'acheteur.*
2. *Eſpèce ſur laquelle la ſentence ci-après eſt intervenue.*
3. *Raiſons du vendeur.*
4. *Raiſons de l'acquéreur.*
5. *Sentence du bailliage de Montbriſon, en faveur de l'acquéreur.*
6. *Avis de l'auteur, en faveur du vendeur.*
7. *Déciſions des ſénats de Turin & de Mantoue contre l'acquéreur.*
8. *Quand le vendeur rentre dans ſon héritage, en vertu du pacte de la loi commiſſoire, il ne doit point de droits ſeigneuriaux.*
9. *Il faut dire la même choſe, quand il*

BIU Cujas

y rentre faute de payement.

10. *Il faut distinguer la vente faite* præsenti pecunia, vel græca fide.

11. *L'auteur du journal du palais censuré, pour avoir dit qu'en ce cas, il est dû doubles lods.*

QUESTION XLI.

Du pacte de la loi commissoire, & si c'est aussi bien au choix de l'acheteur, que du vendeur, de se départir d'une vente casuelle.

1 IL est sans doute que la loi commissoire, *quæ est pactio resolutoria contractûs*, n'est qu'au profit du vendeur, & non pas de l'acheteur. Ayant été convenu, *si ad diem pecunia soluta non erit, fundus inemptus sit; ita accipitur fundus esse inemptus, si venditor eum inemptum esse velit, non si emptor*, dit le jurisconsulte en la loi 2, *ff. de lege commissoria*; & c'est delà qu'il infére, que si la maison vendue vient à se brûler par accident, le péril regardant l'acheteur, c'est sur lui que la perte tombe. Comme encore en la loi troisieme du même titre, un autre jurisconsulte dit, que c'est au choix du vendeur d'exercer la loi commissoire, & que cela dépendant de lui, on ne peut pas l'y contraindre. C'est parce que c'est une paction que le vendeur stipule pour lui, & que c'est en sa faveur qu'elle est convenue. Outre que la condition du vendeur est toujours plus favorable, *invidia penes emptorem, inopia penes venditorem*, disoit autrefois Salvien, prêtre de Marseille. Voilà quelle est la jurisprudence; mais comme il n'y a point de maxime si certaine que les circonstances ne la jettent quelquefois dans la controverse, nous avons vû agiter dans notre siége la difficulté dont nous allons proposer l'espece.

2 *Mævius* s'étant obligé conjointement avec *Titius*, mais pour le fait d'icelui, & comme sa caution, non-seulement *Titius* lui en fit une indemniré, mais encore il consentit une vente à son profit, de quelques héritages, pour la même somme de l'obligation passée au profit d'un tiers quelque tems auparavant. Cette vente fut conçue en termes de vente pure & simple; & par icelle, *Titius* se chargea d'acquitter le prix dans un an envers le créancier, auquel la dette n'étoit payable que dans ce tems-là. Mais après cela, le contrat portoit, qu'au cas que l'acheteur fût en demeure de payer la somme, & que le vendeur fût contraint de le faire, le contrat demeureroit résolu, & jusqu'au terme d'un an, que l'acquittement devoit être fait, que ledit vendeur jouiroit des fonds, & en percevroit les fruits. Cela étant demeuré sans exécution, & l'acquéreur n'ayant pas acquitté le prix envers le créancier, auquel il étoit lui-même obligé, le vendeur continua de jouir de ses héritages. Enfin, douze ou quatorze ans après, l'acquéreur, taisant la vente, fait assigner le vendeur, pour l'acquitter envers le créancier, de la somme pour laquelle il s'étoit obligé de l'acquitter, & insiste à ce qu'il eût à lui en rapporter quittance, Le vendeur, au contraire, oppose la vente, & soutient, en conséquence d'icelle, que c'est le demandeur qui l'en doit acquitter; & en tant que de besoin, déclare qu'il n'empêche point que la vente ne sorte son effet, offrant de laisser les fonds si-tôt que l'acquittement auroit été fait. Ainsi la contestation tomboit sur ce point, s'il étoit au choix du vendeur que la vente eût lieu, ou si l'acquéreur s'en pouvoit départir, ou bien soutenir qu'elle étoit déja résolue.

Le demandeur disoit, qu'ayant été convenu qu'au défaut de l'acquittement, le contrat demeu- 3
retoit résolu, c'est aussi-bien en faveur de l'acquéreur, que du vendeur, & que cette convention étant mutuelle, il est raisonnable que celui-là s'en puisse aussi-bien départir que celui-ci. Qu'il ne seroit pas juste, qu'après un si long tems, le vendeur eût le choix de délaisser ce qu'il n'a pas voulu relâcher jusqu'à présent, & dont il a continué de jouir & jouissoit encore. Que si le demandeur n'avoit pas acquitté la dette, le défendeur ne l'avoit pas aussi sommé de le faire, ni déclaré qu'il abandonnoit le fonds. Qu'il est véritable, que de droit, il est au choix du vendeur d'exercer la loi commissoire, & de se servir de son bénéfice; mais aussi, qu'ayant une fois témoigné qu'il ne s'en veut pas servir, il n'y peut plus revenir. C'est ce que dit le jurisconsulte, *in l. 4, § 2, ff. de lege commiss. non posse venditorem si commissoriam elegit, postea variare.* Ce qu'un autre confirme en la loi 7 du même titre, disant qu'après le terme expiré, *si venditor pretium petat, legi commissoriæ renuntiatum videri, nec variare, & ad hanc redire posse.* A quoi se conforme l'empereur, en la loi 4, *C. de pactis inter emptorem & venditorem compos.* d'où le demandeur inféroit, que le défendeur ayant continué de jouir de ses héritages, après le terme d'un an écoulé, cette jouissance continuée pendant tant d'années, sans aucune demande ni interpellation de l'acquitter, faisoit assez conuoître qu'il n'avoit eu intention de se dépouiller des fonds, & se tenir à la vente. Par conséquent, qu'ayant une fois choisi, il ne pouvoit plus varier, ni faire subsister un contrat qui avoit été resolu, & par le secours de plus de dix ans, & par conséquent, sinon formel, du moins tacite: qu'autrement il n'auroit pas demeuré si long-tems dans le silence; & il faut croire que s'il n'eût jugé plus avantageux de garder ses fonds que d'être acquitté, il n'eût pas manqué de poursuivre le demandeur de le faire.

Le défendeur, au contraire, employoit les textes que nous avons cités au commencement, & il soutenoit qu'on ne pouvoit pas se servir d'un choix que la loi lui déféroit: qu'il devoit donc dépendre de lui de se tenir à la vente, ou de consentir qu'elle fût résolue: qu'en effet, la convention n'avoit été apposée qu'en sa faveur, par conséquent, qu'il n'y avoit pas d'apparence de la rétorquer contre lui: Que la clause ne peut être considérée, qu'on ne juge d'abord que c'est le vendeur seul qu'elle regarde, & qu'au lieu de favoriser l'acquéreur, elle a été mise à son préjudice. Il est dit, que s'il est en demeure de payer la somme, & que le vendeur fût contraint de payer, le contrat demeurera résolu. Qui ne voit que c'est le vendeur qui a fait mettre cela pour obliger l'acquéreurde l'acquitter, & au défaut, de l'exclure des héritages vendus? Et quand même cette clause n'auroit pas été apposée, le défendeur disoit qu'elle auroit été sous-entendue; car le prix étant de l'essence de la vente, l'acheteur ne pouvoit pas emporter les fonds sans payer le prix. Et au lieu que communément, le payement du prix, *quando fuit habita fides de pretio*, ne retarde pas l'effet de la vente, ici au contraire, le vendeur avoit reconnu qu'il seroit fait,

BIU Cujas

& qu'à faute d'y ſatisfaire, la vente ſeroit réſolue.

Mais tout cela en ſa faveur & à ſon avantage, ou pour preſſer l'acquéreur de payer, ou pour ſe conſerver le choix de pouvoir faire réſoudre la vente au défaut d'être acquittée. Ainſi, le défendeur ſoutenoit que la vente étoit pure & ſimple, & non conditionelle à l'égard de l'acquéreur, & que la coudition n'étant qu'au profit du vendeur, il pouvoit la faire ceſſer. Il diſoit même, que s'il y avoit une condition pour la réſolution du contrat, elle n'étoit pas arrivée; car au lieu qu'elle ſe trouve conçue ſous un double cas, ſçavoir, ſi l'acquéreur étoit en demeure de payer la dette, & le vendeur contraint de payer, il n'y a qu'un des deux cas qui ſoit arrivé. Il eſt vrai que l'acquéreur a été en demeure de payer; mais pourtant le vendeur n'a pas été contraint de payer la ſomme. C'eſt pourquoi la réſolution ne peur être cenſée; & les choſes étant encore en leur entier, & au même état qu'au tems de la vente, l'acquéreur y pouvoit ſatisfaire auſſibien à préſent qu'alors. Il n'y avoit point d'obſtacle nouveau; & quand même les fonds ne ſeroient pas de même valeur par la miſere du tems, il s'en devroit imputer la faute, & il ne ſeroit pas raiſonnable qu'il ſe prévalût de ſa demeure; & ne pouvoit faire préjudice, le défaut de tradition, & la jouiſſance continuée par le vendeur; car il n'étoit pas raiſonnable qu'il délaiſſât les fonds avant qu'il fût acquitté. Comme il ne les vendoit que pour s'acquitter, il falloit que l'acquittement précédât le délaiſſement. Il avoit été ainſi convenu, & comme l'acquittement devoit être fait dans un an, terme de l'obligation; auſſi, le contrat porte, que juſqu'à ce le vendeur jouiroit des fonds. D'où le défendeur inféroit, qu'au défaut d'être acquitté, il a pû continuer ſa jouiſſance, auſſi-bien les années ſubſéquentes que la premiere, y ayant identité de raiſon, même plus, puiſqu'au lieu de ſatisfaire par le demandeur au commencement du terme, il a été en demeure de payer.

Enfin, le demandeur diſoit, que le défaut de ſommation ne lui peut pas nuire; car n'étant pas contraint ni inquiété, il a pû attendre que le demandeur prît ſon tems, & plus on lui a fair de grace, moins peut-il s'en prévaloir. Que cela eſt décidé en la loi 4, ſur la fin, *ff. de lege commiſſoriâ*; car en icelle, le juriſconſulte ayant démandé ſi l'acquéreur doit attendre qu'on le ſomme & qu'on l'interpelle, ou s'il doit ſe mettre en devoir, & faire des offres, il réſout, que c'eſt à lui de ſatisfaire, & de preſſer le vendeur. *Et magis arbitror*, dit-il, parlant de l'acquéreur, *offerre eum debere, ſi vult ſe legis commiſſoriæ poteſtate ſolvere.* Sur quoi le docteur Godefroi remarque que le terme échû, l'acquéreur eſt obligé de fournir ou d'offrir le payement, ſans attendre d'être interpellé, & qu'à faute de ce faire, le vendeur, s'il le veut, peut faire réſoudre la vente. En un mot, qu'il dépend de lui de rejetter ou d'accepter le payement de la ſomme, y aſtraindre, ou non, l'acquéreur.

Cette queſtion ayant donc été débattue en ce
5 ſiége, nos meſſieurs furent comme parties, & le demandeur, qui gagna ſa cauſe, ne l'emporta que d'une voix ſeule. Ceux qui prirent ſon parti croyoient la convention réciproque, & la vente réſolue par l'intervalle du tems, & par la jouiſſance du vendeur, continuée douze ou treize années. Ils ajoutoient que la condition du demandeur étoit d'autant plus favorable, qu'il n'avoit pas acheté volontairement, mais enſuite de la fidéjuſſion, & obligation, & pour le tirer d'icelle. D'où ils inféroient, qu'il n'étoit pas raiſonnable que ce qu'il avoit fait par courtoiſie lui fût préjudiciable, & qu'à préſent, que l'argent eſt rare, on le voulût obliger à payer la dette d'autrui. En un mot, que pour avoir fait plaiſir, il en reçût du dommage.

S'il faut ouvrir notre ſentiment, nous euſſions 6
plûtôt panché pour le défendeur que pour le demandeur, & nous ne croyons pas qu'on puiſſe ſe départir ſi légerement des régles. Il eſt vrai que la jouiſſance du défendeur faiſoit quelque obſtacle; mais le défaut d'acquittement, & la demeure du demandeur en a été la cauſe; & il ne ſemble pas que le défendeur n'étant pas acquitté, ait dû relâcher les héritages. Il eſt vrai qu'il n'y a point eu d'interpellation; mais en ſemblables choſes, *dies interpellat pro homine, ut ex cauſa emphyteuſeos, l. 2, C. de jure emphyteut. ut cùm quis aliquid ſub pœna debet, l. 12, C. de contrah. & commit. ſtipulat.* Et quoiqu'au commencement l'obligation & fidéjuſſion que le demandeur a faite fût favorable, il en a pourtant changé la nature, & de caution, s'étant rendu acquéreur, ce qui lui étoit volontaire eſt devenu néceſſaire. Bien voulons-nous avouer que la choſe étoit comme arbitraire, & qu'il ſemble que c'eſt en ſemblables rencontres que la liberté des opinions eſt plus grande. Car les juges y peuvent donner à chacun le ſien, & n'ôter rien à perſonne. De fait, le vendeur demeurant dans le fonds, il ne perd rien, & s'il demeure chargé d'acquitter l'acquéreur, il ne fait qu'acquitter ſa propre dette.

Ne pouvant donner un arrêt de la queſtion pro- 7
poſée, nous renvoyons le lecteur aux déciſions étrangeres, & nous voulons qu'il ait recours à celle du ſénat de Turin, rapportée par *Antonius Theſaurus*, & qui ſemble aſſez formelle. Ayant propoſé en ſa déciſion 147, *datione in ſolutum factâ de certis prædiis creditori, quatenus intra tale tempus debitor non ſolvat, an poſt temporis lapſum poſſit creditor pecuniam petere & prædia reſpuere*, il réſout que non, & aſſûre que ſon ſénat le jugea de cette ſorte. Pareille déciſion ſe trouve du ſénat de Mantoue, & c'eſt des déciſions de Surdus, la déciſ. 113. Ce qui a lieu notamment, diſent ces auteurs, quand ce n'eſt pas un ſimple engagement, & que le contrat eſt conçu en forme de vente pure & ſimple. Comme encore quand il y a eu tradition; parce qu'alors la demeure de l'acquéreur eſt inexcuſable. Mais encore que la tradition ceſſe, ſi c'eſt par la faute de l'acquéreur, comme aux termes de notre eſpece, & lorſque la délivrance a été différée juſqu'au terme de l'acquittement, nous ne croyons pas que l'acquéreur puiſſe tirer avantage de ſa faute.

OBSERVATIONS.

DAns cette queſtion l'auteur traite de l'effet de la loi commiſſoire, ſavoir ſi elle a lieu en faveur de l'acheteur, auſſi-bien que du vendeur: il ſe détermine à dire, qu'elle n'a lieu qu'en faveur du vendeur. Il traite cette queſtion avec beaucoup d'érudition à ſon ordinaire: ainſi je n'y ajouterai rien.

BIU Cujas

Si les lods sont dûs, quand le vendeur rentre dans son héritage, faute de payement.

8 Il tombe sur cela une question par rapport aux droits seigneuriaux qu'il est bon de toucher; savoir si lorsqu'un héritage a été vendu, *cum pacto legis commissoriæ*, c'est-à-dire, lorsque dans le contrat de vente il y a une clause, portant faute de payement par l'acheteur dans un certain tems, qu'il sera permis au vendeur de rentrer dans l'héritage vendu, si en ce cas il est dû des lods par le vendeur qui rentre dans son héritage. M. Cujas, sur le liv. 2 des fiefs, tit. 1, sur la fin, tient qu'il n'en est dû aucun, parce que le contrat est résolu pour une cause nécessaire & inhérente. M. d'Argentré dans son traité des lods, § 4, est de même avis, notre auteur dans ses œuvres posthumes est aussi de ce sentiment.

M. Charles du Moulin dans son commentaire sur la coutume de Paris, § 23, nomb. 11 & suivans, dit qu'il n'est pas nécessaire que la clause de la loi commissoire soit formelle : *illa verba non sunt de forma, sed sufficiunt æquipollentia.*

9 Mais lorsque le vendeur rentre dans son héritage faute de payement à lui fait par l'acheteur, & que cette clause n'est point stipulée par le contrat; savoir si en ce cas il est dû doubles lods, ou s'il n'en est dû qu'un, ou s'il n'en est point dû du tout.

M. Dolive, livre second, chapitre dix-sept, M. Catelan, tome premier, livre trois, chapitre dix-huit, sur la fin, & Despeisses, tome 3, pag. 62, nomb. 21, tiennent qu'il est dû doubles droits.

Du Moulin, dans l'endroit ci-dessus cité, nomb. 15 & 16, soutient qu'il n'est dû aucun droit.

Boniface, tom. 1, liv. 3, tit. 4, prétend aussi qu'il n'est rien dû; parce que cette clause est toujours sous-entendue : car le vendeur a toujours intention de rentrer dans son héritage, en cas que l'acheteur ne lui en paye pas le prix, *ea mente vendit, ut pretium accipiat, sin minus ut fundum recipiat.*

10 M. d'Argentré, au même endroit, § 2, distingue si la vente a été faite, *præsenti pecunia*, ou s'il y a terme de payer : dans ce premier cas il soutient, que les lods ne sont point dûs; parce que le domaine n'ayant point été transferé à l'acheteur, il n'y a point eu de mutation.

11 L'auteur du journal du palais, rapporte un arrêt du 26 avril 1672, qui a jugé que le vendeur, en rentrant dans son fonds, doit payer les lods; mais il faut observer que la maison n'avoit pas été vendue argent comptant : ainsi quoique l'arrêt soit régulier dans l'espèce dont il s'agissoit, l'auteur n'a pas eu raison d'en faire une régle générale, comme M. Berroyer dans sa note sur l'arrêt du 8 janvier 1627, rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 96, le prouve fort bien.

* M. Auzanet, sur l'article 76 de la coutume de Paris, est de même avis. M. Brodeau, sur M. Louet, lett. R, ch. 2, n. 3, cite aussi cet arrêt du 8 janvier 1627, qui l'a ainsi jugé.

DU PACTE DE LA LOI COMMISSOIRE.

QUESTION QUARANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *La caution du vendeur ne peut se servir de la loi commissoire.*
2. *Raisons de la caution.*
3. *Raisons du vendeur.*
4. *Autorités de Faber, de du Moulin & du Val, en faveur du vendeur.*
5. *Avis de l'auteur, conforme à celui de du Moulin.*

QUESTION XLII.

Si la loi commissoire est plutôt reçue pour le fidejusseur que pour le créancier.

AU lieu que la loi commissoire avoit été introduite en faveur du débiteur, & pour le faire rentrer dans le fonds qu'il avoit vendu, en cas qu'il rendît le prix; il semble qu'au contraire, nos praticiens l'ayent voulu rendre favorable au créancier par une stipulation opposée. De fait, ils ont établi, qu'au lieu que par ladite loi commissoire, *fundus obligatus ex empto fieri debebat inemptus solutâ suo die pecuniâ, fiat ex inempto emptus ob non solutam suâ die pecuniam*, pour se servir des termes du docte Faber, président de Chambery. Mais puisque l'u-

BIU Cujas

ſage emporte cette confuſion, qu'à préſent le pacte de la loi commiſſoire, s'il faut ainſi parler, s'entend plûtôt du ſecond cas que du premier, la difficulté n'eſt pas petite, ſi la convention qui ne ſeroit valable à l'égard du créancier principal, le peut
1 être pour le fidéjuſſeur; c'eſt-à-dire, ſi celui-ci, ayant convenu, qu'au défaut de l'acquitter dans le tems préfix, & en ce cas, qu'il ſoit contraint de payer, cette condition eſt valable, & ſi la vente ſubſiſte.

2 Pour le fidéjuſſeur, on peut dire que ſa condition eſt bien plus favorable, & que n'intervenant en l'obligation que pour prêter ſon aſſiſtance, il eſt raiſonnable que ce qui a été convenu pour ſon aſſûrance, s'obſerve & s'exécute ponctuellement. Qu'en effet, la loi autoriſe ſemblable convention en faveur du fidéjuſſeur, que le texte y eſt formel en la loi derniere *ff. de contrah. emptione;* puiſqu'en icelle, le juriſconſulte ayant propoſé, que le débiteur avoit promis d'acquitter la dette, & d'en décharger ſa caution, & que s'il ne le faiſoit, *& ſolverit debitum fidejuſſor creditori, juſſit prædia empta eſſe, quæ creditoribus obligaverat*, il répond que l'obligation doit être ſuivie.

Au contraire, on peut dire, contre le fidéjuſſeur,
3 que cette loi ne ſe doit pas entendre de la ſorte, & qu'il répugne qu'on engage & qu'on vende une même choſe, & que l'hypothéque & la vendition concourent. Qu'en effet, le texte ne porte pas que les fonds fuſſent obligés & hypothéqués au fidéjuſſeur; mais ſeulement aux créanciers. Que le juriſconſulte ne le remarque par deux fois, que pour montrer que l'hypothéque & la vente d'une même choſe ſont incompatibles. C'eſt auſſi l'explication que donne à la loi préalléguée ledit ſieur préſident Faber, *de erroribus Pragmaticis, decade* 21, *cap.* 5,
4 où il conclut, qu'il ne faut pas ſéparer en cela le créancier principal du fidéjuſſeur, *non enim*, dit-il, *fidejuſſoris favor, perſonaque facere poteſt, ut eo magis pignus & venditio ſe invicem compatiantur.* C'eſt-à-dire, que le fidéjuſſeur, à qui l'on hypothéque un fonds, le puiſſe dès-lors acquérir, quoique ſous une condition.

Il n'eſt pas le ſeul qui diſpute cet avantage au fidejuſſeur, maître Charles du Moulin, en ſon traité des contrats uſuraires, en la queſtion 52, & encore monſieur du Val, au traité qu'il a fait des choſes douteuſes, ont tenu qu'en l'eſpece de la loi cottée, il n'y avoit point de pacte commiſſoire, & que ce n'étoit pas de lui qu'il falloit l'entendre; bref, qu'il n'avoit pas été convenu, qu'à défaut d'acquitter le fidéjuſſeur, les fonds lui demeureroient acquis, mais ſeulement qu'on les lui vendroit, ou qu'on les lui bailleroit en payement pour leur juſte prix. Ainſi, c'étoit plûtôt *pactum de vendendo, aut dando in ſolutum, quàm lex commiſſaria*, & plûtôt une promeſſe de vendre, qu'une vente.

Quoi qu'il en ſoit, le même du Moulin dit que cela ſe doit entendre, ſuivant ce que dit Marcien, *in l. ſi fundus, ff. de pignorib.* ſçavoir, qu'enſuite de la vente conditionnelle, & au défaut de payement, la choſe hypothéquée demeure au fidéjuſſeur, *juſto pretio tunc æſtimanda*; & même, il n'eſtime pas que ce ſoit une vente conditionelle, ſi ce n'eſt improprement, & en tant que de ce pacte la vente s'en peut enſuivre. C'eſt pourquoi cet auteur conclut, qu'en ce point le fidéjuſſeur n'eſt pas plus favorable que le créancier; qu'il ne peut non plus que lui ſe prévaloir d'une convention commiſſoire; bref, qu'il n'acquiert aucun droit en la choſe & n'a aucune action ſur icelle; & par conſéquent, que le débiteur peut purger ſa demeure, & rembourſer le fidéjuſſeur. Il en rend cette raiſon, que le fidéjuſſeur ne peut profiter de ſa fidéjuſſion, ni rien exiger du bon office quil a rendu, qu'il doit être auſſi franc & gratuit que le prêt, en un mot, que le fidéjuſſeur n'a point d'autre intérêt que d'être indemniſé, & qu'après cela, ſa condition n'eſt pas plus avantageuſe que celle du créancier, puiſqu'en effet, le fidéjuſſeur *non eſt alius, quàm verus creditor indemnitatis.*

Quoique le ſieur Mornac, *ad l. Titus, ff. de pignoratit. actione*, en ſemble douter, & qu'il propoſe la queſtion ſans la réſoudre, nous ne laiſſerons pas pourtant de ſouſcrire à l'opinion de du Moulin, & des auteurs que nous avons cottés, & d'aſſûrer le lecteur que nous l'avons vû juger de la ſorte pluſieurs fois en notre ſiége, quoique le fidéjuſſeur ſe fût mis dans la poſſeſſion des héritages, & qu'il en eût joui quelques années. 5

OBSERVATION.

CEtte queſtion eſt une ſuite de la précédente. L'auteur dit que la loi commiſſoire n'a pas eu lieu au profit de la caution du vendeur, lequel n'a pas droit de ſe maintenir en la poſſeſſion de l'héritage qui lui a été remis entre les mains, pour ſûreté de ſon cautionnement, & que le vendeur a droit d'y rentrer en tout tems, en rembourſant la caution.

DE L'ESTIMATION DES DENRÉES.

QUESTION QUARANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La queſtion du tems auquel ſe doit faire l'eſtimation des denrées, eſt très-difficile.*
2. *Il faut diſtinguer entre les obligations pures & ſimples, & celles qui ſont à tems.*
3. *Dans les premieres, l'eſtimation doit être conſidérée au tems de la demande; dans les ſecondes, au jour de l'échéance.*
4. *Raiſons du créancier, pour ſoutenir que l'eſtimation dout être faite par rapport à*

BIU Cujas

la valeur, au tems de la demande.

5. *Raiſons du débiteur, pour établir que l'eſtimation doit être faite, par rapport à la valeur au jour du terme.*

6. *La juriſprudence a fixé l'eſtimation au jour du terme du payement.*

7. *A l'égard des fermages, il y a plus de difficulté.*

8. *Sentence du bailli de Montbriſon, qui a jugé qu'il falloit conſidérer la valeur au tems de la demande.*

9. *Arrêt du 5 mars 1633, qui infirme la ſentence, & juge qu'il faut s'arrêter à valeur au tems du payement.*

10. *Arrêt de 1546, rendu aux grands jours tenus à Riom, qui régle la valeur à la commune eſtimation de chaque année.*

11. *Diſtinction de Chenu, entre les cens & rentes quérables, & les portables.*

12. *Eloge de M. de Marillac, avocat du roi.*

13. *Diſtinction de Coquille, par rapport aux perſonnes.*

14. *Le même auteur diſtingue entre l'année de la demande & les précédentes.*

15. *Par l'ordonnance de 1667, l'eſtimation des grains doit être faites par les regiſtres des gros fruits.*

16. *De l'eſtimation du* quanti minoris

QUESTION XLIII.

De quel tems ſe doit prendre l'eſtimation des denrées qu'on doit ou pour prêt ou pour vente, & ſi le terme paſſé, le quanti plurimi *y peut écheoir.*

1 CE n'eſt pas ſans ſujet que le docte préſident de Chambery *Antonius Faber*, au chapitre premier du livre 16 de ſes conjectures, & encore en ſa décade 20 *de errorib. pragmaticis*, aſſûre que s'il y a en notre droit queſtion obſcure & qui mérite qu'on lui donne de la lumiere, c'eſt celle qui regarde l'eſtimation des denrées dûes par obligation, & le tems auquel elle doit être référée. M. Cujas l'avoit déja remarqué, & expliquant la loi *hominem* 35, *ff. mandati in tractatu* 8 *ad Africanum*, il avoue *nullum eſſe vel Judicem, vel Patronum, vel Juriſconſultum, qui non hæreat maneatque ſuſpenſus, quoties tractatur hac de re.* Mais ſi cette queſtion reçoit de la difficulté en termes de droit, elle n'en a pas moins dans l'uſage, à cauſe des ſentimens divers de ceux qui en traitent, & des préjugés contraires qui interviennent ſur icelle, & quelquefois dans un même ſiége.

Sans nous arrêter à la diſtinction que font nos interprétes *inter judicia bonæ fidei, & judicia ſtricti juris*, parce qu'elle n'eſt plus en uſage parmi nous, qui voulons que la bonne foi regle toutes nos
2 actions; nous nous contenterons de diſtinguer l'obligation qui eſt pure & ſimple, & qui eſt payable à requête, & l'obligation qui porte un terme préfix pour le payement de ce qui a été emprunté ou acheté. Quand il n'y a point de terme, l'eſtimation de la choſe promiſe ne ſe peut référer qu'au tems de la demande ou de la condamnation. En la loi *vinum*, *ff. de rebus creditis*, le juriſconſulte
3 dit, que c'eſt *quanti tunc cùm pretium eſt.* En effet, n'y ayant point de terme, & la choſe étant payable à requête, il ſemble que comme le débiteur s'eſt ſoumis de payer quand le créancier voudroit, il a auſſi entendu ſe ſoumettre à ce que la choſe pourra lors valoir, & que l'un & l'autre ont voulu que ce tems en fût la régle. Toutefois, en la loi 3, *ff. de conditione tricariæ*, Ulpien dit, *verius eſſe quod Servius ait, condemnationis tempus ſpectandum.* Mais comme l'eſpece de cette loi ſe doit entendre plûtôt *de homine quàm de merce*, en la loi ſubſéquente du même titre, il eſt nettement déterminé, que l'eſtimation ſe doit régler, *ſi de die nihil convenit, quanti tunc cùm judicium acciperetur.* Mais quand il y a terme, les mêmes juriſconſultes décident aux loix cottées, qu'il faut payer la choſe au prix qu'elle a valu lors du terme, & que c'eſt à ce jour-là que l'eſtimation ſe doit référer. *Si latum ſit quo tempore redderetur, quanti tunc fuit.* Ils n'en rendent pas la raiſon; mais il eſt aiſé de la ſuppléer, ſi l'on conſidére que *dies appoſitus eſt pars obligationis*, & que le creancier & le débiteur s'y ſont ſoumis.

Or, comme Seneque remarque 3, *de benefic. pretium cujuſque rei pro tempore eſſe*, & que nous avons vû de notre tems le prix du bled fort incertain, & croître tout-à-coup juſqu'à trois ou quatre livres le boiſſeau; c'eſt ce qui fit auſſi naître beaucoup de procès. Qui s'étoit chargé de payer du bled à ſon créancier, à ſa requête, ne pouvoit pas digérer cette augmentation; il trouvoit bien rude de payer à raiſon de trois livres, ce qui n'avoit valu lors du prêt ou de l'achat que dix ou douze ſols. De même, ſi l'obligation avoit terme, ce terme étant tombé au tems de cette cherté, le débiteur ne pouvoit pas bien goûter qu'il dût ſervir de regle. Il en faut autant dire du créancier; car le terme étant échû lorſque le bled étoit à vil prix, & le demandant après l'augmentation, il lui étoit fâcheux de ne pas s'en reſſentir.

Tant y a, qu'y ayant eu divers procès pour raiſon 4
de ce, le créancier ou l'acheteur diſoit, que s'il faut que le terme regle l'eſtimation, il doit toujours avoir *id quod ejus intereſt* de ce qu'il n'a pas eu ſa marchandiſe au jour limité, ſuivant la loi 11, *ff. de re judicata*, en laquelle *tanti lis æſtimanda eſt, quanti interfuit calendis id fieri, ex eo enim tempore quidquid æſtimatur quod noviſſimè ſolvi poterit.* En effet le débiteur ayant été en faute & demeure, il n'eſt pas raiſonnable qu'il en profite; & au lieu que, *mora ſua cuique debet eſſe nociva, ſiquidem mora culpa eſt*, il n'y a pas apparence qu'il en tire avantage. Qu'ayant gardé les grains il en ait la plus value, & qu'un boiſſeau lui ſerve pour en payer quatre. Ainſi le créancier ſoutenoit, qu'encore que l'eſtimation ſe dût regler au tems du terme, cela n'empêchoit pas qu'elle ne dût croître de jour à autre par la demeure du débiteur. Qu'il étoit donc tenu au *quanti plurimi*, & que c'eſt la peine de ſa négligence & de ſa mauvaiſe foi, par argument de la loi 21, *ff. ad l. Aquiliam*, de la loi 8, *ff. de condict. furtiva*, & la loi

BIU Cujas

50, *ff. de furtis.* Et quoiqu'en la loi *si sterilis*, § *cùm per venditorem*, *ff. de actionib. empti*, le juriſconſulte diſe, *nec major ſit obligatio quod tardius agitur*, il ne faut pas dire pour cela qu'il ait entendu rejetter le *quanti plurimi*, puiſqu'il ajoute, *quamvis creſcat ſi vinum hodie pluris ſit & merito.* Dont il rend cette raiſon, *quia ſi datum eſſe haberet emptor*, c'eſt-à-dire, qu'il n'eſt pas raiſonnable que le créancier ſouffre le dommage qu'il reçoit par le retardement du débiteur. C'eſt pourquoi il conclut, *ſaltem hodie dandum eſt quod jam olim dari oportuit*; & ſi auparavant il ſemble rejetter cette prétention du débiteur, ce n'eſt que pour le préjudice qu'il voudroit tirer de trop loin. *Propter intereſſe remotum*, & *non propter intereſſe proximum*, qui conſiſte en la même choſe, & en ſon eſtimation.

5 Le débiteur, au contraire, pouvoit dire, que de droit, *quoties in conventione aliqua dies adjicitur, pro debitore eſſe intelligitur, non pro creditore; pro reo, non pro ſtipulatore*, *l.* 41, § *penult. ff. de verbor. obligat. l.* 17, *ff. de regul. juris.* Mais quand le terme ſeroit cenſé appoſé auſſi-bien pour le créancier que pour le débiteur, le créancier ne pourroit pas pour cela en tirer de l'avantage. C'eſt parce qu'y ayant un jour préfix, c'eſt la volonté des deux, non-ſeulement qu'au défaut de payement au jour du terme, *mora ipſo jure contracta intelligatur*; mais encore, qu'étant contractée, l'eſtimation de la choſe ſe réfere au jour du terme, & qu'elle ſoit autant eſtimée qu'elle a valu ce jour-là. Ainſi, le créancier ne peut demander que ce que la choſe pour lors a valu; ſi le débiteur doit auſſi cette valeur, c'eſt parce que ç'a été l'intention des parties, & cela ſe regle plûtôt de la ſorte par force de la convention, & par le concours d'une volonté commune, que pour la demeure, & pour la peine d'icelle.

Le créancier & le débiteur s'accordant d'un jour pour le payement, leur intention eſt, que ce jour étant arrivé, le débiteur en doive plûtôt l'eſtimation que la choſe; & comme elle peut valoir plus ou moins, le créancier y peut auſſi-tôt gagner que perdre. Le haſard eſt réciproque, il regarde l'un & l'autre, *alioquin rei captio erit*, ainſi que le juriſconſulte, *in l.* 59, *ff. de verbor. obligat.* C'eſt parce qu'en effet, le débiteur n'a entendu promettre que la valeur de la choſe au tems du terme. Or, comme cette valeur n'eſt que la même choſe qui étoit dûe, auſſi *ſemel deberi cœpta nunquam creſcere poteſt*, *l.* 1, *ff. de in litem jurando.* En un mot, ce n'eſt pas un accroiſſement qui puiſſe ſurvenir, ni un acceſſoire qui ſe doive regler par l'exemple des fruits ou des intérêts.

Le débiteur pouvoit ajouter, qu'en effet il ne devoit rien avant le terme, & qu'après le terme, il ne devoit plus la choſe, mais l'eſtimation d'icelle, & ce qu'elle avoit valu ce jour-là. Avant la derniere heure, avant le dernier moment, le débiteur n'eſt pas en demeure, & même à proprement parler, il ne doit rien, *quia ante peti non poteſt*, *l.* 12, *ff. de verbor. obligat.* D'où s'enſuit que le débiteur n'eſt pas en faute avant le jour du terme, *quia mora nulla eſt ubi nulla petitio eſt*, *l. mora*, *ff. de regul. juris*, *ſi pupill. ff. de verbor. obligat.* & par conſéquent, qu'on ne peut pas conſidérer tout l'intervalle qui a précédé le jour, comme ce jour même échû la choſe n'étant pas dûe; mais cette eſtimation ne peut plus croître. C'eſt parce que ce ne ſeroit plus la même eſtimation, c'en ſeroit une autre, & par conſéquent il ne ſeroit pas vrai de dire que le débiteur eût payé ce qu'il devoit. Au contraire, il auroit payé ce qu'il ne devoit pas, s'il avoit payé toute autre valeur que celle du terme.

Quant aux loix qu'on a oppoſées, ſi le *quanti plurimi* a lieu *in actione legis Aquiliæ & in conditione furtiva*, c'eſt une peine ſpéciale, introduite en haine de choſes qui ſont odieuſes: c'eſt parce que le larcin ſe réïtére tous les jours, & même tous les momens, & que le larron n'eſt pas ſeulement cenſé ſe conſtituer en faute & en demeure le jour qu'il prend la choſe; mais encore tous les autres jours qu'il la retient indûement. Il n'eſt pas de lui comme du débiteur; ſi celui-ci n'a que le jour du terme qui le met en demeure, & qu'après il doive plûtôt la valeur que la choſe, parce que c'eſt la valeur qui lui ſuccede; on ne peut pas dire cela du larron; autant de jours qu'il retient la choſe, autant de fois il contracte une nouvelle demeure, & c'eſt pourquoi il ſe ſoumet par la détention indûe d'une même choſe à une valeur nouvelle. Outre qu'il n'y a pas en ce cas, comme au cas que nous traitons: un conſentement mutuel, ni une convention reciproque qui oblige les parties à ſe regler par l'eſtimation du terme; donc, hors le cas *legis Aquiliæ & condictionis furtivæ*, on ne trouvera point dans le droit aucun exemple de ce *quanti plurimi* introduit par nos interpréres. 6

Il eſt vrai qu'en la loi 37, *ff. mandati*, le juriſconſulte ſemble établir quelque choſe d'approchant, & de punir par la demeure: *etenim*, dit-il, *neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet*; mais cela ſe doit entendre, *de conſervanda non de augenda obligatione*, à cauſe qu'en cette loi le juriſconſulte n'entend pas parler d'un accroiſſement après l'eſtimation dûe. C'eſt pourquoi il eſt dit en la loi 21, § *cùm per venditorem*, *ff. de action. empt. nec major ſit obligatio quod tardius agitur.* C'eſt-à-dire, que la choſe ſe réglant par le terme & par ſa valeur au tems d'icelui, cette valeur une fois établie par les chûtes du terme, ne peut plus croître, quoique l'acheteur ou le créancier differe de la demande. Que ſi la même loi ſemble en après, & quelques autres auſſi, donner une régle contraire, elles ſe doivent entendre d'un vendeur qui a promis de livrer la choſe à ſa requête, & ſans limiter le terme. Car en ce cas, l'eſtimation n'étant point certaine qu'il n'y ait eu demande ou condamnation, il ne faut pas s'étonner qu'elle croiſſe de jour à autre, la même choſe étant toujours dûe.

Sur le conflit de ces raiſons, l'uſage de ce ſiége a été divers; autrefois le *quanti plurimi* y a été pratiqué, & juſqu'à ce que la cherté exceſſive des denrées ait fait connoître qu'il y avoit de l'injuſtice, on ne s'en eſt pas relâché. Depuis on y rechercha quelque temperament, & pour adoucir la choſe, on ſe contentoit de modérer la valeur. C'eſt ſuivant le ſentiment de quelques docteurs, & *Caſtalius*, ſur la loi *vinum*, *ff. ſi certum petatur*, dit que la cour du parlement de Paris, au lieu de condamner le débiteur, *quanti plurimi res fuit*, avoit accoutumé de réduire la choſe à une eſtimation commune. Mais enfin on s'eſt arrêté aux régles de droit, & comme le terme fait partie de l'obligation, & que l'intention des parties a été de ſe ſoumettre a l'eſtimation de la choſe lors d'icelui, on a jugé qu'elle ne pouvoit plus croître, & que tout ce que le créancier pouvoit prétendre, c'étoit l'intérêt du prix.

Nous l'avons vû juger ainſi pluſieurs fois, & l'on n'a plus douté de ſuivre cela à l'égard des créanciers pour les obligations pour prêt. Mais en matiere de ventes & de fermes, on a voulu y établir quelque différence, notamment lorſqu'il s'agit des dîmes. 7

Cette controverſe s'étant préſentée en notre ſiége, le fermier d'une dimerie prétendoit, que nonobſtant qu'il y eût terme, le ſous-fermier devoit payer en eſpeces ou la valeur des grains, plûtôt du tems préſent, que du tems du terme; que comme

BIU Cujas

il étoit obligé de payer les charges ou grains, il falloit qu'il fût payé de la même ſorte, qu'autrement le ſous-fermier profiteroit du retardement & des grains qu'il eſt préſumé avoir gardé.

On ſoutenoit au contraire, que la regle établie par le droit étoit générale, & qu'y ayant un terme, on le devoit ſuivre de quelque nature que la dette fût. Que le terme échu, on n'avoit plus dû de grains, mais de l'argent; & que l'eſtimation ayant ſuccédé à la choſe, la choſe qui n'étoit plus dûe, n'avoit auſſi pu croître. Que comme le ſoufermier avoit crû qu'il ne devoit plus de grains, il n'avoit pas auſſi crû qu'il les dût garder. Et quand il les auroit gardé, il ne ſeroit pas pour cela tenu de payer en grains, comme le fermier ne ſeroit point obligé de les prendre ſi la valeur étoit moindre. Que quelque augmentation qui arrive, ſi le débiteur en tire de l'avantage, il ne s'enſuit pas qu'il profite de ſa demeure, que ce n'eſt qu'enſuite de l'obligation, que ce n'eſt qu'un effet de la convention; & que comme le créancier en profiteroit ſi la choſe avoit plus valu lors du jour échu que depuis le terme, de même la demeure du débiteur qui ne paye pas au jour préfix, ne doit pas faire qu'il ne ſe ſerve du terme. Qu'il n'y a point de diſtinction à faire entre le prêt & la vente, ou une ferme; comme en l'obligation pour prêt le terme eſt appoſé en faveur du débiteur afin qu'il y ait tout le tems du milieu libre pour payer, *l.* 41, § 1. *l.* 42, *ff. de verbor. obligat ita pro ſtipulatore*, afin que le débiteur ſçache ce qu'il doit payer à ce jour-là, & qu'à faute de ce faire il demeure reſponſable de ce qu'il importe au créancier qu'il n'ait payé ledit jour. Qu'en un mot, il ne faut pas conſidérer quel intérêt a de préſent le créancier par le défaut de payement; mais quel intérêt il y a eu le jour même que la choſe ſe devoit payer, *l.* 3, *ff. de in litem jurando*. Le bailli de Forêts ayant jugé en faveur du fermier, & obligé les ſous-fermiers de payer en eſpece ou la valeur au tems de la demande, la cour a jugé au contraire, qu'il ſe falloit regler par le terme, & parce que le bled valoit au tems d'icelui. C'eſt donc une regle générale qu'il faut ſuivre, quelque diſtinction que faſſe *Antonius Faber* en ſon code, *tit. ſi certum petatur*, contre ſon ſentiment propre, & ce qu'il a dit ailleurs,

On peut le voir ſur ce ſujet, car il traite amplement cette matiere. On peut voir encore monſieur Cujas au lieu cotté, *Duarenum ad tit. ſi certum petatur, Hottomanum illuſtr. quæſtionum c. 16 Edmundum Merillium lib. 3, obſervat. cap. 44, & Joannem à Sande lib. 2, tit. 4, definit. 8*, de ſes déciſions du ſénat de Friſe, où il dit avoir été jugé, qu'on ne devoit payer que l'eſtimation au tems du terme, & les intérêts depuis icelui.

ARRÊT.

COMME de la ſentence donnée par notre bailli de Forêts ou ſon lieutenant le 27 janvier 1635, entre maître Grégoire Boulardin & M. Jean Barail demandeurs en exécution, d'une part; & Eſtienne Jamet & Benoît Branchier, défendeurs & oppoſans; d'autre: par laquelle auroit été dit, qu'à faute de payer dans quinzaine par les défendeurs la valeur de douze ſeptiers de bled ſeigle, meſure de Cremeaux, au prix que les denrées valoient lors du commandement à eux fait le 29 avril 1633 ſuivant les actes d'évaluation dudit lieu de Crémeaux; ou au défaut de ce, du plus prochain marché tenant même meſure, l'exécution commencée pour lad. quantité & valeur ſeroit parachevée avec dépens, dommages & intérêts; & leſdits défendeurs condamnés aux dépens: Eût été, de la part deſdits Jamet & Brachier, appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger, ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous, joint les griefs; prétendus moyens de nullité & production nouvelle deſdits appellans, auſquels leſdits Boulardin & Barail pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle, bailler contredits. Icelui procès vû, griefs, réponſes, forcluſion de produire de nouvel, par leſdits appellans, production nouvelle deſdits intimés: Requêtes deſdites parties du trente-un janvier dernier, employées pour contredits & ſalvations: Tout diligemment examiné: Notredite cour par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende. En émendant ordonne, que dans quinzaine après la ſignification du préſent arrêt, leſd. Jamet & Branchier payeront la valeur de douze ſeptiers de bled ſeigle, meſure de Cremeaux, au plus haut prix que ledit bled valoit lors de l'obligation échue, ſuivant les actes des évaluations dudit lieu de Cremeaux, ou à défaut d'icelui, du plus prochain marché tenant même meſure; autrement & à faute de ce faire, l'exécution encommencée ſera parachevée, avec dépens, dommages & intérêts, condamne leſdits Boulardin & Barail au dépens de la cauſe principale, ſans dépens de la cauſe d'appel, la taxe des adjugés à nous réſervée. Prononcé le 5 jour de mars 1633. Signé, Radigues.

Outre les auteurs que nous avons déja cité, on peut voir M. Papon en ſon recueil d'arrêts, livre 13, tit. 2, art. 13, où il parle de l'eſtimation du bled, & autres denrées en matiere de cens, & rentes & rapporte un arrêt des grands jours tenus à Riom, l'an 1546, qui regla le payement des arrérages à la commune eſtimation de chacune année.

Enſuite M. Jean Chenu en ſes additions ſur led. ſieur Papon cite la queſtion 54, de *Joannes Galli*, & la note de du Moulin ſur icelle; & remarque que le même du Moulin a traité amplement la queſtion en ſon traité François des uſures, & contrats pignoratifs, n. 114 & 117.

Le même Chenu fait une diſtinction conſidérable entre les cens & rentes querables, & les cens & rentes portables. Il veut pour les premiers que l'emphitéote n'ayant pas été conſtitué en demeure, ne puiſſe devoir que l'eſtimation lors du terme: Mais que pour les portables, l'eſtimation croiſſe avec le terme, à cauſe que le débiteur eſt en faute & en demeure; ou du moins qu'il doit payer au prix commun de l'année. Cet auteur cite à ce ſujet Imbert en ſes inſtitutions Forenſes, Grimaudet en ſon traité des uſures, & M. Maynard au liv. 6 de ſes queſtions, chapitre 35, lequel en effet aſſûre qu'il ſe juge & pratique de la ſorte au parlement de Toulouſe. Nous tenons auſſi que cette diſtinction eſt fort juſte, autrement il s'enſuivroit qu'il ne faudroit point établir de différence entre les cens quérables, & les cens portables, & que le ſeigneur n'auroit pas plus d'avantage pour ceux-ci, que pour ceux-là.

OBSERVATIONS.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

En quel tems il faut conſidérer le prix des denrées.

DAns cette queſtion, l'auteur examine, en quel tems l'on doit faire l'eſtimation des denrées, ou par rapport au tems de la vente, ou au terme du payement. Il diſtingue entre les obligations cauſées pour prêt, & les ventes, & les fermages; il traite toutes ces queſtions avec beaucoup d'érudition.

A l'égard des obligations cauſées pour prêt, il décide qu'il faut ſe regler, eu égard à la valeur des denrées au tems de l'échéance du terme du payement.

A l'égard des ventes & des fermages, il trouve plus de difficulté: cependant il rapporte un arrêt du 5 mars 1633, intervenu ſur un appel du bailli de Forêts, qui l'a ainſi jugé.

A l'égard des arrérages du cens, l'eſtimation en doit être faite, eu égard à la valeur des grains de chacune année.

Sur la fin de cette queſtion, l'auteur cite M. Papon, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 13, tit. 2, art. 13. où il rapporte un arrêt rendu aux grands jours de Riom, en 1546, ſur les concluſions de M. de Marillac, avocat du roi, qui regle le payement des arrérages des cens & rentes ſuivant la commune eſtimation de chacune année deſdits arrérages. Papon dit que cet arrêt eſt très-équitable, & qu'il doit ſervir de loi pour réprimer les abus & les pilleries qui ſe ſont commiſes ſur ce point, & notamment en pays de droit écrit.

Chenu, dans ſes notes ſur Papon, a fait une très-belle diſſertation ſur cet article. Il dit 12
que cet arrêt fut rendu ſur le réquiſitoire de M. de Marillac, qu'il appelle très-docte & très-vertueux avocat du roi; ſur quoi il faut obſerver, que dans ce tems meſſieurs les avocats-généraux, ne prenoient ſimplement que la qualité d'avocats du roi: c'eſt ce même M. de Marillac qui, le premier, a pris la qualité d'avocat-général, & qui par ſon mérite, par ſa naiſſance, & ſes grands ſervices, a commencé à élever cette charge dans le haut point d'élevation où nous la voyons aujourd'hui: il s'appelloit Gabriel. Du Moulin fait ſon éloge en pluſieurs endroits, dans ſa note ſur l'art. 35, du ch. 19 de la cout. de Berry, il dit que c'étoit un avocat fameux, & depuis avocat du roi. Ramus, dans ſon livre intitulé, *Ciceronianus*, p. 61, comprend M. Gabriel de Marillac, & M. Jacques Aubery ſous un même éloge, en ces termes; *Duos equidem francos Oratores, & animi integritate & orationis facultate valde præſtantes in foro Pariſienſi cognovi, Gabrielem Marillacum, & Jacobum Auberium, qui mihi quemvis Græcum, vel Romanum oratorem, dicendi gravitate, & magnificentia æquare viderentur.*

Dans les épitres des hommes illuſtres de l'édition de Lyon de l'année 1561, page 367 il eſt dit de lui, *eo patrono fiſcum nemo unquam dicere potuit lienem.* Cette vertu eſt héréditaire dans ſa famille. meſſire Michel de Marillac, garde des ſceaux & ſurintendant des finances, ne ſortit pas plus riche de ces deux grandes charges, qu'il étoit quand il y entra.

Le même Chenu fait encore une autre diſtinction à l'égard des cens & rentes, par rap- 13
port à l'eſtimation; ſçavoir, à l'égard de celles qui ſont querables, & celles qui ſont portables: dans le premier cas, le débiteur doit être interpellé; & s'il ne l'a pas été, il ne doit payer le prix des denrées que ſuivant l'eſtimation & la valeur au tems du payement: dans le ſecond cas, il doit payer le prix ſuivant l'eſtimation de chaque année.

Coquille, dans ſes queſtions, ch. 206 traite cette queſtion fort doctement & ſolide- 14
ment: il diſtingue les perſonnes. A l'égard des marchands, il dit que l'eſtimation des denrées doit être faite par rapport à leur valeur, au jour de l'échéance du payement, quoiqu'il n'y ait point eu de demande. Entre particuliers pour cauſe de prêt, il ſoutient que l'eſtimation ne doit être faite que par rapport à la valeur, au tems de la demande en juſtice.

Si l'eſpece eſt due pour une redevance fonciere échue dans l'année de la demande, il faut payer en eſpece avec l'eſtimation du plus haut prix au jour de la demande; & pour les arrérages des années précédentes, il faut prendre l'eſtimation commune de chaque année. Il dit, qu'un ſeigneur ne ſeroit pas recevable de demander les arrérages en eſpece dans une année de cherté, ſi ce n'eſt que chaque année il ait formé une demande. Il ajoute, que ſi le ſeigneur en l'année chere n'a pas fait demande du bled à lui dû, & qu'en ſuite il demande l'appréciation commune de l'année chere, le débiteur en ſera quitte en payant du bled en eſpece.

Par l'ordonnance de 1667, tit. 30, art. 1, * quand il s'agit de reſtitution des fruits, ceux de la derniere année doivent être délivrés en eſpeces; à l'égard des années précé-

BIU Cujas

dentes, la liquidation en doit être faite ſuivant le prix commun de chaque année; par l'art. 8 du même tit. l'eſtimation des grains ſe doit faire par l'extrait des regiſtres des gros fruits qui doivent être tenus dans toutes les villes ou bourgs où il y a des marchés. Ces regiſtres s'appellent à Lyon Carcabaux & en Forêts Mercuriales.

15 Dans cette queſtion, notre auteur, & tous ceux que j'ai cité, parlent du *quanti plurimi*: il y a auſſi le *quanti minoris*, quand il s'agit de faire diminution à l'acheteur, à cauſe de quelque vice qui ſe trouve dans la choſe par lui achetée, ſoit par rapport à la qualité, ou à la quantité. M. Catelan, tome 1, livre 3, chapitre 18, traite doctement cette queſtion, par rapport à la vente d'un héritage vendu pour allodial, qui ſe trouve être ſujet au cens.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

IL n'y a perſonne qui n'ait reſſenti les rigueurs de l'hyver de l'année 1709, & qui n'ait ſouffert de la cherté des vivres de cette année, & de la ſuivante: il y eut pluſieurs procès à ce ſujet, voici l'eſpece d'un qui a paſſé entre nos mains.

L'aumône générale de Lyon dont on ne ſçauroit aſſez louer l'inſtitution, la prudence & le déſintéreſſement de ſes adminiſtrateurs, fit un marché le 30 janvier mil ſept cent huit, avec Jean-Baptiſte Trémollet, marchand de bled, de la ville d'Auxonne, qui eſt ſituée ſur la riviere de Saône, dans le comté de Bourgogne, par lequel Tremollet s'obligea de fournir à l'aumône générale, la quantité de 6000 ânées de bled froment, loyal & marchand, à compter depuis le jour du marché, juſqu'au mois de ſeptembre ſuivant, à raiſon de 11 livres 10 ſols l'ânée. Comme ce terme n'eſt uſité que dans le Lionnois & aux environs, il ne ſera pas inutile d'obſerver ſon étimologie. Il vient du mot *annuum*, c'eſt-à-dire ce qu'il faut de bled pour nourrir une perſonne par chacun an; c'eſt pourquoi en droit, les legs annuels ſont très-favorables, ſuivant le titre du digeſte *de annu. leg.* De ce mot *annuum*, l'on a fait celui d'ânée. Sur le marché, il fut payé par avance 5300 livres. En exécution, Trémollet fournit en différens tems juſqu'au mois de juillet 3800 ânées. Mais la récolte des bleds n'ayant pas été abondante en 1708 il ne ſatisfit point au ſurplus du marché, le mois de ſeptembre étant paſſé, qui étoit le terme auquel la livraiſon devoit être entiérement faite, les adminiſtrateurs écrivirent à Trémollet de ſatisfaire à ſon marché; enfin le dix novembre ſuivant, ils le firent aſſigner pardevant le juge-conſervateur des priviléges des foires de Lyon, pour reconnoître le marché fait entr'eux, & voir dire que faute par lui d'y avoir ſatisfait, il leur ſeroit permis d'acheter une pareille quantité de bled à ſes riſques & périls, & qu'il ſeroit condamné de leur payer la ſomme à la quelle ſe trouveroit monter le bled, qui ſeroit par eux acheté au pardeſſus du prix convenu par led. marché, avec intérêts & dépens. Après pluſieurs procédures, il intervint ſentence définitive le 6 mars 1709, qui adjugea les concluſions aux adminiſtrateurs de l'aumône générale, de laquelle, Tremollet ayant interjetté appel au parlement, il ſurprit un arrêt ſur requête portant défenſes d'exécuter la ſentence, auquel les adminiſtrateurs ayant formé oppoſition, la cauſe fut appointée au conſeil. J'écrivis au procès pour les adminiſtrateurs de l'aumône générale, pour ſoutenir le bien jugé de la ſentence de la conſervation de Lyon. Je dis, que ſuivant les principes du contrat de vente, celui qui eſt en demeure de ſatisfaire de ſa part, doit être condamné en tous les dommages ſoufferts par l'autre partie, ainſi que cela eſt décidé dans la loi 1, *ff. de act. empt.* & dans la loi 4, au code du même titre.

A l'égard de la vente des bleds, de vin & autre denrées, le juriſconſulte Gayus, dans la loi derniere *ff. de condit tritic.* décide que quand le jour de la livraiſon de la marchandiſe eſt fixé, que l'eſtimation en doit être faite par rapport à la valeur au tems convenu. Si le jour de la délivrance n'eſt pas certain, l'eſtimation ſe regle, eû égard à la valeur, au jour que le jugement intervient. *Si merx aliqua quæ certo die dari debebat, petita ſit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æſtimandam Caſſius ait, quanti fuiſſet eo die, quo dari debuit: ſi de die nihil convenit, quanti tunc cùm judicium acciperetur.*

Je ſoutenois que dans cette eſpéce, Tremollet devoit être condamné par rapport à la valeur du bled au jour de la ſentence, parce que s'il avoit ſatisfait à ſon marché dans le tems convenu, cette quantité de bled ſe ſeroit trouvée dans les greniers de l'aumône générale, & qu'ainſi elle ne ſeroit pas obligée d'en acheter; je me ſervois pour cela de la déciſion de la loi 21, §. 3, *ff. de act. empt.* où le juriſconſulte Paul décide que le vendeur qui eſt en demeure de ſatisfaire à ſon marché doit payer à l'acheteur tout le profit qu'il auroit pû faire, ſi la choſe lui avoit été délivrée au tems

BIU Cujas

convenu, *cùm per venditorem ſteterit quominùs rem tradat, omnis utilitas emptoris in æſtimationem venit.* M. Cujas dans ſon commentaire ſur cette loi en donne la raiſon, *quod quidem pretium tritici, ſi hodie pluris ſit poſt moram venditoris, quàm fuerit venditionis tempore, id emptori præſtandum eſt; quoniam id haberet emptor, ſi moram venditor in tradendo tritico non feciſſet.*

Le procès ne fut pas jugé, le conſeil du ſieur Trémollet lui ayant fait connoître, qu'il ne pouvoit pas éviter d'être condamné à des dommages & intérêts conſidérables, il fit propoſer un accommodement aux adminiſtrateurs, qui étant gens ſages & modérés, y donnerent les mains.

DES REDEVANCES EN VIN.

QUESTION QUARANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les anciens ne faiſoient état que du vin vieux.*
2. *Eſpèce ſur laquelle l'arrêt ci-après eſt intervenu.*
3. *Raiſons des chanoines, qui demandoient du vin vieux.*
4. *Raiſons contraires de la part du prieur.*
5. *Arrêt du 16 juillet 1612, qui condamne le prieur à fournir du vin du cru de l'année précédente.*
6. *Cet arrêt ne doit pas être tiré à conſéquence.*
7. *Dans la régle générale les redevances en vin ne ſe payent que du vin de l'année.*

QUESTION XLIV.

Si la redevance de vin qu'on doit en eſpèce, ſe doit payer en vin de la même année, ou de l'année précédente.

1 C'est ſans doute que les anciens n'ont fait état que du vin vieux, & qu'ils n'ont pas cru que ce fût une boiſſon propre, s'il n'avoit été gardé non-ſeulement d'une année à l'autre; mais pluſieurs années. Il eſt donc certain que plus le vin avoit vieilli, plus ils l'eſtimoient, & que c'eſt le cours des années qui en augmentoit le prix, *vini cadum ætate pretioſi*, dit Apulée, *lib. 2. Mileſiar.* Ainſi, le vin vieux n'étoit cenſé tel qu'il n'eût quinze ou vingt ans; & Séneque dit à ce ſujet, *lib. de vita beata, cap. 17, cur apud te vinum ætate tuâ vetuſtius bibitur.* Il eſt vrai, que comme le tems lui cauſoit quelque amertume, ils tâchoient de la corriger, & de l'adoucir. Le même Séneque, en l'épitre 64, le témoigne, quand il dit, *in vino nimis veteri ipſa nos amaritudo delectat*, ſoit qu'il l'entendît de la force qu'a le vin vieux, ſoit qu'il voulût parler de l'adouciſſement qu'on y recherchoit; c'eſt en mêlant du miel, & c'eſt lorſque le vin s'appelloit *mulſum.* Nous l'apprenons de Macrobe, lequel, *lib. 7, cap. 12*, en parle en ces termes: *Mulſum quod probè temperas, miſcendum eſſe non novo Himettio, & vetulo Falerno.*

Mais nous n'avons pas beſoin de rechercher ailleurs ce que nous trouvons parmi les textes de notre droit, *in l. 37 de legat. 3*, il eſt parlé d'un legs *vini vetuſti, in l. 7, ff. de acquir. rerum dominio, de mulſo quod ex vino & melle fit, & in l. 16, ff. de tritico-vino vel oleo legato*, le juriſconſulte fait diſtinction en matiere de legs, *inter mulſum & paſſum*, & autres mêlanges.

Que s'il faut conſulter les médecins, il faudra, ſelon eux, & ſelon la doctrine de Galien 4, *de compoſitione medicam.* établir trois âges au vin, *vetus, novum & medium.* Ils veulent que le milieu ſoit de neuf à dix ans; & par conſéquent, ils donnent la qualité de nouveau juſques à cinq ans, & de vieux au vin qui a plus de dix ans, à quelque tems qu'il puiſſe aller, & même juſques à deux cens ans, au moins, s'il en faut croire Pline, qui aſſûre que l'on en a gardé ſi long-tems. Tant y a qu'il y a lieu de s'étonner que Galien ait cru qu'il falloit qualifier du nom de nouveau le vin qui n'a pas encore cinq ans. Car, comme remarque fort bien *Valeriola, Medicus Arelatenſis, enarratione 7, lib. 6*, nous n'appellons les choſes nouvelles, que quand elles n'ont pas encore beaucoup de diſtance de leur origine. Ainſi, nous diſons de nouvelles plantes, & des fruits nouveaux; & les livres ont la même dénomination, quand il n'y a pas long-tems qu'on les a tirés de la preſſe, ou qu'ils n'ont pas encore paru. Donc, le vin ne devroit être appellé nouveau, que lorſqu'il n'a pas encore bien bouilli, qu'il a encore de la douceur, & que cette douceur ne s'eſt pas encore changée en force & en acrimonie, ou pour mieux parler, en pointe. Auſſi c'eſt choſe qui répugne à notre uſage, & les vendeanges étant faites, nous appellons vin vieux celui qui a été recueilli l'année précédente. En effet, il ne faut qu'un an pour donner la perfection à nos vins; leur maturité eſt achevée dans cet intervalle; & ſi l'on en garde juſqu'à trois feuilles, comme on dit, c'eſt plûtôt par curioſité, que parce qu'il ſoit néceſſaire pour la ſanté. Il eſt vrai qu'en quelques provinces, le vin ſe conſerve mieux qu'aux autres. C'eſt parce qu'ayant plus de force, il a moins de délicateſſe, & qu'il lui faut plus de tems pour le meurir. Plus on le garde, plus il ſe décharge, & il eſt par conſéquent plus clair, & plus agréable. Mais auſſi étant trop gardé, il devient ou aigre, ou rance, & de mauvais goût, ſi ce n'eſt qu'on le renouvelle, en y jettant tous les ans quelque peu de vin nouveau, & c'eſt ce que nos villageois appellent paître le vin vieux.

BIU Cujas

2 Or, pour venir à notre queſtion, le ſieur prieur de Saint-Rambert eſt obligé de fournir tous les ans aux chanoines de l'Iſle-Barbe certaine quantité de vin en eſpece, pour la livraiſon des prêtres & chanoines qui ſervent actuellement; & cette redevance eſt dûe dès le commencement du mois de novembre, juſqu'au 27 du même mois. On a diſputé s'il falloit fournir du vin vieux, ou s'il ſuffiſoit qu'on en donnât de la même année; & la choſe ayant été conteſtée juſqu'à faire donner un arrêt, nous avons cru qu'il méritoit d'être inſéré dans ce recueil.

3 Les chanoines pouvoient dire qu'il y avoit grande différence entre le vin vieux, & le vin nouveau, & telle que le juriſconſulte dit en la loi 3, *ff. de rebus creditis*; que bailler du vin nouveau pour du vin vieux, c'eſt payer moins de ce qu'on doit. *Non licet*, dit-il, *debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere ſit, reddere, veluti vinum novum pro vetere.* Encore, dit-il, qu'il n'ait pas été dit, qu'on ſeroit tenu de rendre la même choſe, *nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum eſt.* Etant donc le ſieur prieur obligé de fournir du vin pour la livraiſon des chanoines & prêtres, cela ſe doit plûtôt entendre du vin vieux que du nouveau; & ſi l'on conſidere le tems auquel il doit fournir en eſpece, ſçavoir dans le mois de novembre, il faudra qu'on avoue, que s'il en étoit quitte pour du vin nouveau, *deteriorem rem redderet*; parce qu'en ce tems-là le vin nouveau n'eſt pas encore fait, il n'a pas encore bien bouilli, & c'eſt plûtôt du moût, que du vin; & quand même il ſeroit purifié, il ſeroit encore fumeux, & moins propre pour la boiſſon. En quoi leſdits chanoines pouvoient dire qu'ils ne s'opiniâtroient pas tant pour leur intérêt que pour celui du public, parce qu'eux & leurs prêtres étant obligés d'aſſiſter aux offices de leur égliſe, & d'y chanter preſque à toutes heures, il répugnoit qu'ils s'en puſſent acquitter en buvant du vin nouveau. Qu'en effet, l'école des médecins, ſuivant en cela la doctrine de Galien leur maître, rejette les vins nouveaux, à cauſe des incommodités qu'ils cauſent ordinairement; qu'elles ont été remarquées par le même Galien 7, *method. medendi, & lib. de cibis boni & mali ſucci.* Il reconnoît là que les vins nouveaux ſont de difficile digeſtion, & qu'ils ne paſſent pas ſi facilement, qu'ils ne ſont pas ſi propres pour la nourriture, ni pour former le ſang, & qu'au lieu d'ouvrir le paſſage de l'urine, & de la mouvoir, ils y peuvent faire obſtacle. Il avoue qu'ils ſon plus peſans, & qu'ils demeurent comme l'eau, bien plus long-tems dans le ventre. Que comme ils ont plus de lie, & s'en ſont moins déchargés, ils ne peuvent pas auſſi ſe cuire ſi aiſément, & laiſſent par conſéquent plus d'excrémens, & cauſent plus de vents. Qu'Avicenne, fameux parmi les Arabes, aſſûroit de même, qu'au lieu que le vin vieux étoit plus propre à la nourriture, & ſervoit même de médicament; au contraire, le vin nouveau empêchoit les fonctions du foye, & cauſoit la dyſſenterie. C'eſt en conſéquence de cela que les chanoines ſoutenoient, qu'ils avoient raiſon d'inſiſter à ce qu'on leur livrât du vieux, & non pas du vin nouveau.

4 Le prieur, au contraire, pouvoit dire, qu'il ne falloit pas recourir à l'uſage des anciens, ni à ce que Galien & les autres conſeilloient; mais à l'uſage du pays. Que c'eſt par lui que la cauſe devoit être décidée, & que chaque province produit auſſi-bien des vins divers, que des humeurs différentes. Que ſi Galien & les autres n'ont pas conſeillé les vins nouveaux, c'eſt parce qu'ils étoient plus violens, qu'il falloit plus de tems pous les meurir, ou du moins pour les adoucir. Mais qu'au pays de Lyonnois & de Forêts les vins auſſi-tôt qu'ils ſont faits, ſont auſſi-tôt purifiés & propres à boire; & il ſemble que ne ſe pouvant pas garder ſi long-tems, la nature, pour réparer ce défaut, en avance la boiſſon. Qu'en effet, c'eſt choſe commune aux provinces de Lyonnois & de Forêts, que le vin ayant bouilli, s'étant épuré, ayant paſſé ſa fougue, en perdant ſa douceur, & étant plus clair, ce qu'il eſt dès le commencement de novembre, il eſt propre à boire. Qu'il ſe falloit donc conformer à cet uſage commun, qu'il falloit ſe regler par lui, & qu'en effet Alciat réſout ſur ladite loi, *ff. de rebus creditis*, qu'en cela il falloit ſuivre la coutume de chaque pays; parce qu'il y a des lieux où les vins ne paſſent point l'année, où les vins paſſent pour vieux étant clairs & purifiés. Que ſi en la loi neuvieme, *ff. de tritico, vino vel oleo legato*, le juriſconſulte dit, que *ſi vinum vetus legatum ſit*, cela ſe doit régler *ex uſu teſtatoris*, à plus forte raiſon, doit-on recourir à l'uſage commun de tout un pays. Enfin, qu'il ſe falloit régler par la diſpoſition de la loi 10, *C. de erogatione militar. annonæ*, en laquelle les empereurs ordonnent, *per omnes provincias cunctis numeris, ac militibus, à Novembris menſe de novello vino annonam dari, quoniam veteris diſpendioſa videtur errogatio.* Que c'eſt pour ce ſujet que Bartole *ad l. 3, ff. de rebus creditis*, avoit tenu, *vinum illud vetus eſſe, ſimul ac clarum eſſe cœpit.*

Par l'arrêt qui ſuit, il fut jugé que le prieur étoit obligé de donner du vin de l'année précédente; c'eſt ſuivant la définition & la regle de la loi 11, *ff. de tritico & vino legato, ubi vinum vetus accipitur quod non eſt novum, id eſt anni prioris.* C'eſt pour ce ſujet qu'on a repris Bartole de ce qu'il a dit que le vin étant purifié, il étoit dès-lors cenſé vin vieux. Il ne ſuffit pas qu'il ſoit clair, il faut encore du tems pour le rendre, ou moins fumeux, ou plus mûr. Aux pays chauds, il eſt encore trop bouillant; au pays froid, il eſt encore trop verd; & par conſéquent, en quelque lieu que ce ſoit, ſa boiſſon eſt précipitée avant le tems de ſix mois, ſelon le conſeil des ſages. Auſſi, *Zazius, lib. 2. reſponſ. cap. 14*, rejette l'opinion de Bartole, & donne pour regle aſſûrée que c'eſt d'une année à l'autre que l'uſage des vins doit être réglé. Voy. Mornac, ſur la loi 3, *C. de rebus creditis*, & Godefroy, ſur la loi 9, & autres ſubſéquentes, *de tritico & vino legato*, où il rapporte le paſſage d'Aulugelle 13, *noctium Atticar. cap. ult.* qui approuve le vin vieux, & condamne le nouveau.

Extrait des regiſtres du parlement.

5 LOUIS, &c. Sçavoir faiſons, que comme le jour & date des préſentes, comparans en notre cour les prévôt, chanoines & chapitre de Saint-Martin de l'Iſle-Barbe, appellans de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon le 28 juin 1611, & intimés, d'une part; & meſſire Jean Malet de la Benerie, prieur de Saint-Rambert, intimé & appellant de la ſentence donnée par le bailli de Forêts le 10 ſeptembre dernier, d'autre. Oui les procureurs deſdites parties, ſans que les qualités puiſſent préjudicier. Après que la Marteliere, pour les appellans, a conclu en leur appel, de ce qui a été ordonné que l'intimé leur payera le vin à eux adjugé chacun an, les 27 premiers jours de novembre du vin recueilli ladite année; à ce qu'il ſoit dit mal jugé, & que ſuivant l'uſage de tout tems obſervé, il leur fournira du vin vieux & non du nouveau, qui n'eſt ſitôt propre au corps humain. & que Colombet, pour l'intimé a dit, que la redevance étant du revenu du prieuré, il eſt raiſonnable que les appellans reçoivent le vin du crû de

BIU Cujas

'année, l'option de la qualité étant à celui qui doit l'acquitter, s'il n'y a condition au contraire, concluant en ſon appel à ce qu'il ſoit dit mal jugé. Notredite cour, faiſant droit ſur l'appel des parties de la Marteliere, a mis l'appellation & ce dont eſt appel, au néant, ſans amende & dépens; & émendant le jugement, exécutant l'arrêt, ordonne que délivrance ſera faite aux apppellans, du vin à eux adjugé en eſpece du crû de l'année précédente à la délivrance, & pour le regard de l'appel de la partie de Colombet, a mis l'appellation & ce dont eſt appel au néant, & les parties hors de cour & de procès. Donné à Paris en notre parlement le 16 jour de juillet 1612. *Signé* DU TILLET.

OBSERVATIONS.

Si une redevance de vin doit être payée en vin vieux.

DAns cette queſtion l'auteur examine, ſi une redevance de vin payable en eſpece, ſe doit payer en vin de la même année, ou de l'année précédente. Il traite cette queſtion avec beaucoup d'érudition; en ſorte qu'il paroît qu'il ſavoit auſſi-bien les belles lettres, que le droit: Il rapporte un arrêt du 16 juillet 1612, rendu au profit du chapitre de St. Martin de l'Iſle-Barbe, proche la ville de Lyon, auquel le prieur de S. Rambert, qui eſt ſitué en Forêts, eſt obligé de fournir tous les ans une certaine quantité de vin au mois de novembre. Par cet arrêt le prieur a été condamné de fournir au chapitre du vin du crû de l'année précédente; c'eſt-à-dire du vin vieux.

6 Cet arrêt ne doit pas être tiré à conſéquence: car il paroît par le vû, qu'il a été rendu ſuivant l'uſage de tout tems obſervé.

Régulierement la redevance en vin ſe paye de vin recueilli dans l'année de l'échéance de la redevance.

7 Mais dans la regle générale il faut tenir le contraire: en effet, il eſt certain dans l'uſage, que les vignerons, les emphithéotes, & généralement tous ceux qui doivent des redevances de vin en eſpece, payables au mois de novembre, c'eſt-à-dire, après les vendanges, ne ſont obligés que de fournir du vin par eux recueilli cette même année: car autrement ce ſeroit les mettre dans l'impoſſibilité de payer, puiſque ces ſortes de gens n'ont preſque jamais de vin vieux: l'état de leurs affaires ne leur permet pas de garder leurs vins d'une année à l'autre.

Il faut encore obſerver, que dans les redevances de vin pour les dîmes abonnées, il ſeroit ridicule de prétendre, par les décimateurs, du vin vieux, puiſque la redevance eſt ſubrogée à la place des raiſins recueillis dans la même année.

Il faut donc tenir pour certain, que dans tous les cas où la redevance du vin eſt payable après les vendanges, elle n'eſt dûe qu'en vin recueilli cette même année, à moins que le titre ne porte expreſſément, que la redevance ſera payée en vin vieux, ou que l'uſage du payement ne l'ait ainſi établi: encore il faut que cet uſage ſoit conſtant & invéteré, *qui excedat memoriam hominum.*

DU DROIT DE TIRER DU CHARBON.

QUESTION QUARANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le mari, pendant le mariage, & le pere héritier fiduciaire de ſa femme, peut tirer du charbon.*
2. *Jugement de l'auteur en faveur du pere.*
3. *Raiſons & autorités pour établir que les pierres renaiſſent en France.*
4. *Raiſons & autorités, pour prouver le contraire.*
5. *Scavoir ſi les pierres que l'on tire des carrieres ſont* in fructu.
6. *Il faut diſtinguer entre la carriere ouverte avant le mariage ou après.*
7. *Dans le ſecond cas, il faut diſtinguer ſi le mari a de quoi entretenir ſa famille ſans ſecours.*
8. *Régulierement les pierres ne ſont pas* in fructu.
9. *Exception, quand le tirage de la*

BIU Cujas

pierre rend le fond plus précieux.

10. *Belle dissertation sur la fouille de la terre.*

11. *Le seigneur ne peut pas empêcher le censitaire de tirer de la terre grasse dans le fond, sujet au cens.*

12. *Les carrieres proche de Paris, sunt in fructu.*

13. *La veuve a droit de jouir du profit des ardoisiers.*

QUESTION XLV.

De l'usage & tirage du charbon, & s'il peut être compté entre les fruits, & appartenir à l'usufructuaire.

Encore que la ville de Saint Estienne de Furan, assez recommandable pour le commerce & pour les diverses fabriques qu'elle communique aux provinces étrangeres, ait tout autour grande quantité de minieres & carrieres à tirer charbon, si n'avons-nous pas souvenance que depuis environ trente ans que nous avons suivi le barreau, (1) la question que nous proposons se soit présentée. Non, nous ne croyons pas que quelqu'un ait disputé l'usufruit de semblable droit, si ce n'est depuis peu de tems que ce point a été mis en controverse, entre le pere & le fils.

Le pere ayant remis au fils les biens maternels, & s'étant réservé par convention particuliere & de main privée, la faculté de tirer du charbon de pierre en la pierriere qui dépendoit desdits biens, sa vie durant, le fils ne se contente pas de débattre cette réserve comme contre-lettre; mais encore auroit soutenu que le pere étoit comptable du charbon qu'il avoit tiré pendant la vie de la mere, & après elle, jusques au mariage du fils, & relâche à lui fait des biens maternels.

Il se fondoit sur un même point; sçavoir, que semblable droit n'est pas fruit ni revenu, mais plûtôt qu'il fait partie de l'héritage, à cause même qu'il le rend de moindre valeur, & en peut causer la ruine. C'est delà qu'il inféroit que la contre-lettre n'étoit pas valable, quoiqu'elle pût être tolérable pour les fruits. C'est aussi delà qu'il tiroit cette conséquence, que ce tirage ne pouvant appartenir au mari dans le fonds dotal, ni au pere, quoiqu'il ait l'usufruit des biens de ses enfans, l'un & l'autre en étoit comptable.

Ce différend & quelques autres ayant été remis au jugement d'arbitres, desquels nous étions l'un, nous voulons avouer que nous fûmes aucunement embarrasse sur cette question, à cause que les textes de notre droit qui en parlent, sont presque aussi divers que ceux qui les interprêtent. Mais enfin, passant de la thèse à l'hypothèse, c'est par les circonstances du fait, plûtôt que par les regles générales que nous vuidâmes le différent. Deux ou trois 2
considérations particulieres nous obligerent donc de décharger le pere du compte que le fils lui demandoit du charbon qu'il avoit tiré longues années, tant comme mari, que comme pere, ou héritier fiduciaire de la mere.

En premier lieu, le mari n'ayant pas fait l'ouverture de la pierriere, n'ayant que continué le tirage que les prédécesseurs de sa femme avoient commencé, sa jouissance étoit bien plus favorable que si lui-même en eût fait la découverte, ainsi que nous ferons voir ci-après.

En second lieu, le mari ayant employé & consommé ce profit & revenu pour l'entretien de sa famille, & cela l'ayant obligé à faire plus de dépense, & d'élever ses enfans plus honorablement qu'il n'eût pas fait, nous trouvions trop rude de faire rendre ce qui s'étoit écoulé parmi les autres fruits & revenus. Pour cet effet, nous argumentions des biens adventifs ou paraphernaux, & nous disions, que le mari n'étant pas comptable desdits fruits, s'il les a employés & consommés au soutien de sa famille, sans que la femme en ait réclamé, suivant la distinction que font nos interprétes, il y avoit autant ou plus de raison pour le tirage du charbon à pierre, puisque le mari n'avoit joui d'icelui, que comme d'une chose qu'il croyoit lui appartenir.

Enfin, nous considérions que le pere n'avoit pas seulement remis à son fils les biens maternels, mais encore lui avoit donné la moitié des siens propres, s'étant réservé l'autre moitié pour légitimer ses autres enfans; nous inférions delà qu'il n'étoit pas raisonnable que cette moitié fût emportée par la restitution des fruits & revenus de la pierriere, au préjudice des autres enfans, & jugions avec apparence, que le pere n'eût pas donné la moitié de ses biens, s'il eût cru être comptable d'une somme si haute que celle qui étoit prétendue par la jouissance de longues années.

Mais encore que nous ayons jugé la question par les rencontres de la cause, & plûtôt par les considérations susdites, que par les regles de notre droit, elle mérite pourtant que nous l'examinions particulierement, puisqu'elle n'est pas commune, & que peu d'auteurs en parlent. Outre qu'elle se peut présenter assez souvent en cette province, à cause dudit Saint-Estienne, où l'on peut voir une bonne ville dans un bourg, & la pierre servir pour le chauffage, ainsi que le bois.

Or, avant que d'entrer en notre question, il en faut 3
présupposer une autre, sçavoir si les pierres & les métaux peuvent croître & renaître après qu'on en a tiré. Si nous croyons notre jurisconsulte Ulpien, le marbre peut renaître en quelques endroits, il le dit expressément en la loi 7, § *si vir ff. solut. matrim.* Voulant décider que, *marmor non est in fructu*, il donne cette exception, *nisi tale sit ut lapis ibi renascatur, ut in Gallia & in Asia*, ce que *Javolenus* semble suivre, *in l. ult. ff. de fundo dotali*, en ces termes, *si tales sunt lapicidinæ in quibus lapis crescere possit.* Ce que pareillement plusieurs ont tenu, & non-seulement Pline, au livre 36, chapitre 15 & 18 de son histoire naturelle, mais encore tous ceux que Godefroy cite sur ledit § *si vir.* Jusques-là que quelques-uns ont cru que les pierres produisent, & qu'il y a des montagnes de sel, où le sel coupé par le fer renaît en plus grande quantité qu'auparavant.

C'est pourtant une opinion erronée & condamnée par les philosophes, que les pierres renaissent, elles n'ont point de vie, & l'ame végétative qui se trouve aux plantes & aux arbres, n'est pas dans les

(1) L'auteur dit en cet endroit qu'il avoit suivi le barreau depuis environ trente ans; il a survécu à la premiere impression de son premier tome près de quinze ans; il a fait la profession d'avocat des parties, & exercé la charge d'avocat du roi pendant quarante-cinq ans; c'est le moyen, quand on a un bon esprit & que l'on est studieux, de devenir habile.

BIU Cujas

pierres ni dans les métaux.

4 Si les pierres croiſſent & prennent quelque augmentation, ce n'eſt pas de la dilatation d'elles-mêmes, ou par une nourriture qu'elles tirent de la terre. Non, ce n'eſt que par la jonction & appoſition d'une nouvelle matiere qui ſe conglutine, qui ſe cole & ſe lie à l'autre, & prend la même nature.

Cela procede ou de la diſpoſition ou de la force du ſoleil & de l'influence des aſtres. C'eſt ainſi qu'après Ariſtote, en parlent tous les philoſophes, comme a fort bien remarqué maître Antoine Mornac, ſur la loi 9 *item ſi fundi* § 2 *ff. de uſufructu*, & ſur la loi 32 *ff. de jure dotium*. Où pourtant il ajoute qu'en Flandres, près du Rhin & de la Meuſe, les marbres & les pierres croiſſent ſi fréquemment, qu'ils ſemblent renaître. Et c'eſt auſſi de cette contrée *de Gallia Belgica*, qu'il faut entendre l'endroit d'Ulpien, que nous avons cotté, où il dit, que les marbres croiſſent en Aſie & dans les Gaules, ſuivant la remarque qu'en a fait le même Mornac, ſur la loi *in lege fundi*, *ff. de contrah. empt.*

Tant y a, que c'eſt improprement qu'Ulpien en a parlé de la ſorte: ce que *Duarenus*, grand juriſconſulte François a bien reconnu, puiſque ſur la même loi 7, § *ſi vir*, *ff. ſolut. patrim.* il dit que ce verbe, *renaſci*, ſe peut prendre quelquefois *utilitatis cauſa*, en tant que la choſe ſe ſépare & ſe met en état d'être auſſi commode, c'eſt-à-dire, qu'elle ne renaît pas, mais qu'elle ſemble renaître & que l'effet eſt égal. Et quoique Pline aſſûre avoir appris des plus experts, qu'en Italie les marbres croiſſent, & que les concavités qui ont été faites ſe rempliſſent, & renferment d'elles-mêmes; quoiqu'il diſe après les autres, *compleri ſponte illa montium viſcera*, & que Mornac ſemble ſe contrarier, en expliquant ces termes de la ſorte, *id eſt renaſci marmora in locum eorum quæ cæſa ſunt*. Il faut pourtant avouer avec le même Pline, que c'eſt une choſe miraculeuſe, & qu'on ne peut pas tirer à conſéquence, notamment pour notre France, où par expérience, nous voyons que les mines d'or & d'argent, dont elle étoit autrefois abondante, ſont finies; comme auſſi qu'aux autres minieres & pierrieres on ne peut pas ôter la matiere, & évacuer le fonds, qu'on n'en faſſe des fondrieres & des concavités inutiles, ainſi qu'on le remarque par expérience aux environs de notre Saint-Eſtienne de Furan.

Cela préſuppoſé, la diſtinction que donne Ul-
5 pien, *in dicto* § *ſi vir.* pour la réſolution de notre queſtion, ne ſemble pas recevable; car puiſque le marbre ne renaît pas, c'eſt envain qu'il dit que celui qui ne peut renaître *non eſt in fructu*, & qu'au contraire, celui qui revient fait partie des fruits & appartient au mari. Puiſque nous trouvons & expérimentons que la place demeure vuide, & qu'on n'y voit point de ſubrogation; il s'enſuit que parmi nous, ſemblable droit n'eſt pas fruit, du moins à ſuivre la regle que donne Ulpien au § ſuſdit, *ſi vir*, & encore *Javolenus*, en la loi derniere, *ff. de fundo dotali*. Car encore que le même Ulpien ſemble dire le contraire, que le marbre, quoiqu'il ne renaiſſe pas, appartient au mari, & par conſéquent, qu'il ne peut ſe faire rembourſer de ſa dépenſe; toutefois cette raiſon qu'il en donne, *quia nec in fructu marmor eſt*, y répugne en quelque façon, & nous oblige de croire avec le docte préſident *Faber*, *lib.* 1 *conject. cap.* 8, que la particule *non* a été interpoſée, & qu'il faut lire, *mariti non eſt, & impenſa eſt ei præſtanda*. Il eſt vrai que le grand juriſconſulte Cujas, au chapitre 21 du livre 15 de ſes obſervations, tâche, par l'autorité des Grecs, & le contexte des Baſiliques, de concilier autrement Ulpien avec Ulpien, en diſant que le mari prend cela comme fruit, non qu'il ſoit fruit, c'eſt qu'il en a la diſpoſition, à la charge d'en demeurer reſponſable envers la femme, & de la lui rendre. Mais comme remarque le même Faber, cette interprétation ſemble répugner au cas de la loi, qui ne parle pas du tems du mariage, & demande ſeulement à qui le marbre coupé & tiré pendant le mariage doit appartenir après le divorce.

Mais la diſtinction d'Ulpien rejettée, comment pourrions-nous concilier les textes qui ſemblent contraires, & mettre ſemblable droit entre les fruits? Que dirons-nous de la loi *item ſi fundi*, § 2, *de uſufructu*, où le juriſconſulte veut que l'uſufructuaire puiſſe jouir des pierrieres en bon pere de famille? Faudra-t-il inférer de-là que l'uſage du charbon de pierre eſt un uſufruit, & qu'il appartient au pere, auſſi-bien qu'au mari, ſans répétition? Ou ſi nous oppoſerons la loi 32, *ff. de jure dotium*, où ſans diſtinction, le juriſconſulte dit, que ſi le mari tire des pierres *ex lapicidinis fundi dotalis*, ou bien des arbres, *quæ fructus non eſſent*, les deniers qui en procedent ſont dotaux, quoique la vente ait été faite du conſentement de la femme.

Sur ce conflit, il faut récourir à quelqu'autre 6
diſtinction, & la tirer de la loi 8, *ff. ſoluto matrim.* en laquelle, *ſi fundus in dotem datus ſit in quo lapis cæditur, lapicidinarum commodum ad maritum pertinere conſtat*, par cette raiſon qu'il eſt à croire que la femme a voulu que ce fruit fût au mari, & qu'il continuât un uſage commencé; ſi ce n'eſt que la femme, en conſtituant ſa dot, ait déclaré le contraire. Il faut inférer de-là, avec monſieur Cujas, au lieu cité, qu'il faut faire diſtinction des pierrieres qui ſont ouvertes, & de celles qui ſont encore cachées lors du mariage & conſtitution de dot. Pour les premieres, c'eſt aſſez que le tirage étant commencé, la femme ſe conſtitue le fonds en l'état qu'il eſt, & n'en excepte rien, pour préſumer qu'elle a bien entendu que le mari ſe prévalût de ce droit comme des autres fruits & revenus. Quant à celles qui ne ſont pas découvertes, on ne peut pas préſumer le même, & il n'y a pas apparence de dire que la femme ait entendu concéder au mari ce qu'elle ne ſçavoit pas. Fait à ce propos la loi préalléguée, *in lege fundi*, *ff. de contrah. emptione*, en laquelle le vendeur n'eſt pas cenſé avoir parlé des pierrieres, qui n'étoient pas apparentes.

De cette diſtinction, il en faut tirer une autre, & dire, que ſi c'eſt le mari qui découvre la pierriere, il faut ſçavoir s'il a d'ailleurs de quoi porter les charges du mariage. Car s'il n'avoit pas d'autres fruits & revenus conſidérables, il ne ſeroit comptable de ce qu'il auroit employé pour l'entretien commun de lui, de ſa femme & de ſes enfans. Et même en ce cas, Godefroy remarque ſur ladite loi 8, *ff. ſoluto matrim.* que ſi la femme, en ſe conſtituant le fonds, avoit excepté la pierriere & l'uſage d'icelle, cette réſerve ſeroit inutile par argument de la loi *ff. de pactis dotalibus*.

Mais auſſi ſi le mari a d'autres biens & revenus, 7
ſoit que la pierriere étant ouverte, la femme en réſerve le droit, ſoit qu'étant encore cachée, le mari la découvre & mette en uſage; il eſt comptable du profit qu'il en tire; & c'eſt à ce cas qu'on peut appliquer, mieux qu'au § *ſi vir* de la loi *fructus ff. ſoluto matrim.* la réſolution de Cujas, ſçavoir que *lapides non ſunt in fructu*, & ne doivent pas appartenir au mari, mais pourtant *ejus fiunt interim tanquam fructus, licet non ſint fructus, & teneatur maritus actione de dote in id quod intereſt*, c'eſt-à-dire, à rendre la valeur des pierres, ou du moins, ce qu'il a retiré.

BIU Cujas

S'il en faut chercher la raiſon, elle eſt évidente, c'eſt qu'on perd la choſe en lui tirant ſes entrailles, & que par ce moyen, le fonds dotal de la femme étant ruiné, il n'eſt pas raiſonnable, qu'en le perdant, elle perde auſſi ce qu'on a tiré; bref, qu'elle n'ait ni fonds ni profit. En effet, la pierriere intérieure de l'héritage pouvant s'étendre autant que la ſurface, il arriveroit que ſous prétexte de l'uſufruit on emporteroit le fonds entier. C'eſt ce que veut dire le juriſconſulte *Javolenus, in lege fundi ff. de contrah. empt.* lorſqu'il dit, *aliter interpretantibus totus fundus lapicidinarum erit ſi forte in toto eo ſub terra eſſet lapis.* Et c'eſt par la même raiſon qu'Ulpien, *in l. arboribus ff. de uſufructu*, dit que l'uſufructuaire ſe peut ſervir des arbres que le vent a fait tomber; mais qu'il ne laiſſe pas d'en être reſponſable, *alioquin ſi totus ager ſit hunc caſum paſſus, omnes arbores auferret uſufructuarius.*

Et quant à la diſtinction qu'on fait, ſi le mari qui découvre la pierriere du fonds dotal, le rend plus précieux, ou le détériore, nous n'eſtimons pas qu'elle ſerve pour notre queſtion, mais ſeulement pour le rembourſement des frais & impenſes. Car outre que le fonds ſe trouve de plus grande valeur, comme il arrive lorſque la pierre qu'on en tire vaut plus que tout le fonds, le mari ne peut pas pour cela s'attribuer le profit qu'il en a perçu, mais ſeulement demander ce qu'il a fourni pour en faire l'ouverture & tirer la pierre. Que ſi au contraire il a plûtôt diminué la valeur du fonds qu'il ne l'a augmenté, parce que la pierre peut-être ne ſe trouve pas bonne ni de longue traite; en ce cas s'il n'eſt reſponſable de la détérioration, il eſt du moins exclus de ſes frais, & ne les peut répéter ſuivant la loi 13, § *inde quæſitum* & § *proinde venas ff. de uſufructu.*

8 Il faut donc conclure que régulierement, *marmor quod extrahitur non eſt in fructu*; que le tirage du charbon de pierre fait plûtôt part de la propriété du fonds, que de l'uſufruit d'icelui; & par conſéquent, que le mari ne le peut prendre, ſans en demeurer comptable envers ſa femme, ſi ce n'eſt au cas de loi 8, *ff. ſoluto matrim.* ſçavoir, lorſque le mari, trouve la pierriere ouverte, & ne fait que continuer un ouvrage commencé du conſentement exprès ou tacite de la femme, ou lorſqu'il n'a pas d'ailleurs de quoi porter les charges du mariage; hors cela, ce que le mari en tire augmente la dot; parce que c'eſt choſe qui tient de l'immeuble plûtôt que des fruits.

Auſſi Mornac ſur ladite loi, *item ſi fundi ff. ne uſufructu*, & ſur ladite loi 32, *ff. de jure dotium*, ayant agité ſi ſemblable droit *eſt in fructu vel non*, il aſſure avoir été jugé, *operoſa illa terræ viſcera non annumerari fructibus.* Il en rapporte un arrêt pour une miniere d'ardoiſe; & au ſujet d'un autre procès, formé pour des meules de moulin, tirées d'une pierriere, il dit que celui qui prétendoit qu'elles fuſſent fruit, ayant preſſenti le vent du barreau contraire, prévint par un accord la condamnation. C'eſt ce qui eſt en effet fondé ſur les principes du droit: car puiſque l'uſufruit *eſt jus alienis rebus utendi, fruendi, ſalvâ rerum ſubſtantiâ l. 5, ff. ſi uſufructus petatur, & inſtitution. de uſufructu*, au commencement; il n'y a pas apparence de mettre entre les fruits un droit qui ne peut pas ſe prendre ſans ruiner le fonds. Bref, puiſqu'Accurſe dit en quelque part, *fructus appellatione non contineri id quod ſemel remotum non renaſcitur*, & ce que nous avons préſuppoſé qu'en France, ni peut-être ailleurs, les pierres ne renaiſſent point, c'eſt une conſéquence que l'uſage & tirage d'une pierre n'eſt pas fruit. Vû même que Mornac tient que le mari doit reſtituer à la femme les fruits qui naiſſent rarement, & cite à ce ſujet Argentré, ſur l'article 60 de la coutume de Bretagne, & Coquille, ſur l'article 2 du titre 1 de la coutume de Nivernois, où en effet, il ſemble reſtraindre le droit d'uſufruit à la ſuperficie de la terre, & à ce qu'elle produit.

Nous ajouterons, pour conciliation plus ample de la loi derniere, *ff. de fundo dotali*, & de la loi 7, § *ſi vir ff. ſoluto matrim.* ce que *Cumanus & Joannes Robertus*, & après eux, *Nicolaus de Paſſeribus in conciliatione legum* en ont dit, puiſque cela fait à notre ſujet. Le premier dit, quen tirant du marbre ou du charbon, on peut rendre le fonds meilleur, quoique ce marbre ne renaiſſe pas, ſi le marbre empêchoit que le fonds ne pût être cultivé, & le rendoit ſtérile. Que c'eſt en ce ſens, qu'au paragraphe *ſi vir*, Ulpien, ou plûtot Papinien a dit, *fundum fructuoſiorem fieri*, & que le mari en peut faire ſien le profit; mais qu'il ne peut auſſi demander les frais. Le ſecond, *cap. 10 receptar. Lectionum*, écrivant contre Cujas, dit quelque choſe qui approche de cela, & il tient que ſi le tirage eſt un plus grand avantage que ce que l'on eût pû tirer de la culture du fonds, en ce cas, *fundus pretioſior factus eſt*, & que c'eſt par-là qu'on doit peſer l'intérêt, ou le préjudice de la femme. 9

Mais pour un tuteur, il n'y a pas ſi grande difficulté; car ſi la pierriere eſt ouverte, il en peut continuer l'uſage & le tirage, & le comprendre dans les étrouſſes ou ferme de fruits. Pourvû qu'on n'en abuſe pas, & que les fermiers en uſent avec regle & modération, le mineur ne peut s'en plaindre. S'il s'agiſſoit d'ouvrir la perriere & d'en commencer l'uſage, peut-être faudroit-il avoir l'avis des parens, & la permiſſion du juge.

Au reſte, on peut dire véritablement des pierrieres de Saint-Etienne, ce que Caſſiodore, en l'Epitre troiſieme du liv. 9, dit des minieres des métaux; ſçavoir, qu'on découvre les entrailles des montagnes; que par le bénéfice de l'art on pénétre le ſein de la terre, & qu'on recherche les bienfaits de la nature dans ſes plus ſecretes parties. Qu'à l'imitation des taupes, on marche ſous terre, & par des concavités ingénieuſes, & d'ont l'une fonde l'autre, on ſe fraye des chemins inconnus, pour faire voir au ſoleil ce qu'il n'avoit pas encore vû, quoiqu'il l'eût produit. Qu'ainſi, le travail des hommes ne laiſſe rien de caché, & que pour trouver ce qui leur eſt néceſſaire, ils ne font pas difficulté de marcher entre des abîmes. Qu'en ces endroits la tête n'eſt pas plus aſſûrée de la voûte qui eſt au-deſſus, que les pieds du fondement qui le ſoutiennent. Que c'eſt choſe merveilleuſe de voir en France des hommes tous noirs, s'enterrer vivans, ſe bannir du ſoleil, & vivre ſans air. Que pourtant, ce ſeroit peu de préférer le profit au plaiſir de la lumiere, ſi eux-mêmes ne faiſoient la voye qui les perd, & ne frayoient un chemin à leur propre ruine. Qu'ils ont beau prévoir leur retraite, puiſqu'après avoir travaillé des mains pour leurs pieds, comme l'on fait dans les grandes neiges, le retour leur demeure ſouvent interdit, & qu'un endroit s'affaiſſant, ils ſont enſevelis dans le tombeau qu'ils ſe ſont creuſé. Mais ſi nous pouvons dire cela de ceux qui travaillent aux pierrieres à charbon dudit Saint-Etienne, nous ne pouvons pas leur attribuer ce que Caſſiodore dit enſuite: Oui, ſi nous pouvions dire que par une bonne-fortune, ou par leur induſtrie, ils entraſſent pauvres & ſortiſſent riches; qu'ils puſſent, ſans larcin, ravir les richeſſes de la terre, & ſeuls des hommes, acquérir ſans trafic le prix des choſes, le riſque qu'ils courent ſeroit légitime; & pour ſe tirer des priſes de la néceſſité, ils auroient ſujet de ſe 10

jetter

BIU Cujas

jetter dans le danger. Mais il ſemble déplorable qu'ils cherchent la mort pour gagner ſimplement leur vie, & ſouffrent volontairement le ſupplice qu'on impoſoit aux coupables. Mais ſi c'eſt choſe plus digne de compaſſion que d'envie pour les ouvriers & tireurs, il faut pourtant avouer que non-ſeulement la ville de Saint-Etienne, qui ſe ſignale par ſes divers arts, mais encore que toute la province en tire un grand avantage.

11 Fait à ce propos la queſtion que maître Charles du Moulin a propoſée, ſur le titre ſecond de l'ancienne coutume de Paris, paragraphe 74, gloſe 2, *in verbo*, d'aucuns fonds de terre. Il dit donc, qu'un ſeigneur avoit une terre argileuſe, & propre à faire des tuiles & des pots de terre. La terre contigue n'étoit pas à lui, mais elle dépendoit de ſa cenſive. Le propriétaire y ayant trouvé la même propriété & diſpoſition, voulut auſſi s'en ſervir à même uſage. Le ſeigneur l'empêche, & ſoutient que cela pouvoit faire préjudice au cens qui lui étoit dû, & que l'héritage étant de moindre valeur, il ſeroit moins exigible. Sur ce doute, du Moulin réſout, qu'en tant que le droit de cens pourroit recevoir quelque préjudice, le ſeigneur y peut former empêchement; mais qu'autrement, c'eſt-à-dire, que l'héritage demeurant en valeur ſuffiſante pour le cens, le ſeigneur ne peut empêcher que le propriétaire n'y faſſe ce que bon lui ſemble. Qu'il n'importe que par ce moyen le ſeigneur doive moins tirer de ſon argile, parce que c'eſt un intérêt éloigné & extrinſeque, que les loix rejettent toujours. Il allégue à ce ſujet la loi *libertus negotiat. ff. de operis libert.* & la loi *quæro, ff. de jure Patronatûs.*

OBSERVATIONS.

Des mines de charbon, & des carrieres.

DAns cette queſtion, l'auteur en traite une particuliere à ſon pays; ſçavoir, ſi le profit provenant du charbon que l'on tire de la terre auprès de la ville de ſaint Etienne, doit appartenir au propriétaire ou à l'uſufruitier. Il dit avoir jugé en qualité d'arbitre, que ce profit appartient au mari pendant la vie de la femme, & au pere en qualité d'héritier fiduciaire de la mere; en ſorte que le fils n'étoit pas bien fondé à demander compte à ſon pere des revenus que le pere avoit tiré d'une ſemblable miniere ou pierriere pendant la vie de ſa femme, & depuis ſon décès juſqu'au jour de la reſtitution du fidéicommis par lui faite à ſon fils.

L'auteur dit avoir ainſi jugé la cauſe ſur des circonſtances particulieres qu'il explique; mais dans la théſe générale, il prouve avec beaucoup de force & d'érudition, que le charbon que l'on tire dans les mines de ſaint Etienne, n'appartient point à l'uſufruitier, parce que ce tirage détruit le fond.

Par cette raiſon, il faut dire le contraire à l'égard des carrieres où l'on tire de la pierre, 12
puiſque le tirage de la pierre ne fait préjudice au fond, que pendant le tems que l'on tire la pierre : car après l'on bouche le trou par où l'on a tiré la pierre, enſuite l'on cultive & enſémence le fond, qui produit de la même maniere qu'il faiſoit auparavant. Je ſçai cela par expérience; je vois tous les jours à Arcueil, où il y a une grande quantité de carrieres, qu'auſſi-tôt que l'on a achevé de tirer la pierre, la ſuperficie du fond produit à l'ordinaire; c'eſt de ces ſortes de carrieres dont parle le juriſconſulte Ulpien, dans la loi 9 §. 2, *de uſufruct. ſed lapidicinas habeat & lapidem cædere velit, vel creti fodinas habeat vel arenas, omnibus his uſurum Sabinus ait, quam ſententiam puto veram.*

Mornac, ſur la loi *item ſi fundi 9 ff. de uſuf.* dit que par un arrêt du 30 juin 1616, il 13
a été jugé, que la veuve qui jouit par uſufruit de tous les biens de la communauté, ſuivant l'article 283 de la coutume d'Anjou; a droit de jouir des profits des ardoiſiers. Il rapporte pluſieurs choſes curieuſes ſur cette matiere.

* Ce même arrêt eſt rapporté avec les moyens des parties par M. Auzanet, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 2 ch. 22.

M. le Brun, des ſucceſſ. liv. 2, ch. 7, ſect. 3, n. 11 & 12, eſtime, que la veuve uſufruitiere peut tirer de la pierre d'une carriere.

BIU Cujas

DES INTÉRÊTS DANS LES ORDRES.

QUESTION QUARANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il y a des ſiéges où l'on adjuge les intérêts juſqu'au jour de l'ordre.*
2. *En d'autres on ne les adjuge que juſqu'au jour de l'adjudication.*
3. *Avis de l'auteur, pour adjuger partie, pour ce qui eſt des créanciers utilement colloqués.*
4. *L'oppoſition à un décret vaut demande, & produit intérêt.*

QUESTION XLVI.

Si en faiſant l'ordre des créanciers ſur la diſtribution d'un prix, l'intérêt doit être adjugé juſqu'au jour de la ſentence, ou juſqu'au jour de l'adjudication ſeulement.

1 NOus avons vu diſputer ce point, & nous ne doutons pas que l'uſage n'en ſoit différent. En quelques endroits on a jugé les intérêts juſques au jour de l'ordre, & l'on tient que le créancier n'étant pas payé, les intérêts doivent courir juſques à ce qu'il le ſoit ou puiſſe l'être. Que le retardement ne procédant pas de la faute du créancier, il doit être imputé au débiteur; & que comme il eſt obligé de procurer le payement, ſa demeure eſt cenſée continuer juſques à ce qu'il l'ait fait. Que ce n'eſt pas aſſez que ſes biens ſoient vendus, & le prix conſigné; mais qu'il faut encore que le retardement procede de la conteſtation qui ſurvient entre les créanciers; qu'elle puiſſe venir de la part du juge, ou des artifices du receveur des conſignations, c'eſt toujours le débiteur qui en eſt la premiere cauſe; que tout cela n'eſt qu'une ſuite de ſa faute & de ſa demeure : qu'à la vérité, *in l. acceptam, C. de uſuris*, il eſt dit que par la conſignation faite avec les formes requiſes, *uſurarum curſus inhibetur, & à periculo debitor liberatur*; mais c'eſt parce qu'il ne tient qu'au créancier de retirer les deniers qu'on a conſignés; que cela ceſſant, & y ayant de l'obſtacle, il faut que l'intérêt coure.

2 Ailleurs, on n'adjuge les intérêts que juſques au jour de l'adjudication par décret des biens, & l'on tient que la conſignation que doit faire l'adjudicataire équipolle au payement; que le débiteur étant dès-lors dépouillé de ſes héritages, c'eſt autant que ſi lui-même les avoit vendus, & en avoit payé le prix; & par conſéquent, qu'il doit être cenſé libéré à la concurrence d'icelui : Qu'il n'eſt pas juſte que celui qui n'a plus ni biens ni argent, ſoit tenu aux intérêts; & que n'étant plus redevable du principal, il le ſoit de l'acceſſoire. Que cela a été préjugé par les arrêts rapportés par monſieur Loüet, & par ſon apoſtillateur, en la lett. C, nomb. 50 & 51; car ayant été jugé par iceux, que ſi les deniers conſignés ſe perdent, c'eſt ſur les créanciers, & non ſur les débiteurs, que la perte tombe, c'eſt une conſéquence qu'il demeure libéré à la concurrence d'iceux; que dès-lors de la conſignation, les créanciers ſont cenſés payés; & partant, que la dette ne ſubſiſtant plus, l'intérêt ne peut courir.

Et n'importe qu'en la loi *ſi ſolutis, ff. de ſolutionib.* le juriſconſulte ayant décidé, *pecuniam ſignatam à debitore, creditoris periculo eam fore*, il y mette cette limitation, ſi ce n'eſt qu'il n'ait pas tenu au créancier qu'il ne l'ait reçue. Car auſſi il ſuppoſe qu'il y ait eu de la faute du débiteur, & qu'il ait fait la conſignation, ou ſans un refus précédent, ou contre les formes. Au lieu qu'au cas que nous propoſons, la conſignation eſt valable, & c'eſt par ordre de juſtice, & enſuite de la vente & adjudication qu'elle a éte faite : Que ſi la diſtribution eſt différée, il ne faut pas l'imputer au débiteur; ce n'eſt pas lui qui la recule, & il ne tient pas à lui qu'on ne reçoive ce qu'il abandonne.

Nous nous rangeons de ce parti, il nous ſemble 3
plus juſte, & il s'obſerve ainſi en ce ſiége. Mais ce n'eſt qu'à l'égard des créanciers qui ſe trouvent utilement colloqués; car pour les autres, la conſignation ne pouvant tenir lieu de payement, elle ne peut pas arrêter le cours des intérêts : Ayant été jugé que les deniers conſignés tombent en perte aux premiers créanciers, & non aux autres qui ne peuvent rien recevoir, il s'enſuit que la conſignation qui ne leur peut profiter, ne leur peut pas nuire. Il y a identité de raiſon, & l'on peut argumenter du péril & de la perte, au cours des intérêts, à cauſe que c'eſt le même raiſonnement, & qu'il s'agit de ſçavoir ſi le créancier eſt cenſé payé, ou non.

OBSERVATIONS.

Si l'intérêt des ſommes dûes a un créancier oppoſant, ceſſe du jour de l'adjudication.

L'Auteur dans cette queſtion décide, que dans l'ordre des biens d'un débiteur, les intérêts ne doivent être adjugés au créanciers, que juſqu'au jour de la ſentence d'adjudication, & non pas de la ſentence d'ordre. Il dit que cela s'obſerve ainſi dans ſon ſiége: cela ſe pratique de la ſorte à Lyon, & dans tous les ſiége de la province, & je crois même dans toutes les juriſdictions du parlement de Paris.

BIU Cujas

Cette regle ſouffre une exception en faveur des créanciers inutilement colloqués.

L'auteur ajoute à cette maxime, une exception fort raiſonnable en faveur des créanciers qui ne ſont pas utilement colloqués; parce qu'à leur égard la conſignation ne pouvant pas tenir lieu de payement, elle ne peut pas arrêter le cours des intérêts, ils demeurent toujours créanciers; & par conſéquent leur dette ne change point de nature, & les intérêts leur ſont toujours dûs.

L'intervention ou oppoſition à un décret, vaut demande.

Il faut obſerver ſur cette queſtion une choſe qui a beaucoup de rapport; ſavoir, que quoique les ſommes dûes aux créanciers oppoſans ne portent pas intérêt de leur nature, & qu'ils n'en aient point formé de demande, néanmoins les intérêts courent du jour qu'ils ont formé leur oppoſition (que l'on appelle intervention dans les pais du droit écrit) au décret des biens de leur débiteur. Toute oppoſition équipole à une demande, & même elle a plus d'effet: car une ſimple demande ſans pourſuite pendant trois ans, tombe en peremption, au lieu que l'oppoſition à un décret n'eſt point ſujette à peremption, lorſqu'il y a établiſſement de commiſſaire, & des baux faits en conſéquence, ſuivant l'arrêt de réglement, du 28 mars 1692. 4

DE L'IMPUTATION DES INTÉRÊTS AU PRINCIPAL.

QUESTION QUARANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les intérêts du prêt payés volontairement, doivent être imputés au principal.*
2. *Les intérêts du prêt fait par un marchand pour employer à l'acquiſition d'une terre, imputés au principal.*
3. *Quand un frere vend ſa terre, pour ſecourir ſon frere dans le beſoin, il peut en prendre l'intérêt.*
4. *Raiſons du frere qui avoit emprunté, & qui demandoit l'imputation.*
5. *Raiſons du frere qui avoit prêté pour ſe défendre de l'imputation.*
6. *Celui qui a prêté pour acheter une terre, ne peut prendre des intérêts.*
7. Idem, *pour employer à retirer par retrait lignager.*
8. *Jugement arbitral, par lequel il a été jugé que la convention faite par celui qui avoit prêté ſes deniers pour acheter un héritage par décret, à la charge de jouir d'une portion des fruits n'eſt pas valable.*
9. *Si celui qui prête de l'argent pour acquérir, ou pour retirer un héritage, au lieu de ſtipuler l'intérêt de ſon argent, ſtipule qu'il jouira des fruits de l'héritage juſqu'à ce qu'il ſoit rembourſé; ſavoir ſi cette convention eſt valable.*

QUESTION XLVII.

De l'imputation des intérêts au principal des obligations pour prêt, & ſi c'eſt une régle infaillible.

1 L'usure étant prohibée par le droit divin & humain, nous avons toujours tenu qu'en matiere de prêt, & d'obligations qui en procédent, non-ſeulement il eſt défendu d'en prendre l'intérêt, mais encore, qu'ayant été payé, quoique ce ſoit volontairement, il doit être imputé au principal. Et quoique monſieur Loüet, en la lett. I, art. 8, ſur la fin, en cotte un arrêt contraire de la troiſieme des enquêtes, il n'eſt pas pourtant de ce ſentiment, & l'arrêt qu'il allegue de l'audience eſt d'autant plus fort, qu'il eſt conforme aux ordonnances. Auſſi, ſon commentateur aſſûre que cette imputation des intérêts, bien que volontairement payés, n'y ayant eu aucune demande, a été jugée par pluſieurs autres arrêts. Juſques-là même, qu'il en allegue un donné en la chambre de l'édit, le 25 février 1605, par lequel les intérêts payés furent imputés au ſort principal, quoique les deniers euſſent été prêtés par un marchand, & employés à l'inſtant par le débiteur en l'achat d'un héritage. C'eſt ce qui paroît un peu rude; car outre que la qualité du créancier étoit favorable, puiſqu'il eût pû faire valoir ſon argent, il ne ſembloit pas rai- 2

BIU Cujas

ſonnable que le débiteur en eût tiré du profit, & que le créancier en fût exclus; au contraire, il y avoit apparence que les fruits de l'héritage acquis des deniers du marchand, ayant été perçus par le débiteur, il fût comptable des intérêts, à proportion de la valeur deſdits fruits; autrement, c'eſt s'enrichir du bien d'autrui, ce que l'équité ne ſemble permettre. Neanmoins, comme c'eſt contre la nature du prêt, qui ne porte intérêt de ſoi, *l. rogaſti*, § *ſi tibi ff. de rebus creditis*; auſſi, la cour a mieux aimé s'attacher à la rigueur du droit, que de faire une mauvaiſe ouverture, & d'ouvrir la porte à l'uſure & aux fraudes.

Ce n'eſt pas que quand c'eſt en choſe favorable, & qu'il y a une équité manifeſte, la Cour ne ſe puiſſe diſpenſer d'une regle ſi commune. C'eſt ce qu'elle a fait voir en l'eſpece que nous allons donner par un arrêt aſſez remarquable; & que nous ne voulons pas faire ſervir d'exemple, ſi ce n'eſt en pareille rencontre, & dans les mêmes circonſtances. Deux ſeigneurs du pays de Forêts étant dans une bonne intelligence, & telle qu'elle peut être entre
3 deux freres, comme ils étoient, il arrive que l'aîné ſe voyant preſſé de ſes créanciers, & à la veille de voir vendre & adjuger par décret ſa principale terre & ſeigneurie, a recours à l'autre. Ayant donc recherché ſon aſſiſtance, & le puîné ne la pouvant refuſer, celui-ci vend une terre qu'il avoit, trente mille livres, ou plus, & auſſi-tôt prête la même ſomme à ſon frere; de plus, lui étant encore dû partie de la dot de ſa femme, il la remet à ſon frere, pour l'aider à ſortir d'entre les mains d'un rude créancier. Enſuite, & dans l'attente de pluſieurs années, il reçoit les intérêts de toute la dette, & de bonne foi en paſſe quittance, ne croyant pas qu'on lui pût, ou qu'on lui voulût diſputer les intérêts qu'il prenoit.

Mais comme il eſt vrai, au dire de Séneque, que *æs leve debitorem, grave inimicum facit*, auſſi quelque aigreur s'étant mêlée entre les freres, comme le créancier penſoit ſe faire payer, on lui oppoſe qu'il étoit payé en partie par les intérêts qu'il avoit reçus. Cela donna ſujet à une ſaiſie réelle, de laquelle le débiteur ayant appellé à la cour, & le principal évoqué, l'équité l'emporta ſur la rigueur, & la bonne foi ſur l'obſervance commune.

L'appellant ſoutenoit de ſa part, que les obligations étant cauſées pour prêt, on n'avoit non plus pû prendre l'intérêt d'icelles que le ſtipuler; que la nature du prêt y répugnoit, puiſqu'il devoit être gaatuit par la loi divine, de laquelle on ne peut ſe diſpenſer; que Jeſus-Chriſt, en S. Luc, chap. 6, ayantdit, *mutuum date nihil inde ſperantes*, c'eſt un commandement qui oblige tous les chrétiens; que tant s'en faut que la qualité de frere fût conſidérable, & dût faire changer une regle ſi juſte, qu'au coutraire, c'eſt cette proximité qui rendoit l'exaction des intérêts plus odieuſe. Car, ſi un étranger eſt obligé de prêter ſans eſpoir d'en retirer aucun profit, à plus forte raiſon un frere, *qui dicitur frater quaſi fere alter*; qu'autrement, c'eſt faire ce qu'un Allemand pourroit accorder à un François, & dreſſer plûtôt un piége à ſon frere que l'aſſiſter. Que ſaint Ambroiſe, en l'épitre 78, *ad Vigilium*, l'enſeigne quand il dit, *alioquin decipere iſtud eſt, non ſubvenire*.

4 Enfin, l'appellant diſoit que s'agiſſant d'un pur prêt, il ne falloit pas rechercher d'où les deniers avoient procédé; que c'étoit envain qu'on alléguoit la ſource & l'origine, puiſqu'ayant été prêtés, ils avoient changé de nature; que ce n'étoit plus une dot, ni le prix d'une vente, mais un pur prêtqu'on avoit dû faire gratuitement; que cela étoit décidé en la loi 18, *ff. de novationib.* en laquelle le juriſconſulte dit, *novatione legitimè factâ uſuras non currere*; mais plus expreſſément, en la loi *emptor* du même titre, en l'eſpece de laquelle le vendeur d'un héritage ayant fait une délégation du prix pour s'acquitter envers ſon créancier, & l'acquéreur s'étant chargé de payer, le juriſconſulte réſout, que *uſuras neutri poſt-inſecuti temporis debet*: Qu'en effet, le vendeur ne les peut prétendre, puiſqu'à ſon égard, la choſe a changé de nature, & qu'il ne s'agit plus du prix d'une vente, mais de la ſomme déléguée: que par la même raiſon, on peut dire que la dot a ceſſé d'être dot, que le prix a ceſſé d'être prix, par le prêt qu'on en a fait; que tant que le débiteur de la dot l'a dûe, que tant que l'acquéreur a été ſaiſi du prix, l'intérêt en a couru; mais que les deniers ayant été touchés & prêtés, comme ils n'ont plus été les mêmes, ils n'ont plus pû produire aucun intérêt.

Au contraire, l'intimé diſoit, qu'il ne vouloit pas diſputer les regles communes; mais qu'il pouvoit bien ſoutenir, qu'encore que l'intétêt fût défendu, la répétition n'en eſt pas toujours favorable; qu'ayant été payés volontairement, ce conſentement devoit bien avoir autant de force qu'une demande en juſtice. Que c'étoit plûtôt s'attacher à des pointilles & formalités ſuperflues, qu'à la raiſon; puiſque celui qui paye les intérêts, s'y laiſſeroit condamner: Qu'en droit, pluſieurs cas ſe rencontrent où la loi défend de prendre ce qu'elle n'oblige pas à rendre; qu'en effet, en la loi *frater à fratre, paragrap. primo, ff. de conditione indebiti*, le juriſconſulte dit, qu'encore qu'il n'y puiſſe point avoir d'obligation civile entre le pere & le fils, qui eſt en ſa puiſſance; néanmoins ſi le fils émancipé paye ce que le pere lui avoit prêté, *non repetiturum, quia manet naturalis obligatio*: Qu'en la loi *cum his, paragrap. mulier* du même titre, un autre juriſconſulte dit, qu'une femme ayant par erreur payé une dot qu'elle croyoit devoir, ne peut pas la répéter, *ſublatâ enim falſâ opinione, ſupereſt pietatis cauſa ex qua ſolutum repeti non poteſt*: Qu'il faut inférer de-là, que pour peu que la cauſe ſoit favorable, on ne peut pas répéter ce qu'on a payé volontairement. Qu'il n'eſt rien de plus honteux que le commerce d'une garce; & que comme c'eſt un trafic infame, les loix auſſi le condamnent; mais pourtant, que *quod meritrici datur repeti non poteſt*, ainſi qu'il eſt dit *in l. 4, ff. de condit. ob turpem cauſam*, n'y ayant pas apparence de répéter ce qu'on a donné pour quelque ſujet.

Que pour appliquer cela au mérite du procès, il ſuffiſoit à l'intimé de ſoutenir, que s'étant incommodé pour empêcher la chûte d'un frere, & arrêter le décret qu'on pourſuivoit ſur ſes biens, il n'y 5
avoit pas apparence que cela lui tournât à perte, & que pour avoir été trop libre & trop officieux, ſon frere fût ſi peu reconnoiſſant: qu'encore que les loix ne puniſſent pas l'ingratitude, parce que, comme dit Seneque, il y auroit trop de procès, *quis eſſet qui non ageret, quis cum quo non ageretur*? néanmoins quand les loix, par quelque rencontre, peuvent punir les ingratitudes, c'eſt ce qu'elles ne manquent pas de faire. C'eſt pour ce ſujet qu'un donataire étant ingrat, la loi donne au donateur une action pour rentrer dans les biens donnés en révoquant la donation. Donc, comme l'appellant témoigne en cette pourſuite une inſigne ingratitude, auſſi, bien loin que la loi doive favoriſer ſon intention, au contraire elle la doit condamner, & exclure

BIU Cujas

ledit appellant d'une répétition odieuse, & qui choque la bonne foi.

Qu'il est vrai qu'un frere doit assister son frere, mais non pour en souffrir un préjudice notable, & qui ruine sa famille. Par conséquent, que comme l'intimé n'a pas été obligé de vendre sa terre, & de retirer les deniers dotaux de sa femme, pour les employer aux dettes de l'appellant; aussi, l'ayant fait généreusement, il n'est pas juste qu'il lui en dispute les intérêts; & encore moins, que les ayant payés, il les puisse répéter, ou faire imputer; que c'est tout ce que peut faire un frere envers l'autre, que de vendre son bien propre, pour sauver le bien de son frere; mais aussi que c'est le moins que doive faire ce frere, que d'en rendre le prix & les intérêts. Que comme l'un a cessé d'avoir les fruits de son héritage, & s'en est privé, l'autre les lui doit récompenser par les intérêts du prix; qu'il en faut autant dire de la dot, & qu'il y a identité de raison.

Qu'en effet, l'appellant représente le débiteur de la dot, & l'acquéreur de la terre; & qu'à l'égard de l'intimé, c'est la même chose pour lui, que ledit appellant ait pris les deniers, que s'ils étoient demeurés au pouvoir des autres. Qu'en effet ledit appellant les représente, & il n'a pû prendre ce qu'ils devoient, sans s'obliger à payer ce qu'ils payoient. Qu'il ne faut donc pas alléguer qu'il y a eu novation, que ce n'a pas été l'intention des parties; & l'appellant a bien témoigné qu'il n'entendoit pas que la chose changeât, puisqu'il en a payé les intérêts assez long-tems: bref, qu'ayant agi en tout cela avec franchise & sincérité, sa bonne foi devoit prévaloir à tout ce qu'on avoit pû dire.

C'est ce que la cour a jugé favorablement; & elle a cru, que paroissant que le frere avoit vendu une terre pour en assister son frere, & lui conserver son bien, qu'il avoit retiré la dot d'une femme pour achever la libération d'un frere, ce prêt retenoit en quelque façon sa premiere nature, & que la même cause subsistant encore à l'égard du créancier, les intérêts qu'il avoit reçu ne pouvoient être répétés ni imputés.

OBSERVATIONS.

Si dans les cas favorables, l'intérêt payé sans demande, doit être imputé au principal.

DAns cette question, l'auteur fait mention d'un arrêt, par lequel la cour a jugé, qu'un frere ayant vendu une terre pour secourir son frere, dans un besoin pressant, les intérêts qui avoient été payés pendant plusieurs années, étoient légitimes, & ne devoient pas être imputés au principal: mais l'auteur remarque que cet arrêt ne doit pas être tiré à conséquence, parce qu'il a été rendu dans un cas particulier, pour récompenser d'une part l'amour fraternel de celui qui avoit vendu sa terre, pour secourir son frere dans le besoin, & pour punir, de l'autre, l'ingratitude & l'injustice de ce frere dénaturé, qui oubliant le service important que son frere lui avoit rendu, vouloit lui faire perdre le prix de sa terre, en l'absorbant par l'imputation au principal des intérêts qu'il lui avoit payés.

Mais hors un cas favorable comme celui-là, les deniers provenans du prix d'une terre prêtée à un tiers, ne produisent point d'intérêt; & s'ils ont été payés, ils doivent être imputés au principal.

6 Il faut dire la même chose de l'argent prêté pour employer à l'acquisition d'un héritage: quoique l'acquéreur perçoive les fruits de l'héritage, le créancier n'est pas en droit de prendre les intérêts de son argent, & s'il les a reçus, ils doivent être imputés au principal, quand même le créancier seroit marchand ou négociant, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt du 25 février 1605, rapporté par M. Brodeau, sur M. Louet, lett. I, chap. 8, dont l'auteur fait mention. Brodeau, au même endroit, nomb. 4, rapporte un autre arrêt du 16 mai 1628 qui a jugé la même chose.

7 Il faut dire la même chose de l'argent prêté pour employer à retirer une terre par retrait lignager, l'intérêt n'en est dû, que depuis le jour de la demande en justice, quoique le retrayant jouisse des fruits; ainsi qu'il a été jugé en l'audience de la grand'chambre de relevée, par un arrêt du 16 mai 1628, rapporté dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 19. Faber, dans son code, liv. 4, tit. 34, défin. 12, établit cela comme une maxime certaine, *solam enim de pretio actionem lex illi dat, non de pretii usuris.*

8 Suivant cette jurisprudence, il a été décidé dans un arbitrage où j'étois avec M Tuffier & M. Verronneau, anciens avocats d'un mérite consommé, qu'une convention faite par un officier de justice, qui avoit prêté de l'argent à son voisin, pour consigner le prix d'un héritage adjugé par décret dans le siége de cet officier, à la charge par l'adjudicataire de payer par chacun an à ce créancier, une certaine quantité de grains provenans de l'héritage adjugé, jusqu'au jour du remboursement de la somme prêtée, n'étoit pas légitime, & que le prix des grains qui avoient été fournis pendant plusieurs années, devoient être imputés sur le principal de la somme prêtée, qui par cette imputation, se trouvoit entiérement absorbé.

Il faut excepter de cette regle les marchands de la ville de Lyon, de qui l'on peut stipuler les intérêts des sommes qu'on leur prête, comme il sera dit dans la question 110 ci-après.

BIU Cujas

Il en faut auſſi excepter les pays qui reſſortiſſent dans le parlemens de droit écrit, comme il ſera obſervé au même endroit.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Si celui qui prête de l'argent pour acquérir, ou pour retirer un héritage, au lieu de ſtipuler l'intérêt de ſon argent, ſtipule qu'il jouira des fruits de l'héritage, juſqu'à ce qu'il ſoit rembourſé, ſçavoir ſi cette convention eſt valable.

9 DAns le droit, il eſt permis à celui qui prête ſes deniers de prendre pour la ſureté d'iceux les héritages du débiteur en gage, & de jouir des fruits à la place des intérêts : cela s'appelle Antichreſe. Si ἀντιχρησις, *id eſt mutuus pignoris uſus pro credito facta ſit, & in fundum, aut ædes aliquis inducatur, eouſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur, cùm in uſuras fructus percipiat aut locando, aut ipſe percipiendo, habitandoque*, l. 11, §. 1. *ff. de pign. & hypot.*

Cette convention eſt valable, quoique la maiſon donnée en gage eût pû rapporter un loyer plus fort que les intérêts de la ſomme prêtée : *licet enim uberiore ſorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum fœnus eſſe contractum, ſed vilius conducta habitatio videtur. l. 14, cod. de uſur.*

Il en eſt de même des fruits d'un héritage, quoiqu'ils vaillent plus que les intérêts de l'argent, *propter incertum fructuum eventum, l. 17 eod. tit.*

Il y a des coutumes, comme Anjou, le Maine, & Touraine, où ces ſortes de conventions, que l'on appelle contrats pignoratifs, ſont en uſage, mais ils ne peuvent pas excéder l'intérêt légitime ; enſorte que ſi les fruits excedent, le créancier eſt obligé d'imputer l'excédent ſur ſon principal, ſuivant les arrêts rapportés par M. Louet, en ſon commentaire, lett. P. ch. 10.

Dans ces coutumes, celui qui prête de l'argent pour acquérir, ou pour retirer une terre, peut ſtipuler qu'il jouira des fruits de la terre juſqu'à ſon rembourſement. Cette convention eſt autoriſée par les arrêts de la cour remarqués par M. Augeard, art. 53.

Dans les pays du droit écrit du reſſort du parlement de Paris, l'on y pratique auſſi l'antichrèſe en faveur des femmes ; quand les biens de leurs maris ſont en diſcuſſion, on les leur adjuge pour en jouir juſqu'à ce qu'elles ſoient entierement payées de leurs conventions matrimoniales.

La même choſe ſe pratique auſſi à l'égard des créanciers d'un homme abſent, ou en faillite ; mais en ce cas ce n'eſt qu'une miſe de poſſeſſion, pour donner moyen aux anciens créanciers de ſe payer de leur dû, tant de capital, qu'intérêts, par la jouiſſance des fruits.

Mais la pure antichreſe, c'eſt-à-dire, la convention de jouir des fruits des héritages du débiteur, à la place des interêts de la ſomme prêtée, n'eſt pas valable, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 17 février 1674, rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de M. le Nain, très-digne magiſtrat, entre des parties de la province de Lyon. Cet arrêt eſt rapporté dans le journal du palais, partie 3, page 196.

En matiere d'imputation d'intérêts uſuraires, elle remonte au jour du contrat, même au-deſſus de trente ans, ſi le créancier eſt vivant ; mais contre ſon héritier, elle eſt bornée à trente ans, quand il n'a pas connoiſſance du vice du contrat ; c'eſt la doctrine de du Moulin, *de uſur. quæſt. 17, n. 197. Sublimito primo in ipſo fœneratore qui contra jura improbum fœnus contraxit, & ſemper fuit in mala fide, & ſic quamdiu vivit nulla uſucapio incipere poteſt : ſed bene incipere poteſt ab ejus hærede etiam univerſali, dummodo non appareat, quod ſciverit qualitatem & pretium reditus, & ſic nullitatem uſurariam.*

BIU Cujas

DES INTÉRÊTS,
S'ils peuvent excéder le principal.

QUESTION QUARANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *En droit, les intérêts ne peuvent excéder le principal.*
2. *Exception pour les intérêts dûs aux villes.*
3. *Diſtinction de l'auteur, entre les intérêts dûs en vertu d'un jugement, & ceux dûs* ex natura rei.
4. *Dans le premier cas les intérêts peuvent excéder le double.*
5. *Dans le ſecond cas, les intérêts ne peuvent excéder le double.*
6. *Exception pour le prix des héritages, & des deniers pupillaires.*
7. *Au parlement de Paris, tous les intérêts ſans diſtinction peuvent excéder le double.*
8. *S'il y avoit une exception à faire, elle devroit être en faveur de la dot & de la légitime.*
9. *Dans les parlemens de droit écrit, l'on juge que les intérêts du prêt ne peuvent excéder le double, & que les autres peuvent l'excéder.*

QUESTION XLVIII.

Si l'intérêt peut excéder le principal, & aller au-deſſus du double.

1 ENSUITE de la queſtion précédente, nous avons jugé à propos d'ajouter celle que nous propoſons. Il eſt certain que par le droit Romain l'uſure, de quelque tems qu'elle eût couru, ne pouvoit qu'égaler la dette, & que le cours des intérêts ne pouvoit que doubler le principal; c'eſt-à-dire, qu'un créancier de mille livres ne pouvoit que prétendre autant pour tous les intérêts échûs. Juſtinien l'a ainſi ordonné en la loi 27, *C. de uſuris*, au § dernier, où il dit, *curſum inſuper uſuram ultra duplum minimè procedere concedimus.* Il n'eſt pas le premier qui en a réglé le cours; un autre empereur l'avoit déja décidé en la loi 10 du même titre du code, ou plûtôt il a ſuppoſé cette regle, ayant ordonné que les intérêts payés de tems en tems, & à diverſes années, ne pourroient pas entrer en ſupputation du double, mais ſeulement lorſqu'on les paye tout à la fois, & par un ſeul payement. Cette loi ſuppoſe donc que la regle étoit déja établie; en effet, elle ſe trouve dans les digeſtes, même en la loi 26, paragraphe premier, *ff. de condict. indebiti*, où le Juriſconſulte Ulpien dit, *ſupra duplum uſuræ nec in ſtipulatum deduci nec exigi poſſunt*, ce qui eſt confirmé *in l. 4, ff. de nautico fœnore.*

Ce que nous venons de dire, que pour faire que les intérêts ne puiſſent pas excéder le principal, & icelui joint, outrepaſſer le double, il faut qu'ils ſont payés à la fois, fut depuis corrigé par le même Juſtinien, en ſa novelle 122, en laquelle il veut, *ut particulares uſurarum ſolutiones in duplum computentur.* Ce qu'il avoit confirmé en ſa novelle 138, dont il a depuis exempté par ſa novelle 160,
2 les dettes dûes aux villes, & à la choſe publique, tant pour être plus favorables, que pour être perpétuelles, & *potius annui reditus quam uſurarum præſtatio*, ce qu'on peut appliquer a nos rentes conſtituées. Voilà quel étoit l'uſage des Romains, & cette regle étoit infaillible parmi eux, que les uſures ne pouvoient excéder le principal, & qu'accumulant le tout, le double en étoit la borne. Ce qu'on peut dire avoir été emprunté des Egyptiens; au rapport de Diodore Sicilien, ainſi que l'a remarqué monſieur Cujas, au livre 5 de ſes obſervations, chapitre 38.

Voyons à préſent quel eſt notre uſage. Pour les rentes conſtituées, à ſuivre le droit Romain, les arrérages pourroient aller au-delà du double, *cùm ſint potiùs annui reditus, quàm uſurarum præſtatio*, ainſi qu'il eſt dit en la novelle 160. Mais il y a été pourvu par l'ordonnance, & elle a reglé la demande des arrérages aux cinq dernieres années en faveur des débiteurs, & pour empêcher leur ruine. Comme on eſt plus enclin à reculer qu'à payer, & que d'autre part, un créancier peut laiſſer courir la rente par un mauvais deſſein, il a été néceſſaire d'y pourvoir pour la conſervation des familles.

Quant aux obligations pour prêt, ou autres con- 3
trats, l'uſure étant abſolument prohibée, ce n'eſt pas en vertu de la ſtipulation, mais par la ſeule demeure en laquelle l'interpellation conſtitue le débiteur, que l'intérêt eſt dû. Donc, comme l'intérêt ne peut être demandé, *niſi ex mora, & ex mo-* 4
ra regulari, c'eſt-à-dire, après une demande en juſtice, ſuivie d'une condamnation; auſſi, notre uſage n'eſt pas conforme en cela au droit Romain. L'intérêt étant dû, *ex mora*, il eſt raiſonnable qu'il coure tant que cette faute & demeure continue, du moins juſques à ce que l'action ſoit preſcrite; autrement, un mauvais payeur profiteroit de ſa mauvaiſe foi, & toutefois par la regle de droit, *mora ſua cuique debet eſſe nociva.* Outre que la demande en juſtice ne ſervant de rien, s'il n'y a jugement de condamnation, il s'enſuit auſſi de-là, que l'exécution s'étendant juſqu'à trente ans, les intérêts peuvent aller au-delà du double, le prin-

BIU Cujas

cipal y compris. Autrement, si leur cours cessoit après dix-huit ou vingt ans, il faudroit restraindre à cet intervalle l'exécution des sentences, contre les regles communes. C'est une différence que Mornac a remarquée sur le titre des digestes, *de usuris*, & encore sur la loi 10 du même titre du Code. Et en effet, bien loin qu'on puisse accumuler les arrérages payés, pour éteindre le principal d'une rente, qu'au contraire, elle ne laisse pas d'être perpétuelle, & de durer jusqu'à l'infini, c'est-à-dire, tant & si long-tems qu'on ne rachete pas le principal.

Pour le regard d'une obligation, il y pourroit avoir plus de doute, à cause même que les sentences qu'on fait donner du consentement du débiteur, pour faire courir l'intérêt, ne servent que de prétexte & de couvertute aux usures. On n'a pas plûtôt prêté une somme, qu'on obtient un jugement, par lequel le débiteur est condamné à payer l'intérêt; on se contente de cela, & ce n'est qu'afin que les intérêts courent. C'est à quoi l'ordonnance de 1629 a voulu pourvoir, ayant obligé les créanciers de renouveller la condamnation de cinq ans en cinq ans; & à faute de ce, arrêté le cours des intérêts. Mais il semble que c'étoit plûtôt obliger à plus grands frais, que d'empêcher le désordre; tant y a, qu'autrefois le sieur de la Vûë ayant voulu soutenir contre le seigneur Montagnat, qu'après avoir payé autant d'intérêts que se montoit le principal, il en devoit être déclaré quitte, nonobstant qu'il y eût un jugement de condamnation, il perdit sa cause à la cour.

5 Mais s'il n'y avoit point de condamnation, & qu'il fût question d'une dette qui de sa nature fût capable de produire intérêt, & comme on dit ici, porter laine de soi-même, il n'est pas sans difficulté de savoir si elle pourroit excéder le double par le cours des intérêts, c'est-à-dire, s'il faut en cela suivre la disposition du droit Romain, ou si notre usage y déroge. Comme il n'y a point de jugement qui en perpétue le cours, & dont l'exécution se puisse demander jusques à trente ans : comme il n'y a point aussi de demeure, si ce n'est celle que nous appellons irréguliere, *quæ contrahitur solo lapsu temporis;* aussi croyons-nous que les intérêts d'une dot ayant en vingt ans égalé le principal, ils cessent alors de courir, & que c'est assez que la dette soit double : quoique le débiteur ne doive pas profiter de sa demeure, il semble pourtant qu'il soit assez puni par ce doublement; outre que le créancier se rend aucunement odieux d'attendre un si long-tems, & sa trop longue négligence mérite du moins qu'il perde les intérêts qui pourroient courir au-dela du double. En effet, nous avons vû autrefois un arrêt du parlement de Paris, donné sur l'appel d'une sentence de ce siége, rendue pour la distribution du prix d'un décret, & pour la décision du point que nous agitons, & nous pouvons assurer que cet arrêt, qui s'est égaré parmi nos papiers, étoit conforme à notre sentiment. On demandoit une dot de mille livres, & les intérêts de plus de trente ans, y ayant eu des minorités; & la cour n'adjugea en tout que dix-neuf cens quatre-vingt-quinze ou seize livres. Cet arrêt nous avoit été communiqué par feu M. Antoine Henrys, avocat, notre frere aîné.

Maître Charles du Moulin a agité ce point en son traité des usures, nombre 604, avec cette restriction qu'il tient, que comme l'acheteur doit l'intérêt du prix qu'il n'a pas payé, parce que c'est en compensation des fruits qu'il prend, aussi cet intérêt peut aller au-delà du sort principal, & excéder le double. Quant aux deniers pupillaires, le même du Moulin, au traité susdit, nomb. 599, use de distinction. Pendant le cours de la tutelle, il dit que le tuteur est comptable des intérêts de quelque tems que ce soit, & par conséquent, qu'ils peuvent excéder le double; mais la tutelle finie, il tient que les intérêts que le tuteur peut devoir ne peuvent passer cette borne; mais s'il y a condamnation, cette distinction semble inutile; car, comme l'exécution dure trente ans, le cours des intérêts peut autant durer. 6

Nous avons depuis vû que notre question a été traitée expressément & en tous ces cas par *Joannes à Sande*, en ses décisions de Frise *lib. 3, cap. 14, definit. 5*, où il approuve & autorise la réduction des intérêts à la proportion du principal, *etiam in usuris prætii non soluti, & in usuris pupillaribus*, & n'en excepte que les intérêts payés à diverses fois, & annuellement, suivant la loi 10, *C. de usuris*. Le même auteur fait encore une autre remarque, c'est en la définition onzieme du même titre. Comme il reconnoît que par la condamnation, *inducitur nova obligatio ex judicato, l. ult. C. de usuris*, & par conséquent, que l'on ne doit plus considérer *judicati originem, sed ipsam veluti judicati actionem, l. 3, § idem scribit, ff. de peculio;* il tient aussi qu'y ayant une espece de novation, quelques intérêts qui soient dûs du passé, ils peuvent encore courir jusques à égaler la dette principale, c'est-à-dire, qu'encore qu'une dot de mille liv. eût produit cinq cens livres d'intérêts avant la condamnation, l'effet d'icelle donneroit encore cours aux intérêts, jusques à mille liv. sans pouvoir pourtant excéder ce principal, ce qui semble un peu trop rude.

OBSERVATIONS.

Si les intérêts peuvent excéder le principal.

DAns cette question l'auteur montre, que dans le droit les intérêts ne peuvent en aucun cas excéder le principal : il en marque le progrès en peut de mots & avec beaucoup de netteté.

A l'égard de la jurisprudence Françoise, il distingue entre les intérêts qui sont dûs *officio Judicis*, & ceux qui viennent *ex natura rei.*

Dans le premier cas, il dit que les intérêts peuvent excéder le principal, par la raison que l'exécution du jugement qui les adjuge, dure trente ans, & par conséquent l'on ne peut pas en borner l'effet à l'espace de 18 ou 20 ans, qui est le tems requis pour faire que les intérêts égalent le principal.

A l'égard des autres, comme des intérêts de la dot ou de la légitime, il dit que quand ils égalent le principal, ils cessent de courir; parce que c'est assez que la dette soit doublée, & que le créancier doit s'imputer sa négligence. Il dit avoir vû un arrêt du parlement de

BIU Cujas

de Paris qui l'a ainſi jugé. Il en excepte pourtant avec du Moulin les intérêts du prix d'un héritage; parce qu'en ce cas les intérêts tiennent lieu des fruits de l'héritage, qui ſont perpétuels.

Dans tout le reſſort du parlement de Paris, les intérêts peuvent excéder le principal, & aller au-delà du double.

Aujourd'hui il n'y a point de différence à faire entre la qualité de la dette. Dans le reſſort du parlement de Paris, tous les intérêts ſans diſtinction, pourvu qu'ils ſoient légitimes, peuvent excéder le principal, & ſont dûs juſqu'au parfait payement. 7

Mais s'il y avoit une diſtinction à faire, elle devroit être faite en faveur des intérêts de la dot & de la légitime, qui ſont beaucoup plus favorables que les intérêts d'un ſimple prêt, adjugés par des jugemens colluſoires, avec d'autant plus de raiſon, que la dot & la légitime tenant lieu de portion héréditaire aux enfans, l'héritier qui jouit de cette portion héréditaire, ne peut pas refuſer d'en payer les intérêts, puiſqu'il jouit des fruits; & comme la jouiſſance eſt perpétuelle, l'obligation de payer les intérêts doit auſſi être perpétuelles. 8

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Uſage des parlemens de droit écrit.

DAns tous les parlemens de droit écrit, l'on ſuit la diſpoſition du droit qui ne ſouffre pas que les intérêts puiſſent excéder le ſort principal, liv. 26, § 1, *ff. de condict. indeb. & l. 27, cod. de uſur.*

Mais cette régle ſouffre pluſieurs exceptions. 1°. Les intérêts de la dot. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 197, col. 1; Graverol, ſur la Rocheflavain, liv. 5, tit. 5, arr. 8; Chorier, ſur Guy-Pape, pag. 221, ſur la fin. 2°. Les intérêts de la légitime, Deſpeiſſes & Graverol au même endroit. 3°. Les intérêts payés par la caution, Deſpeiſſes & Graverol, *eodem*: le premier diſtingue entre les intérêts payés par la caution, & ceux dûs à la caution, depuis qu'il a payé le capital; en ce cas il prétend que la caution ne doit être conſidérée que comme un ſimple créancier. 4°. Les intérêts dûs par ſentence ou arrêt; parce que le créancier ne doit pas profiter de ſa contumace: Graverol *eodem*. Il faut dire la même choſe des intérêts échus pendant une longue conteſtation; parce qu'un débiteur de mauvaiſe foi ne doit pas profiter de ſes chicannes, c'eſt une eſpéce de dol & de fraude qui ſont naturellement exceptés des régles les plus générales & les plus établies, dit M. Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 70. Cela a été ainſi jugé au parlement de Provence par un arrêt de réglement, rapporté par Boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 4, ch. 1. 5°. Les intérêts du prix d'une vente d'héritage; parce qu'ils tiennent lieu des fruits de l'héritage: Deſpeiſſes & Graverol, *eodem*.

Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 8 octobre 1597, cité par M. de la Rocheflavain, l. 6, tit. 54, art. 2. Cependant Boniface dit que l'arrêt de réglement du parlement de Provence comprend toutes ſortes de dettes & d'obligations, même le prix des ventes, ce qui ne ſemble pas juſte ni équitable.

Voici encore une biſarrerie plus grande, la loi *uſuræ 10, cod. de uſur.* excepte les intérêts payés de tems en tems, *uſuræ per tempora ſolutæ non proficiunt reo ad dupli-computationem;* mais Juſtinien par deux de ſes novelles, ſavoir, 121 & 138, a expreſſément abrogé cette diſtinction: *nos vero recipiamus, ut particulares etiam ſolutiones debita diſſolvant, ſi uſque ad duplum pertingant.* M. de la Rocheflavain, au même endroit, liv. 5, tit. 4, art. 8, dit qu'il a été jugé pluſieurs fois en conformité de ces novelles, contre la loi *uſuræ*, qui eſt abrogée. M. Maynard, liv. 2, ch. 27, rapporte un arrêt du 17 décembre 1585, qui l'a jugé en termes formels. Deſpeiſſes, dans l'endroit ci-deſſus, certifie la même choſe. Cependant Graverol au même endroit reprend Deſpeiſſes, & ſoutient que la loi *uſuræ* n'eſt point abrogée, & que l'uſage du parlement de Toulouſe y eſt conforme. M. Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 70, certifie auſſi la même choſe. Lapeyrere, liv. 7, n. 46, ſemble être de ce ſentiment, en diſant que les intérêts ne peuvent pas excéder le principal: *autre choſe eſt des intérêts payés.* L'auteur des nouvelles notes ſur la même lettre, nomb. 73, certifie que les intérêts payés *non veniunt in computatione dupli*, & ſur la lettre V, n. 106, il dit que la loi *uſuræ, cod. de uſur.* n'eſt pas obſervée dans ce parlement, c'eſt-à-dire, au parlement de Bordeaux, & que les intérêts volontairement payés au créancier en divers tems ne s'imputent pas *in computatione dupli.* Comment accorder cela? cet auteur dit que la loi *uſuræ* n'eſt pas obſervée au parlement de Bordeaux; cependant il dit que les intérêts payés en différens tems ne s'imputent pas *in computatione dupli*, qui eſt la déciſion de la loi *uſuræ*: je crois qu'il faut retrancher la négation.

BIU Cujas

DE L'INTÉRÊT DES DOTS ET DES LÉGITIMES.

QUESTION QUARANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *L'intérêt de la dot a toujours été au denier-vingt.*
2. *De même l'intérêt des légitimes.*
3. *Arrêt du 12 juillet 1647, qui juge que les intérêts de la dot ne ſont dûs qu'au denier-vingt.*
4. *A préſent tous les intérêts ſont dûs au denier-vingt, dans tout le reſſort du parlement de Paris.*
5. *Réflexions ſur l'édit du mois de décembre 1665.*
6. *Autrefois en France les intérêts étoient ſur le pied du denier-dix.*
7. *Edit du mois de décembre 1665, qui réduit toutes les conſtitutions de rente, qui ſeront faites à l'avenir, au denier-vingt.*
8. *Cet édit déclare nulles toutes les promeſſes & billets portant intérêts, ſi ce n'eſt à l'égard des marchands fréquentant les foires de Lyon.*

QUESTION XLIX.

Si l'intérêt des dots & des légitimes eſt dû à raiſon de l'ordonnance, & ſi ce n'eſt qu'au denier-vingt.

1 MONSIEUR Loüet, en la lettre T, article 10, parlant des intérêts des deniers dotaux, ſuppoſe qu'ils ne ſont dûs qu'au denier vingt. C'eſt ce que nous avons vû obſerver en pluſieurs jugemens ou ſentences d'ordre ; & cela, non-ſeulement favorablement, mais encore avec beaucoup d'équité, puiſque c'eſt pour la conſervation des familles, & pour n'accabler ceux qui doivent. C'eſt auſſi le motif qui a fait réduire l'intérêt au denier dix-huit, au lieu du denier ſeize : d'autant que les héritages ne ſont pas de ſi grand rapport, & qu'au contraire, les charges tous les jours augmentent.

Il eſt vrai qu'on peut dire que l'intérêt d'une dot étant autant & plus favorable que l'intérêt d'une obligation pour prêt, il n'eſt pas raiſonnable que celui-là ſoit moindre que celui-ci. En un mot, que l'ordonnance étant générale, & ſe référant a toutes ſortes de dettes, on ne peut faire de diſtinction, & il faut que la regle ſoit commune.

2 Quant aux légitimes, il y a plus de raiſon pour en réduire l'intérêt au denier vingt, que pour les conſtitutions dotales ; c'eſt parce qu'elles tiennent lieu de la portion contingente qu'un enfant auroit en l'hoirie de ſes pere & mere. Or comme les fruits des héritages ne répondent pas aux intérêts qu'on paye, il eſt juſte que leſdits intérêts ſoient moindres, qu'on y apporte quelque modération plus grande, puiſque c'eſt une eſpece de compenſation, & de ſubrogation. C'eſt par la même raiſon que M. Antoine Mornac, en ſes commentaires ſur le titre *de uſuris*, remarque que l'intérêt étant dû *ipſo jure*, du prix d'une vente, ſans demande ni interpellation, parce que c'eſt *uſura compenſatoria*, il n'eſt pourtant dû qu'à raiſon du denier vingt, afin qu'il y ait plus de rapport à la valeur des fruits que l'héritage peut rapporter.

C'eſt ce qui nous oblige de donner ici au public l'arrêt qui ſuit, par lequel la cour a nettement jugé que l'intérêt n'étoit dû qu'au denier vingt, tant pour la dot que pour la légitime, ce qui doit être ſuivi.

ARRÊT.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France 3
& de Naverre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut. Sçavoir faiſons que comme de la ſentence donnée par le juge de Chaſtellus le 3 janvier 1642, entre Jean de Murignieu, marchand, donataire de Pierre Murignieu le jeune, qui étoit héritier teſtamentaire de pierre Bourrin, demandeur, d'une part ; & Claude Crozier, tuteur de Simon Bourrin, fils dudit Pierre Bourrin, défendeur, d'autre ; par laquelle ledit Crozier èſdits noms auroit éte condamné payer audit de Murignieu la ſomme de quarante livres à lui adjugée par ſentence du 29 janvier 1641, enſemble la ſomme de vingt livres, à laquelle les frais funéraires de ſépulture, trentain & an révolu de Claudine Crozier, mere dudit Pierre Bourrin, auroient été liquidés, avec les intérêts deſdits termes, à raiſon de l'ordonnance, depuis l'interpellation du 20 mars 1641, juſques à l'actuel payement, en affirmant par ledit Murignieu, d'avoir fourni & dépenſé pour raiſon deſdits frais funéraires, juſques à la concurrence deſdites vingt livres, & au regard de la reconvention formée par ledit Crozier audit nom, ledit de Murignieu auroit été renvoyé abſous d'icelle, quant à préſent ; en conſéquence de ce, les défenſes faites d'exécuter le contrat de vente paſſé par ledit de Murignieu audit Crozier, à Antoine Crozier ſon frere, levées purement & ſimplement, ledit Crozier condamné ès dépens ; auroit été de la part dudit Crozier èſdits noms, appellé pardevant notre bailli de Forêts ou ſon lieutenant à Montbriſon, lequel par ſa ſentence du 14 mars 1643, auroit été mal jugé, bien appellé ; en émendant, condamné ledit

Murignieu payer audit Crozier, en ladite qualité de tuteur de Simon Bourrin les intérêts à raiſon de l'ordonnance, de la ſomme de cinq cens livres, léguée audit Bourrin par le teſtament de Pierre Bourrin ſon pere du 21 ſeptembre 1639, depuis le décès dudit Bourrin pere juſques à ce que ledit Bourrin fils ait atteint l'âge de majorité, ſur leſquels intérêts ledit Murignieu précompteroit la ſomme de quarante livres, à laquelle auroit été liquidée la nourriture par lui fournie pendant l'eſpace de ſeize mois audit Bourrin fils, d'une part; & quinze livres, à laquelle auroient été liquidés les frais funéraux, fournis par ledit de Murignieu aux obſéques de Claudine Crozier, mere dudit Bourrin fils, d'autre; comme auſſi ledit de Murignieu condamné payer audit Crozier en ladite qualité, la ſomme de cinq cens livres, une cotte, un corps rond de drap, huit aulnes de toile, moitié ricte & étoupes, trois aulnes ſardy, treize bichets de bled ſeigle, meſure de ſaint Symphorien-le-Chaſtel, & un coffre de bois de ſapin, fermant à clef, leſdits cottes, corps rond, toile, ſardy & coffre de ſapin, au dire d'experts, dont les parties conviendroient dans quinzaine, autrement en ſeroit pris d'office, & leſdits 13 bichets de ſeigle, ainſi que le bled auroit valu lors du décès dudit Bourrin pere, le tout avec les intérêts, à raiſon de l'ordonnance, ſuivant les termes de reſtitution, ſtipulée par le contrat de mariage dudit Pierre Bourrin pere, & de ladite Claudine, du 13 janvier 1637, & ledit Crozier condamné payer audit de Murignieu la ſomme de quatre-vingt livres, donnée par augment a ladite Claudine Crozier, par ledit Bourrin pere, avec les intérêts depuis ſon décés, juſques à l'actuel payement, d'une part; & la ſomme de cinq livres, d'autre, léguée à ladite Claudine Crozier par ſon mari, avec les intérêts, depuis le 13 juin 1642, juſques à l'actuel payement; ſauf audit Murignieu à ſe pourvoir contre qui, & ainſi qu'il verroit bon être, pour l'exécution du contrat de vente par lui paſſé le 11 avril 1640; & ledit de Murignieu condamné ès dépens faits pardevant le juge de Chaſtellus, & en ceux faits pardevant notre bailli: Eût été de la part dudit de Murignieu appellé à notre cour de Parlement, en laquelle, parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit, conclu & reçu, pour juger en icelle entre leſdites parties, ſi bien ou mal auroit été appellé; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance; auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant. Icelui procès vû, griefs, réponſes, forcluſion de produire de nouvel par ledit appellant; production nouvelle dudit de Murignieu, requête dudit Crozier du 13 juin dernier, employée pour contredits; ſignification de la rédiſtribution dudit procès. Tout diligemment examiné: Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende; en ce que ledit de Murignieu auroit été condamné payer audit Crozier, audit nom de tuteur de Simon Bourrin, à raiſon de l'ordonnance, les intérêts de la ſomme de quatre-vingt livres, donnée par Pierre Bourrin à Claudine Crozier par contrat de mariage du 13 janvier 1637, depuis le décès dudit Pierre Bourrin, & des autres ſommes adjugées par ladite ſentence audit Crozier, auſſi ſuivant l'ordonnance; émendant quant à ce, a condamné, & condamne ledit Marignieu payer audit Crozier audit nom, les intérêts de ladite ſomme de quatre-vingt livres, à commencer après l'an du décès dudit Pierre Bourrin, au denier vingt, & des autres ſommes à la même raiſon du denier vingt, ladite ſentence au réſidu, fortiſſant ſon plein & entier effet, ſans dépens de la cauſe d'appel, la taxe des adjugés pardevers notredite cour réſervée. Si mandons au premier huiſſier de notre cour de parlement, ou autre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, à la requête dudit Crozier audit nom, mettre le préſent arrêt à dûe & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur; de ce faire lui donnons pouvoir. Donné à Paris en notredit parlement le ſixieme jour de juillet, l'an de grace mil ſix cent quarante ſept, & de notre regne le cinquieme; par jugement & arrêt de la cour. *Signé*, DU TILLET. Et ſcellé le 12 juillet 1647.

Cet arrêt a été donné en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de monſieur Baron.

OBSERVATIONS.

Réduction des intérêts des ſommes de deniers ſur le pied du denier-vingt.

DAns cette queſtion, l'auteur établit que l'intérêt des dots & des légitimes, ne doit être payé qu'au denier-vingt.

Cette queſtion eſt préſentement inutile, depuis l'édit du mois de décembre mil ſix cent ſoixante cinq, qui a réduit les intérêts, pour quelque cauſe que ce puiſſe être, au denier-vingt. 4

Je crois devoir rapporter ici cet édit par pluſieurs raiſons. 1°. Parce qu'il devient fort rare, & qu'il eſt bon de le conſerver, étant une loi très-ſainte; mais à préſent elle eſt mal obſervée: car parmi tous les maux que cauſe la guerre, la néceſſité de violer les loix les plus juſtes & les plus ſaintes, n'eſt pas le moindre. L'argent dans ce tems-ci eſt devenu ſi rare, que l'on ne ſauroit en trouver qu'en payant des intérêts exceſſifs; il y a même des uſuriers qui exigent le quart du principal. C'eſt contre ces ſortes d'uſures que nos prédicateurs devroient exercer leur déclamation, & non pas contre les intérêts légitimes, dont l'uſage eſt abſolument néceſſaire pour l'utilité du commerce & le bien de la ſociété civile. 2°. Cet édit à la fin déclare nuls tous les billets portant intérêt, même ceux de change, ſi ce n'eſt à l'égard des marchands fréquentans les foires de la ville de Lyon: cette exception devroit être générale pour tous les marchands du royaume. Cela ſe pratique 5

BIU Cujas

ainſi dans toute l'Europe, même en Italie. 3°. Cet édit porte, ſans préjudice des conſtitutions faites auparavant; ainſi les rentes ſoit volantes ou foncieres, faites avant l'édit au denier-dix, douze, ſeize, ou dix huit, ſe payent toujours ſur le même pied. Tous les édits qui ont été faits au ſujet des réductions des rentes, ont toujours fait la même exception. L'édit du roi Charles IX, de l'an 1567 porte, *demeurans néanmoins les contrats ci-devant faits au denier-dix, en leur force & vertu.* L'édit du roi Henry IV. de l'an 1601 porte, *ſans déroger aux contrats de conſtitution de rentes faits avant la publication des préſentes.* Celui du roi Louis XIII. de l'an mil ſix cent trente-quatre, contient les mêmes termes.

M. Lepreſtre, cent. 4, chap. 12, de la nouvelle édition dit, que la réduction des rentes de grain en argent, ſe fait ſur le pied du contrat de conſtitution; il cite un arrêt du 27 avril 1611, qui l'a ainſi jugé: *autre choſe eſt*, dit-il, *des intérêts qui ne ſeroient dûs que par condamnation; car on ne les adjuge qu'au denier ſeize, bien qu'ils ſoient dûs pour cauſe antérieure à l'édit.*

6 Il dit au denier ſeize parce que de ſon tems c'étoit le taux de l'ordonnance: les rentes en France étoient anciennement au denier-dix; l'édit de 1567 les mit au denier-douze, celui de 1601 les régla au denier-ſeize, celui de 1634 les fixa au denier dix-huit, & celui-ci les réduit au denier-vingt. Quoique ces édits ſoient généraux pour toutes les provinces du Royaume, ils n'ont été exactement obſervés que dans le reſſort du parlement de Paris: il y a encore pluſieurs provinces dans le Royaume où les intérêts & les rentes ſont au denier-dix-huit.

Edit du roi, portant réduction des conſtitutions de rentes du denier-dix-huit au denier-vingt. Vérifié en parlement le 22 décembre 1665.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous préſens & à venir, ſalut. L'affection que nous avons pour nos ſujets, nous ayant fait préférer à notre gloire & à l'aggrandiſſement de nos états, la ſatisfaction de leur donner la paix, nous avons en même-tems employé nos principaux ſoins pour leur faire recueillir les fruits d'une parfaite tranquillité: Et comme le commerce, les manufactures & l'agriculture ſont les moyens les plus prompts, les plus ſûrs, & les plus légitimes pour remettre l'abondance dans notre royaume; auſſi nous n'avons rien oublié de toutes les choſes qui pourroient obliger nos ſujets de s'y appliquer; & quoique la protection que nous y donnons, & les établiſſemens de diverſes manufactures qui ont été faites par nos ordres & de nos deniers, apportent dès à-préſent un notable ſoulagement à un très-grand nombre de familles, qui trouvent leur ſubſiſtance dans leur travail, & d'autres avantages proportionnés à leurs conditions; & que d'un ſi heureux commencement nous ayons tout ſujet de nous promettre des ſuccès encore plus utiles & plus avantageux: néanmoins les gros intérêts que le change & rechange de l'argent produits, & les profits exceſſifs qu'apportent les conſtitutions de rentes, pouvant ſervir d'occaſions à l'oiſiveté, & empêcher nos ſujets de s'adonner au commerce, aux manufactures & à l'agriculture; & d'ailleurs la valeur de l'argent étant beaucoup diminuée par la quantité qui en vient des Indes, qui ſe répand dans nos états, nous avons eſtimé néceſſaire d'en diminuer pareillement le profit, pour mettre quelque ſorte de proportion entre l'argent & les choſes qui tombent dans le commerce. A quoi même nous ſommes conviés par l'exemple des rois Henry le Grand notre ayeul, & de notre très-honoré ſeigneur & pere, qui auroient ordonné par leurs édits des années 1601 & 1634, que les intérêts qui ſe payoient lors, demeureroient réduits du den. 14 au denier 16, & du den. 16 au den. 18. Nous avons à cet effet réſolu, ainſi même qu'il ſe pratique le plus ordinairement à préſent dans les contrats de conſtitution de rentes, d'y apporter de la modération, & de fixer celles qui ſe feront ci-après, à un pied convenable & proportionné au prix & quantité de l'argent qui a cours dans notre royaume: Et voulant auſſi faciliter à nos ſujets les moyens de réparer les dégâts, ruines & déſordres qu'ils ont ſoufferts dans leurs maiſons & biens pendant la durée d'une longue guerre, en apportant une juſte modération aux intérêts des ſommes qu'ils pourront être obli-
7 gés d'emprunter pour les mettre en valeur. A ces cauſes & autres conſidérations à ce nous mouvans, de l'avis de notre conſeil, & de notre certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, nous avons ſtatué & ordonné, & par ces préſentes ſignées de notre main, ſtatuons & ordonnons, voulons & nous plaît, *que les deniers qui ſeront ci-après donnés à conſtitution de rente par nos ſujets, de quelque qualité & condition qu'ils ſoient, ne puiſſent produire par an plus haut intérêt que celui du denier-vingt*, auquel nous avons réglé, réduit & modéré leſdites conſtitutions dans toutes les provinces & juriſdictions de notre royaume, terres & pays de notre obéiſſance: ce faiſant, défendons très-expreſſément

BIU Cujas

à tous notaires & tabellions, & autres, de recevoir aucuns contrats de constitutions de rentes, à plus haute raison que celle du denier-vingt, à peine de privation de leurs charges, *& d'être lesdits contrats déclarés usuraires*, & procédé extraordinairement contre ceux au profit desquels lesdites constitutions auroient été passées, & de perte du prix du principal, applicable à l'Hôpital général des lieux où lesdits contrats auront été passés; & en conséquence, faisons très-expresses inhibitions & défenses à tous juges de rendre aucuns jugemens, sentences de condamnation de plus grands intérêts sous les mêmes peines. *Déclarons en outre nulles & de nul effet & valeur les promesses qui pourroient être ci-après passées portant intérêts, même celles de change & rechange*, si ce n'est à l'égard des 8
marchands fréquentans les foires de notre ville de Lyon, pour causes de marchandises, sans fraude toutefois ni déguisement, le tout sans préjudice desdites constitutions qui se trouveront avoir été faites jusqu'au jour de la publication des présentes, lesquelles seront exécutées comme elles auroient pû être auparavant. Si donnons en mandement à nos amés & féaux conseillers les gens tenans nos cours de parlement, baillifs, sénéchaux, prevôts, leurs lieutenans & autres nos juges & officiers qu'il appartiendra, que ces présentes ils ayent à faire lire, publier & registrer, garder & observer, sans souffrir ni permettre qu'il y soit contrevenu, cessant & faisant cesser tous troubles & empêchemens qui pourroient y être donnés, nonobstant l'édit du mois de mars mil six cents trente-quatre, déclarations, réglemens, arrêts, usages des lieux & autres choses à ce contraires, ausquelles avons dérogé & dérogeons par ces présentes; car tel est notre plaisir. Et afin que ce soit chose ferme & stable à toujours, nous avons fait mettre notre scel à cesdites présentes. Donné à Paris au mois de décembre l'an de grace 1665, & de notre régne le vingt-troisiéme. *Signé*, Louis. Et plus bas, par le roi, de Guenegaud. Et à côté est écrit, visa, Seguier, pour servir aux lettres concernant la réduction des rentes au denier-vingt.

DE L'INSINUATION DES DONATIONS.

QUESTION CINQUANTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Quand il y a deux siéges dans une ville, il est libre de faire insinuer dans celui que l'on veut.*
2. *Quand les siéges des châtellenies & prévôtés sont dans une ville différente des bailliages ou sénéchaussées, l'on ne peut faire insinuer dans ces derniers.*
3. *Il seroit plus à propos que toutes les insinuations se fissent dans les bailliages & sénéchaussées.*
4. *Les nobles ne sont obligés de faire insinuer que dans les bailliages & sénéchaussées.*
5. *Quand les donateurs sont domiciliés dans les justices des seigneurs, ils ne sont pas obligés de faire insinuer aux siéges royaux inférieurs.*
6. *Arrêt du 6 août 1644, qui juge que l'insinuation faite au bailliage, n'est pas valable, quand le donateur est demeurant dans une justice royale inférieure.*
7. *Les nobles ne sont obligés d'insinuer qu'aux bailliages & sénéchaussées, cela se juge ainsi aux parlemens de Toulouse & de Bordeaux.*
8. *Les roturiers domiciliés dans les justices des seigneurs ne sont obligés que d'insinuer aux bailliages & sénéchaussées.*
9. *Arrêt qui a jugé que la publication d'une substitution faite au bailliage de Montbrison étoit valable, quoique le testateur demeurât dans l'étendue d'une châtellenie royale.*
10. *Du tems auquel doit être faite l'insinuation des donations, & la publication des substitutions.*
11. *Récit du fait, sur lequel est intervenu la déclaration ci-après.*
12. *Déclaration du 25 novembre 1690, touchant le tems des insinuations & des publications.*

BIU Cujas

QUESTION L.

De l'insinuation des donations, & si elle doit être faite au greffe royal des lieux, ou au greffe du bailliage & siége principal.

1 CETTE question n'est pas nouvelle; elle n'a été que trop agitée & débattue, & les arrêts que Chenu & les autres auteurs plus modernes ont rapportés, devroient suffire pour n'y laisser plus de doute. L'ordonnance même de Louis XIII, d'heureuse mémoire, du 17 décembre mil six cent douze, le devoit avoir levé; car en ce qu'elle porte que dans les villes ou il y a siége supérieur de bailliage, & siége inférieur de châtellenie, l'on peut faire insinuer en l'un ou en l'autre siége; c'est une conséquence, que n'étant pas dans une même ville, l'insinuation n'est pas indifférente, & qu'il faut de nécessité la faire au greffe des lieux, & non pas au greffe du siége supérieur. C'est ce que l'arrêt de vérification de la même ordonnance explique plus clairement, la cour ayant ordonné que toutes insinuations qui ont été ou seront faites à l'un ou à l'autre greffe du bailliage ou sénéchaussée, & prévôté ou châtellenie royales aux villes où il y a l'une & l'autre juriſdiction, seront valables, sans que pour n'avoir l'insinuation été faite à l'un des greffes, celle faite à l'autre puisse
2 être débattue de nullité; & qu'aux villes & lieux où il n'y a que prévôté ou châtellenie, ou autre justice royale ordinaire, seront les insinuations faites aux greffes d'icelles, sans qu'elles se puissent valablement faire aux greffes des bailliages & sénéchaussées où ressortissent les appellations desdites prévôtés & châtellenies.

Après cet arrêt du 26 juillet 1613, il n'y avoit plus à douter; mais comme par la négligence des officiers, les édits & réglemens nouveaux ne sont pas toujours publiés & rendus notoires, il arrive bien souvent que les vielles erreurs sont suivies, & que le cours en augmente plûtôt qu'on ne s'en corrige. C'est ce qui s'est pratiqué pour les insinuations, même en ce pays de Forêts. Car comme on avoit accoutumé d'insinuer plûtôt au greffe des bailliages que des châtellenies, on n'a pas laissé de le continuer, & c'est encore un abus qu'on ne peut déraciner. D'un côté, les greffiers du bailliage n'ont garde de rejetter la pratique, & il leurimporte peu que l'acte soit valable ou non, pourvu qu'il en revienne quelque profit. D'autre part, les villageois & les praticiens de la campagne ignorent tout cela, & même ils croyent que comme le siége supérieur est plus éclatant & spécieux, l'insinuation qu'on y fait est aussi plus solemnelle. En
3 effet, si les ordonnances qui ont établi cette précaution n'étoient contraires, & qu'il fût question de faire un nouveau réglement, il seroit peut-être à souhaiter que toutes les insinuations se fissent aux juges supérieurs. Il n'y auroit pas tant de fausſetés & d'antidates, & les donations pourroient être plus notoires.

Mais puisque l'intention des ordonnances est contraire, & que ce n'est pas à nous de les censurer, mais de les suivre avec respect, il faut s'y tenir. C'est pourquoi nous avons jugé à propos de toucher ce point, & d'assûrer le lecteur que depuis peu y ayant eu procès sur ce sujet, entre M. Guillaume Deperey, procureur au parlemement, & le sieut Huart, pharmacien de saint Germain de Laval, la cour a confirmé la sentence de messieurs des requêtes du palais, qui avoit cassé & annullé une donation, pour avoir été insinuée au greffe de ce bailliage, & non au greffe de la châtellenie. Il est néceſſaire que cela soit connu, & que chacun sçache ce qu'il faut observer. On nous a promis l'arrêt, & nous prétendons le donner au public pour servir de réglement.

Mais cependant nous jugeons à propos d'ajouter 4
ici que nous ne croyons pas que cela se doive étendre aux nobles & gentils-hommes qui ont le bailli pour premier juge. Comme il est leur juge ordinaire, suivant l'édit de Cremieu, comme c'est devant lui qu'ils sont obligés de plaider, c'est aussi en son greffe qu'ils doivent faire insinuer. Il semble qu'il y a correlation de l'un à l'autre, & qu'après avoir attribué aux baillis & sénéchaux les causes des seigneurs & gentils-hommes, ce seroit maltraiter lesdits seigneurs & gentils-hommes, que de les obliger à faire insinuer leur contrat de mariage au greffe d'un siége inférieur. Outre que comme ils ont d'ordinaire des héritages en diverses châtellenies, il leur seroit aussi-bien rude & fâcheux de faire tant d'insinuations, au lieu que l'insinuation faite au siége supérieur peut suffire pour toute la province.

La même ordonnance que nous avons cottée en dit quelque chose; mais elle ne s'explique pas assez. Tant y a que c'est l'usage pour les nobles & gentils-hommes d'insinuer au greffe du bailliage & non ailleurs, & nous ne l'avons point vû pratiquer autrement. Aussi Theveneau, sur l'ordonnance, remarque que pour les fiefs, il suffit d'insinuer au bailliage, & qu'ainsi il a été dit par l'arrêt de 1580.

Il y auroit pareillement lieu de douter où l'insi- 5
nuation se doit faire pour les roturiers, quand les héritages & le domicile sont dans la terre du seigneur, & dans une juriſdiction subalterne, qui n'est point royale. Comme ils n'ont point de rapport ni de dépendance avec les prevôtés & châtellenies, il ne semble pas aussi qu'ils y doivent faire insinuer, le domicile ni les héritages n'y étant pas assis. Ce que les ordonnances ont dit pour l'insinuation des substitutions, semble expliquer ce qu'il faut observer pour les donations. Car elles portent que l'enregistrement s'en doit faire aux greffes royaux plus prochains des lieux où les terres sont assises, & de la demeurance de ceux qui ont fait les substitutions.

On peut inférer delà que c'est une conséquence pour les donations, & qu'il est bien plus assûré d'insinuer au greffe de la châtellenie plus proche, qu'au greffe du bailliage & siége supérieur. L'usage est pourtant contraire en cette province, & nous voyons plus d'insinuations pour les justiciables des seigneurs, aux bailliages qu'aux châtellenies, & nous ne croyons pas qu'il se fasse aucune insinuation en icelles.

Voyez sur ce sujet monsieur d'Olive, au liv. 4 de ses questions notables, chap. 1 & subséquents. C'est là qu'il parle de l'origine des insinuations; & il rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, par lequel il a été de même jugé, qu'une donation étoit nulle pour n'avoir été insinuée qu'en la sénéchaussée, non au premier siége royal. Mais il remarque que cette maxime n'a lieu qu'entre roturiers, & non pour les personnes nobles, ainsi que nous avons déja dit, & il en cotte un arrêt du même parlement.

BIU Cujas

Et toutefois, Filleau, au chapitre 74 de ſes queſtions, en rapporte un contraire, donné en la coutume de Bourbonnois, auquel l'uſage de cette coutume peut avoir ſervi de motif; car autrement il ſeroit rude d'obliger les gentils-hommes d'inſinuer au greffe d'un châtelain qui n'eſt pas leur juge.

Voyez monſieur le Preſtre au ch. 44 de la premiere centurie.

Voici l'arrêt que nous promettions.

ARRÊT.

6 Comme de la ſentence donnée par nos amés & féaux conſeillers tenans les requêtes de notre palais à Paris, le 14 août 1643, entre M. Guillaume Deperey, procureur en notredite cour, demandeur aux fins de l'exploit du 18 février 1641, & défendeur, d'une part; & Me. Maurice Huart, maître chirurgien de notre ville de Saint-Germain, pays de Forêts, donataire de Jeanne Chieze, veuve de défunt Charles Huart, défendeur, & demandeur en lettres de nous obtenues le 16 janvier 1643, d'autre; par laquelle auroit été ordonné que ledit Huart, en conſéquence des donations à lui faites par ladite Chieze les 10 novembre 1628, & dernier février 1636, jouiroit des choſes contenues en icelles, & ſans s'arrêter auſdites lettres & donation de ladite Chieze, faite au profit dudit Huart le 20 mars 1638, qui auroit été caſſée comme nulle; que ledit Deperey jouiroit de tous & chacuns les biens, tant meubles qu'immeubles, délaiſſés après le décès de ladite Chieze ſa tante, fors & excepté ceux qui ſont contenus aux deux premieres donations, avec défenſes audit Huart de le troubler en la jouiſſance d'iceux; & ledit Huart condamné rendre & reſtituer audit Deperey les fruits & revenus des immeubles contenus en ladite donation de 1638, au dire d'experts & gens à ce connoiſſans, & les intérêts des ſommes mobiliaires, qui ſe ſont trouvées en ladite ſucceſſion, du jour du décès de ladite Chieze, juſques à l'actuelle reſtitution de ladite ſucceſſion, ſans dépens: Eût été par ledit Huart appellé à notredite cour de parlement; en laquelle le procès par écrit conclu, & reçu pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour le roi; joints les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant, qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auſquels ledit Deperey, intimé, pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens du produiſant. Vû ledit procès, griefs, réponſes, requête dudit Huart, employée pour moyens de nullité, & production nouvelle: Arrêt du 26 juin dernier, entre meſſire Jean Raiat, prêtre curé de l'égliſe de Notre-Dame de Saint-Germain de Laval, Charles Gazardon, Gilbert Mazieres, Pierre Chaſſin, Jacques Jaquette, Daniel Gazardon, prêtre, ſacriſtain en ladite égliſe, Jean Dallard, bourgeois de ladite ville, & ſyndic du couvent des peres Recollets de ladite ville, Guillaume Pavel, praticien, & premier conſeiller de ladite ville, & receveur de l'Hôtel-Dieu en icelle, & Catherine Corneille, femme dudit Huart, tant pour elle que pour ſes enfans, demandeurs en requête du 18 juin dernier, à fin d'être reçus parties intervenantes audit procès, d'une part; & leſdits Deperey & Huart, défendeurs, d'autre: par lequel leſdits demandeurs auroient été reçus parties intervenantes audit procès, bailleront leurs moyens d'intervention, réponſes & procédures; & acte auſdits demandeurs, de ce que pour moyens d'intervention & production, ils employent le contenu en leur requête, & ce qui a été écrit & produit. Requêtes deſdits Deperey & Huart, employées pour réponſes & productions ſur leſdites interventions: Tout joint & diligemment examiné: Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter auſdites interventions, a mis & met l'appellation au néant, ſans amende; ordonne que la ſentence dont a été appellé, ſortira ſon effet, condamne l'appellant ès dépens de la cauſe d'appel, ſans dépens deſdites interventions, la taxe des adjugés à notredite cour réſervée. Prononcé le 6 août 1644.

OBSERVATIONS.

En quel lieu ſe doit faire l'inſinuation des donations.

DAns cette queſtion, l'auteur établit que l'inſinuation des donations, doit être faite au greffe de la juriſdiction royale du domicile du donateur, & en celle où les héritages ſont ſitués. Il ajoûte que lorſque dans une même ville il y a deux juriſdictions, comme une châtellenie & un bailliage, il eſt dans la liberté des parties de faire inſinuer dans celle des deux juriſdictions que bon leur ſemble; mais que dans les lieux où il n'y a qu'une premiere juriſdiction, il eſt néceſſaire que l'inſinuation y ſoit faite, ſans qu'elle puiſſe valablement être faite au greffe du bailliage ou ſénéchauſſée, où reſſortiſſent les appellations de cette juriſdiction.

En quel lieu les nobles doivent inſinuer.

La difficulté eſt à l'égard des nobles & gentils-hommes, ſavoir s'ils ſont obligés de 7
faire inſinuer les actes qui les concernent dans les châtellenies ou prevôtés royales, ou ſeulement aux bailliages ou ſénéchauſſées. L'auteur eſt d'avis que l'inſinuation en ce cas doit être faite aux greffes des bailliages & ſénéchauſſées, parce que, ſuivant l'édit de Cremieu, les gentils-hommes ne reconnoiſſent pour toutes leurs affaires, que les baillis & ſénéchaux. M. d'Olive, liv. 4, ch. 2, dit que cela ſe pratique de la ſorte dans le reſſort du parlement de Toulouſe; de même au parlement de Bordeaux, ſuivant le rapport de M. Lapeyrere, en ſes déciſ. let. I, n. 26. Cependant M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 1, chap. 4, ſect. 3, gloſ. 5, nomb. 1205, eſt d'avis contraire.

BIU Cujas

En quel lieu les roturiers doivent insinuer, quand ils sont demeurans & que les héritages sont situés dans la juriſdiction des seigneurs.

8 La seconde difficulté est à l'égard des roturiers, lorsque leur domicile est dans une justice seigneuriale, & que les héritages compris dans la donation y sont aussi situés. En ce cas comme ils ne dépendent en rien des premiers jug esroyaux, il semble que l'insinuation doit être faite pardevant les baillifs & les sénéchaux qui sont les juges supérieurs. C'est le sentiment de l'auteur, qui estime même que toutes les insinuations devroient être faites aux greffes des bailliages & sénéchaussées, afin de rendre les donations plus notoires, & d'empêcher les fausseteés & les antidates, qui sont beaucoup plus faciles dans les petites justices. Dans les arrêtés de M. le premier président de la Moignon, au titre *des donations*, art. 56, cela est ainsi décidé.

9 A ce sujet, je me souviens d'avoir assisté à la plaidoirie d'une cause en la grand'chambre, où il s'agissoit de la publication d'une substitution faite dans une petite châtellenie royale de Forêts, où il n'y avoit point de registres, & où l'on tenoit rarement audience. Par l'arrêt il fut ordonné, qu'en pareil cas, il étoit nécessaire que la substitution fût publiée au bailliage de Montbrison. Voilà pour ce qui concerne la forme des insinuations.

En quel tems l'insinuation doit être faite.

10 A l'égard du tems, l'ordonnance de Moulins, art. 58, desire que l'insinuation soit faite dans les quatre mois du jour de la donation, à peine de nullité : car elle dit qu'autrement elles sont nulles, & de nul effet & valeur. Cependant l'ordonnance n'avoit point été suivie en ce point, & l'usage avoit établi que l'insinuation des donations, & la publication des substitutions, pouvoit être faite en tout tems : avec cette différence que quand elle est faite dans le tems de l'ordonnance, elle a un effet rétroactif, ensorte que les hypothéques & les aliénations contractées dans le tems intermédiaire, sont nulles ; au lieu que quand l'insinuation est faite après les quatre mois, ou après six mois à l'égard des substitutions, elle n'a d'effet que du jour qu'elle est faite, & les hypothéques ou les aliénations faites auparavant subsistent. Quoique cette interprétation fût autorisée par un long usage & par plusieurs arrêts ; cependant la question s'en étant présentée dans la maison de Varennes, elle souffrit beaucoup de difficulté.

11 Messire François de Nagu, marquis de Varennes, chevalier des ordres du roi, avoit institué Messire Roger de Nagu, son fils aîné, son héritier universel, à la charge d'une substitution graduelle & perpétuelle au profit de ses enfans mâles : Roger de Nagu, pendans 14 ans qu'il survécut à son pere, négligea de faire publier la substitution : après son décès, Messire Alexandre de Nagu, comte de Lyon, son frere, fut décerné tuteur à ses enfans, & fit aussi-tôt publier la substitution au bailliage de Villefranche, dans lequel est situé le marquisat de Varennes. En 1680, Bataillon, procureur au parlement, fit saisir réellement cette terre sur le sieur marquis de Varennes, à présent lieutenant-général des armées du roi, en vertu d'un exécutoire de dépens de la cour, ce qui attira l'affaire recta en la grand'chambre, où elle fut distribuée à M. Robert, conseiller-clerc. Dans l'instance, dame Gabrielle Dulieu, épouse du sieur marquis de Varennes, forma opposition pour la reprise de ses conventions matrimoniales, & en même tems s'étant fait élire tutrice de ses enfans, elle forma en cette qualité une opposition à fin de distraire la propriété de la terre de Varennes, comme substituée à leur profit. Les créanciers du sieur marquis de Varennes soutenoient que la substitution étoit nulle, pour n'avoir pas été publiée dans le tems de l'ordonnance. Je fus chargé d'écrire pour la dame marquise de Varennes ; je fis voir que la substitution étoit valable, quoiqu'elle n'eût été publiée que quatorze ans après le décès du testateur, & que les créanciers particuliers du sieur marquis de Varennes, qui étoient tous postérieurs à la publication, ne pouvoient point opposer ce défaut. Néanmoins le procès ayant été vû de petits commissaires chez M. le premier président, il y fit de grandes difficultés, à cause des termes de l'ordonnance, qui disent que les substitutions doivent être publiées & enregistrées six mois après le décès du testateur, *autrement elles seront nulles, & n'auront aucun effet.* Cela me donna lieu de faire une petite dissertation sur l'interprétation der termes de cette ordonnance, & sur l'usage ; le procès ayant été rapporté en la grand'chambre, l'affaire passa presque tout d'une voix en faveur de la substitution : néanmoins l'arrêt ne fut délivré qu'après que le roi eût déclaré son intention, & donné la déclaration qui suit.

† Vide tom. 4 page 40.

Déclaration

BIU Cujas

Déclaration du roi, concernant le tems de la publication & de l'enregistrement des substitutions, & de l'insinuation des donations.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui 12
ces présentes verront, salut. Les inconvéniens que produisoit l'exécution des articles LVII & LVIII de l'ordonnance de Moulins, concernant le tems de la publication des substitutions, & de l'insinuation des donations, ayant donné lieu à nos cours de rendre plusieurs arrêts contraires aux termes desdits articles, nous avons bien voulu faire examiner les raisons qui leur ont servi de fondement; & comme nous avons connu, par le rapport qui nous en a été fait, que la plus grande partie des substitutions & des donations ne pourroient être exécutées, si l'on n'y apportoit le tempérament que nos cours ont suivi, nous avons bien voulu assurer, par notre autorité, une jurisprudence, laquelle étant contraire à une ordonnance, ne peut être solidement établie, que par une déclaration qui y déroge. A ces causes, de l'avis de notre conseil, & de notre certaine science, pleine puissance & autorité royale, nous avons dit, déclaré, statué & ordonné, & par ces présentes signées de notre main, disons, déclarons, statuons & ordonnons, voulons, & nous plaît, que les substitutions pourront être publiées & regîstrées en tout tems; & lorsque la publication & l'enregistrement auront été faits dans les six mois, du jour auquel les substitutions auront été faites, lesdites substitutions auront leur effet du jour de leur date, tant contre les créanciers, que contre les tiers-acquéreurs des biens qui y sont compris : & si elles sont seulement publiées & enregistrées après les six mois, elles n'auront effet contre lesdits créanciers, & tiers-acquéreurs, que du jour desdites publications & enregistremens. Les donations pourront être insinuées pendant la vie des donateurs, encore qu'il y ait plus de quatre mois qu'elles ayent été faites, & sans qu'il soit besoin d'aucun consentement du donateur, ni de jugement qui l'ait ordonné; & lorsqu'elles ne seront insinuées qu'après les quatre mois, elles n'auront effet, contre les acquéreurs des biens donnés, & contre les créanciers des donateurs, que du jour qu'elles auront été insinuées. Si donnons en mandement à nos amés & féaux conseillers, les gens tenans notre cour de parlement à Paris, que les présentes ils fassent lire, publier & regîstrer, & le contenu en icelles garder & observer selon leur forme & teneur, sans y contrevenir, ni souffrir qu'il y soit contrevenu en quelque sorte & maniere que ce soit, nonobstant ce qui est porté par lesdits articles LVII & LVIII de l'ordonnance de Moulins, auxquels, pour ce regard seulement, nous avons dérogé & dérogeons par les présentes : car tel est notre plaisir. En témoin de quoi nous avons fait mettre notre scel à cesdites présentes. Donné à Versailles, le 17 jour de novembre, l'an de grace 1690, & de notre régne le quarante-huitiéme. *Signé*, LOUIS. Et sur le repli, par le roi, Phelypeaux. Et scellées du grand sceau de cire jaune. Regîstré au parlement, le 25 novembre 1690.

DE LA DOT DES FILLES DES ASSOCIÉS

En tous biens.

QUESTION CINQUANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Aujourd'hui les sociétés ne sont pas durables, parce que la bonne-foi qui en est l'ame, ne régne plus.*
2. *Si la dot des filles mariées pendant la société, doit se prendre sur la part du pere, ou sur la masse de la société.*
3. *Raisons, pour montrer que la dot se doit prendre sur la part du pere.*
4. *Raisons, pour prouver que la dot se doit prendre sur toute la société.*
5. *Avis de l'auteur, qu'il faut distinguer, si la dot a été payée ou non, pendant la société.*
6. *Dans les provinces d'Auvergne & de Bourbonnois, les associations en tous biens sont fort en usage, mais elles sont rares dans le Lyonnois.*
7. *Dans les pays de coutume, l'obligation de doter est commune au pere & à la mere.*

BIU Cujas

QUESTION LI.

Si la dot payée des deniers de la communauté, peut être répetée, ou imputée à la part du pere.

1 COmme autrefois la bonté des personnes, & la bonne foi donnoit sujet aux sociétés & communautés, aussi ne peut-on imputer la rupture & fin d'icelles, qu'à la mauvaise foi des hommes, & qu'à la malice du siécle. Si les freres, si le pere & le fils, si le mari & la femme ne peuvent compatir ensemble, il ne faut pas s'étonner si ceux qui ont un moindre lien se séparent. Tant y a que comme nous voyons peu de communautés subsister, & plusieurs se rompre, nous pouvons aussi assurer que les difficultés plus fréquentes, sur lesquelles les villageois nous consultent, naissent des partages. C'est ce qui nous oblige à traiter une question qui se présente presque toujours, lorsque des associés viennent à division de leurs biens, & que chacun recherche ses droits avec d'autant plus d'ardeur & de soin, que les divisions ne se font jamais sans aigreur.

2 Supposons donc qu'il arrive souvent qu'un des associés a plus de filles que l'autre, & que pendant la société il marie deux ou trois filles, l'autre n'en marie qu'une. On demande dans cette inégalité de charges, si la communauté venant à cesser, l'un peut répéter de l'autre, ce que celui-ci en a plus tiré, c'est-a-dire, si c'est une chose confuse dans la société, ou si l'on peut imputer à la part du pere la dot de ses filles, ou ce qui excede la dot que son associé a pris des effets communs pour marier les siennes.

Cette question est traitée par quelques-uns de nos interprétes; & entr'autres, *per Rolandum à valle, consil. 91, lib. 1; Menochium, de arbitrar. judic. casu 327; Fachinæum, lib. 8, cap. 4, controv. Dionys. Godofred. ad l. si socius, ff. pro socio.* Or comme tous ces auteurs, & les autres qu'ils citent, ne sont pas tous de même opinion, aussi faut-il avouer que ladite loi *si socius*, qui leur sert de fondement, n'en donne pas une décision qui soit bien certaine. En cette loi, le jurisconsulte ayant proposé que la fille a été mariée pendant la communauté, & qu'après la dissolution d'icelle la dot étoit demandée, *quærit an si mulier hæres patris pro socio ageret dotis quantitatem percipere debere, si forte convenisset inter socios ut de communi dos constitueretur.* Rendant donc cette raison, il semble que la loi laisse à douter si elle se fonde plûtôt sur la force de la convention, que sur les regles de la societé. Et quoique monsieur Cujas ait écrit sur la même loi, il n'a touché que les autres points qu'elle traite, & a laissé le nôtre indécis.

3 Ceux qui tiennent qu'il y a lieu de répétition ou d'imputation, se fondent sur ladite loi, *si socius*, & inférent d'elle par un argument à contraire sens, que la fille d'un des associés ne doit point être dotée des effets ou deniers communs, s'il n'a été ainsi convenu. Qu'en l'espece de la même loi, le jurisconsulte tire plûtôt cette obligation de la convention que de l'association, & il ne rend la charge commune, que parce qu'on l'avoit ainsi voulu. Que cette charge étant personnelle au pere, il ne peut pas la rejetter sur les autres; & puisque la loi, ou plûtôt la nature l'oblige seul à doter ses filles, il y doit seul satisfaire. Que la dot d'une fille qu'on marie hors la communauté, ne tombant point au bénéfice d'icelle, on ne peut pas lui en faire supporter cette dépense, suivant ce qui est dit *l. 52, § 15, ff. pro socio, ubi sumptus tantum imputantur societati, qui in eam pensi sunt.* Cela est confirmé en la loi 82 du même titre, où le grand Papinien décide nettement & indistinctement, *jure societatis per socium ære alieno socium non obligatum esse, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.* Il est de même décidé en la loi 68 du même titre, qu'encore que la société soit de tous biens; l'un des associés ne peut pourtant vendre, ni donner plus de sa part; c'est une conséquence qu'il ne peut de même doter ses filles que du sien propre, & non du commun; puisqu'en effet, la dotation est une espece de donation, & qu'il est indifférent entre les associés, que l'un d'eux donne à un étranger, ou à sa fille; qu'autrement il y auroit de l'inégalité, & il se pourroit rencontrer qu'un des associés ayant quatre ou cinq filles, & l'autre n'en ayant point, celui-ci verroit sa part retranchée. Car les filles étant dotées aux dépens de la communauté, & venant après à succéder à leur pere, elles auroient plus de la moitié. C'est parce qu'elles auroient leur dot en préciput & avantage, & ne laisseroient pas de partager le surplus également; de sorte qu'au lieu d'une moitié, elles se trouveroient avoir les trois quarts, ou les deux tiers. Il n'importe qu'elles emportent leur dot, *jure proprio*, & le surplus, *jure hæreditario*; car c'est toujours au préjudice de l'associé, & à la diminution de sa part.

4 Ceux qui sont dans un sentiment contraire disent qu'en matiere de sociétés universelles de tous biens & de tous profits, toutes les dépenses sont communes, ainsi que l'épargne. Que s'il arrive quelque succession, elle entre dans la communauté, & quoiqu'elle soit particuliere, elle devient commune à tous. C'est ainsi que le décide le jurisconsulte, *in l. 73, ff. pro socio*, en laquelle il décide, que comme il faut que tout soit *communis lucri atque impendii, ea quoque quæ in honorem alterius liberorum errogata sunt, utrinque imputanda.* Qu'il y a identité de raison pour la dot, laquelle en effet se donne *in honorem filiæ*, & pour la loger convenablement & selon sa condition. Que ce qu'un des associés souffre, *facto judicis*, que le préjudice même qu'il reçoit *alterius injuriâ*, aussi-bien que la réparation qu'il en tire, doit être commun, ainsi qu'il est décidé en la loi 52, sur la fin, *ff. pro socio*, par cette raison, que la société étant universelle, *socius in societatem universa conferre debet*; que cela est confirmé par le texte de la loi 39, *§ filius, ff. famil. erciſc.* en laquelle il est dit, que l'un des freres ayant fait quelques avances pour la chose publique, il ne peut pas en faire porter la moitié au frere associé. La raison que le jurisconsulte en donne, c'est qu'ils étoient plûtôt cohéririers qu'associés & communs en biens, c'est-à-dire, qu'entre deux il n'y avoit point de société entiere, & de toutes choses. Il limite en effet sa résolution, *si non in omnibus socii essent*: d'où il faut inférer qu'étant communs en toutes choses, chacun en doit porter sa part. Et quoique sur la loi 20 du même titre, laquelle au § 7 décide la même chose, quelques interprétes disent, que c'est *vi professionis paternæ*, à cause des ordres du pere, & parce qu'il l'avoit ainsi destiné; c'est toujours par la même raison que la société n'étoit pas universelle, & que c'étoit plûtôt une confusion des biens indivis entre les cohéritiers, qu'une communauté entre des associés. C'est aussi par-là qu'il faut expliquer la loi *si socius pro filia*; car en l'espece d'icelle la dispute n'étoit pas entre

BIU Cujas

des perſonnes qui fuſſent communes en tous biens, mais ſeulement entre des aſſociés en des biens particuliers. C'eſt pour cette cauſe que la nature de la ſociété n'y obligeant pas les perſonnes, il falloit qu'il y eût pour cela quelque convention. C'eſt la conciliation que *Fachinæus* rapporte, & que *Fabius Turretus lib. 2, conſil. 7*, confirme.

Enfin on peut dire qu'en une ſociété univerſelle, & *omnium bonorum*, on ne conſidere pas ſi l'un gagne plus que l'autte, ou s'il fait plus ou moins de dépenſe; tout cela ſe met en commun, & comme les charges ſont caſuelles, & dépendent du haſard, l'inégalité ne peut être conſidérable. Que comme la dot qu'un des aſſociés acquiert eſt communiquable, *l. 66, pro ſocio*, il faut auſſi que la dot qu'il doit payer ſoit tirée du commun, y ayant identité de raiſon entre le gain & la perte. Bref, que comme les filles doivent être entretenues aux dépens de la communauté, elles doivent auſſi être dotées ſur elle, l'argument des alimens & de la dot étant valable de droit.

Voilà ce que nous avons emprunté des auteurs cottés, & particulierement du ſieur Godefroy; & comme cette derniere opinion eſt plus commune, nous croyons auſſi, comme lui, qu'elle eſt bien plus ſoutenable, à cauſe même que parmi les villageois les filles rendant du ſervice, & épargnant les ſalaires qu'il faudroit payer à d'autres, il eſt bien raiſonnable que la communauté s'en étant prévalue, elle contribue à leur dotation.

5 Mais pour y ajouter quelque choſe du nôtre, nous voudrions y apporter cette modération, que cette déciſion ne fût ſuivie que quand la dot ſe trouve payée pendant la ſociété, & non lorſqu'elle eſt encore dûe. C'eſt parce que nous ne croyons pas qu'il y ait identité de raiſon, & qu'il nous ſemble qu'il eſt bien plus apparent de faire payer à l'un des aſſociés la dot de ſa fille, étant encore dûe, que de la répéter de lui, ayant été payée pendant la communauté, & des effets d'icelle. C'eſt parce qu'alors cette charge étoit commune, & que tout étant encore commun, tous en devoient porter leur part; mais la communauté ceſſant, ſi le partage fait, la dot ſe trouve encore dûe, il ſemble que comme il n'y a plus rien de commun, la charge n'eſt plus commune; que tout ainſi que la fille n'étant point mariée, ce ſeroit au pere à la doter, c'eſt à lui à payer ſa dot, étant dûe lors du partage, quoiqu'elle ait été promiſe avant que la ſociété fût rompue. Qu'il faut conſidérer non-ſeulement le tems de l'obligation, mais encore le tems auquel les payemens tombent, & que c'eſt aſſez qu'alors il n'y ait plus de communauté pour rendre la charge particuliere. Que tout ainſi que le mari & la femme, qui ne ſe peuvent donner entre-vifs, ſe peuvent donner à cauſe de mort, *quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir & uxor eſſe deſinunt*, ainſi que raiſonne le juriſconſulte, *in l. 10, ff. de donation. inter virum & uxor.* on peut de même dire que l'exécution de la dot tombant en un tems auquel les aſſociés ceſſeront de l'être, l'obligation doit auſſi ceſſer. Qu'en effet, elle n'a tiré ſa cauſe que de la qualité d'aſſocié, & ce n'eſt qu'une conſéquence de la communauté: d'où s'enſuit qu'étant finie, comme la cauſe ceſſe, l'effet doit auſſi ceſſer.

N'importe que les aſſociés s'y ſoient obligés; car encore que cela ſoit, la dette ne demeure pas pour cela commune, elle l'eſt à la vérité à l'égard de la fille & du mari; mais elle ne l'eſt pas a l'égard du pere, & c'eſt lui qui la doit porter. C'eſt parce que ſon compagnon ne s'y eſt obligé qu'entant qu'il étoit aſſocié, & par rapport à la ſociété qui ſubſiſtoit entr'eux. De ſorte qu'il eſt vrai de dire que c'eſt une obligation conditionnelle, & que par une condition, ſinon expreſſe, du moins tacite, l'aſſocié n'a point entendu décharger le pere d'une moitié, qu'à cauſe de la communauté & qu'en ſuppoſant ſa ſubſiſtance.

Et ne faut pas qu'on objecte que dès-lors du contrat de mariage, *dies ceſſit, ſed non venit;* car cela eſt bon pour le mari & la femme auſquels on s'oblige; mais entre les aſſociés, & pour la contribution qu'ils doivent faire, il eſt toujours vrai de dire que l'obligation n'eſt pas pure & ſimple, mais ſous cette condition tacite, ſi tant la communauté dure. Tout ainſi que le mari qui s'oblige à payer les charges des biens dotaux, n'eſt cenſé obligé qu'autant que le mariage dure, & qu'il poſſede les biens. Auſſi la loi *ſi ſocius*, que nous avons déja ſi ſouvent alléguée, ſemble approuver notre diſtinction, & faire différence, *an dos numerata eſſet, an verò tantùm promiſſa;* inférant delà, que quand même la fille ſeroit héritiere de ſon pere, elle ne ſeroit pas obligée *referre pecuniam ſocietati, quam ſemper habitura fuiſſet, etſi alius hæres extitiſſet.* Au lieu que la dot étant encore dûe, *nequaquam poteſt imputare ſocietati non ſolutam pecuniam.* C'eſt pourquoi monſieur Cujas remarque, *ex Cyrillo, ſi dos promiſſa ſit tantùm, non numerata, nihil filiam petere poſſe à ſocio ſoluto matrimonio*, parce qu'elle eſt héritiere du pere, & par conſéquent obligée de payer le tout, la ſociété ne ſubſiſtant plus. Et n'importe qu'en la loi *omne æs alienum* du même titre, le juriſconſulte ſemble condamner la diſtinction que nous venons de faire; car encore qu'il diſe, *omne æs alienum quod manente ſocietate contractum eſt, de communi ſolvendum eſſe, licèt poſtea quàm ſocietas diſtracta eſt, ſolutum ſit*: il ne s'enſuit pas que cela choque notre ſentiment. C'eſt que cette loi ne ſe doit entendre que des dettes contractées pour les affaires communes, & des deniers employés au bénéfice de tous. Comme la communauté en a été enflée & déchargée, elle en eſt toujours reſponſable en quelque tems qu'il faille payer les dettes communes. Mais on ne peut pas dire cela d'une dot qui n'a été une dette ou charge commune que pour un tems, & qui ne l'eſt plus.

OBSERVATIONS.

Si entre aſſociés, la dot des filles ſe doit prendre ſur les biens de la ſociété.

L'Auteur dans cette queſtion établit, qu'entre les perſonnes aſſociées en tous biens, ſi la fille d'un des aſſociés eſt mariée pendant la ſociété, la dot de cette fille doit être priſe ſur tous les biens de la communauté, & non pas en particulier ſur la part du pere de la fille.

L'auteur ajoute une exception à cette régle: pourvu que la dot ait été payée pendant la ſociété: car ſi après la diſſolution de la communauté elle ſe trouve encore dûe, elle ſera ſupportée par le pere ſeul.

BIU Cujas

L'auteur dit qu'il a été ſouvent conſulté ſur cette matiere par les villageois de ſa province: ſur cela, il faut obſerver que le pays de Forêts eſt d'un côté limitrophe à la province d'Auvergne, & de l'autre à celle du Bourbonnois, où ces ſortes d'aſſociations & de communautés ſont dans un fréquent uſage; mais dans la province du Lyonnois elles ſont fort rares.

6

7 Dans les pays de coutume, l'obligation de doter les enfans eſt commune au pere & à la mere, à cauſe de la communauté; ainſi quand ils ne déclarent pas quelle portion de la dot chacun entend porter, ils doivent la porter par moitié. Quant la dot a été conſtituée pendant la communauté, ſi dans la ſuite la femme renonce à la communauté; elle ne laiſſe pas d'être tenue de payer la moitié de la dot, ſuivant les arrêts rapportés par M. Julien Brodeau, ſur M. Louet, let. R, ch. 54. Cette matiere eſt bien traitée par M. Gueret, dans le journal du palais, ainſi je n'en dirai pas davantage; car mon deſſein n'eſt pas de mêler dans cet ouvrage des queſtions de coutume.

A l'égard des pays de droit écrit, la dot eſt à la charge du pere ſeul, comme il ſera dit ſur la queſtion ſuivante.

DE LA DOT CONSTITUÉE PAR LE PERE, effuſo ſermone.

QUESTION CINQUANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il eſt du devoir du pere de doter ſes enfans.*
2. *Sentiment des docteurs, qui exceptent le cas de la renonciation de la fille.*
3. *Sentiment de l'auteur, que cette exception ne doit point avoir lieu.*
4. *Il faut diſtinguer entre les pays de droit écrit, & ceux de coutume.*
5. *La loi*, ſi pater, *a plus de ſubtilité que de ſolidité.*
6. *La loi*, ſi pater, *doit être ſuivie dans les pays de droit écrit.*
7. *Premiere exception, quand la dot eſt conſtituée par le pere & la mere enſemble.*
8. *Deuxiéme exception, ſi le pere eſt pauvre.*
9. *L'exception de la pauvreté ſe doit rapporter à la dot de toutes les filles.*
10. *La loi*, ſi pater, *a lieu dans tous les pays de droit écrit.*
11. *Au parlement de Toulouſe, quand la mere a été préſente au contrat, elle ſupporte ſa part de la dot juſqu'à concurrence de la légitime.*
12. *Raiſon pourquoi, dans les pays de coutume la dot ſe paye par moitié.*
13. *Eloge de M. Conan.*
14. *Eloge de M. Montholon, garde des ſceaux.*

QUESTION LII.

Si la dot que le pere a conſtituée pour droits paternels & maternels, ſe doit payer par lui ſeul, & ſi la loi, ſi pater, C. de dotis promiſſ. *eſt ſuivie en France.*

QUOIQUE nous ne puiſſions pas donner des arrêts de toutes les queſtions que nous agitons, ou pour n'en avoir point, ou pour n'avoir pû recouvrer ceux qu'on nous avoit fait eſpérer, nous croyons pourtant que le lecteur ne laiſſera pas de nous en ſçavoir gré, & de juger que notre labeur n'eſt pas tout-à-fait inutile. C'eſt ce qui nous oblige à traiter la queſtion propoſée, à cauſe du doute que pluſieurs font, qu'il faille ſuivre la diſpoſition de la loi *ſi pater, C. de dotis promiſſ.* en laquelle Juſtinien dit, que ſi le pere conſtitue lui ſeul la dot à ſa fille, & que la fille ait des droits acquis d'ailleurs, ſoit du chef de la mere ou d'autre, le pere demeure ſeul obligé à payer ce qu'il a promis & conſtitué, encore que la conſtitution porte que c'eſt pour tous droits paternels & maternels, & autres que la fille pourroit avoir, & quoiqu'elle y ait renoncé. On demande donc ſi cela a lieu, & ſi nonobſtant la renonciation la fille peut encore demander ſes droits, au défaut de s'être mieux expliqué par le pere, & d'avoir diſtingué tant de ſon chef, que du chef de la mere.

La diſpoſition de cette loi eſt fondée ſur ce que le pere ayant ainſi parlé confuſément, *de ſuo præſumitur dotaſſe*, & auſſi ſur ce que *patris eſt officium dotare filiam*, & que les loix l'obligent à cela; c'eſt ainſi que Juſtinien raiſonne.

Outre les anciens interprétes, Bartole & les au-

BIU Cujas

tres qui ont agité ce point, *Joan. Campegius, tractatu de dote, parte 1, quæst. 16*, ſuit la déciſion de la loi, ſous quelques limitations qu'il en donne. Mais il reconnoît que *hoc eſt ſpeciale in dote*, parce qu'autrement le pere payant pour le fils, eſt préſumé payer plûtôt des biens du fils que du ſien propre, *l. filius, ff. de petit. hæredit. & l. Neſennius, ff. de neg. geſtis.* En effet, la gloſe ſur la loi premiere, *ff. ſolut. matrim.* avoue que c'eſt un paſſe-droit introduit en faveur de la dot. Entre les limitations que cet auteur fait, il donne pour exception, *niſi filia legitimè conſentiat*, par argument de la loi *profectitia*, § *finali, ff. de jure dotium*; à quoi ſemble s'accorder *Benedictus in cap. Raynutius, verbo dotem quam ei dederat*, quand il dit que ſuivant la loi *ſi pater*, la fille peut, outre ſa dot, demander ſes droits maternels, avec cette exception *niſi bonis maternis expreſſè renuntiaſſet.*

S'il falloit ſuivre cette exception, il ſeroit comme inutile de demander ſi la loi *ſi pater* eſt obſervée. Car les peres, en mariant leurs filles, leur font preſque toujours renoncer à tous droits, & il n'y a rien de plus commun en cette province. Mais s'il en faut dire notre ſentiment, nous ne croyons pas que la renonciation, tant ſoit-elle étendue, doive faire obſtacle à la diſpoſition de notre loi *ſi pater.* S'il eſt vrai que le pere ſoit obligé de doter du ſien ſa fille, & s'il eſt auſſi préſumé le faire, il s'enſuit que la conſtitution étant vague & indéfinie, elle ne ſe peut référer qu'au pere, & non aux autres droits de la fille; & par conſéquent, que ſi la fille y renonce, c'eſt ſans cauſe ni fondement. Or il eſt certain que les renonciations qui ſe font, *nullo dato vel retento*, ſont nulles, parce qu'il faut qu'il y ait quelque choſe de certain pour la fille qui renonce, & quelque incertitude pour les droits auſquels elle renonce. N'y ayant donc rien de conſtitué pour les droits auſquels on la fait renoncer, & la dot ne s'y pouvant pas référer pour avoir ſa cauſe particuliere, il faut qu'on avoue que la fille n'a pû quitter pour rien des droits acquis, & que par ce moyen ſa renonciation eſt nulle.

4 Au reſte, s'il faut examiner la diſpoſition de la loi *ſi pater*, il faut diſtinguer les pays de droit écrit, d'avec les pays coutumiers. Car ſi en pays de droit écrit, on ne peut pas ſe diſpenſer de ſuivre la loi, s'agiſſant même d'une loi impériale, & d'une des cinquante déciſions de Juſtinien, il ne s'enſuit pas que la même regle doive être ſuivie en pays coutumier. Il n'y a pas identité de raiſon, & les mêmes fondemens ne s'y rencontrent pas. Juſtinien ſe fonde ſur ce que, *paternum eſt officium dotare filiam*, & ſur ce que le pere, enſuite de cette obligation naturelle & légale, eſt plûtôt préſumé doter du ſien propre ſa fille, que de ce qu'elle a d'ailleurs. Mais cette raiſon ceſſe en pays coutumiers; parce que la communauté des biens y étant introduite, ou reçue entre le mari & la femme, la dotation des filles eſt une charge commune. Comme le pere & la mere ont leurs biens communs, comme leur condition eſt égale, il eſt raiſonnable qu'elle le ſoit auſſi pour les charges. C'eſt ce qui a été remarqué par nos praticiens, même par le ſieur Chopin, ſur la coutume d'Anjou, livre premier, titre trois, & plus récemment par maître Jean du Frêne, en ſon journal des audiences du parlement, où il cotte un arrêt du 19 mars 1625, donné en la chambre de l'édit, par lequel il fut jugé que la dot conſtituée par la mere confuſément & ſans diſtinction, ſe devoit prendre tant ſur les biens du pere, que de la mere, & par moitié. Sur quoi nous donnons avis au lecteur, que quand il lit les arrêts, il doit prendre garde bien ſouvent, s'ils ont été donnés pour les pays coutumiers, ou pour les pays de droit écrit, ſur-tout lorſqu'ils ſont contraires à la diſpoſition des loix Romaines.

Venant donc à notre uſage, il eſt ſans doute que 5
la loi *ſi pater*, a plus de ſubtilité que de ſolidité, & que pour l'obſerver, il dépend plûtôt de l'office des notaires, que de l'intention des parties. Auſſi M. Cujas, écrivant ſur le titre du code *de dotis promiſſione*, dit que c'eſt avec raiſon que la loi *ſi pater* a été abrogée par la novelle 21 de l'empereur Léon, qui veut que quand la conſtitution eſt confuſe, elle ſoit priſe également ſur les biens du pere & de la mere, s'il n'y a convention contraire. Godefroy pareillement, ſur ladite loi *ſi pater*, approuve grandement la regle & définition portée par cette novelle de Léon, comme tout ce qui approche du milieu, & fuit les extrémités, eſt toujours plus équitable.

Mais pourtant, comme les novelles de Léon ne ſont point partie du corps de notre droit, que ce ſont pieces détachées, & qu'on peut appeller extravagantes, elles ne peuvent pas auſſi ſervir de loi, & moins corriger les conſtitutions de Juſtinien. Qu'elles ſoient plus équitables ou non, il n'eſt pas néceſſaire de l'examiner, ſi ce n'eſt pour les faire valoir plûtôt pour raiſon que pour loix. C'eſt pourquoi, juſques à ce que nous ayons vû quelque arrêt formel, qui déroge pour le pays de droit écrit à la diſpoſition de la loi *ſi pater*, nous ne ferons pas difficulté de la ſuivre, à cauſe même qu'elle eſt obſervée au parlement de Toulouſe, ainſi que l'aſſûre M. d'Olive, du Meſnil, au liv. 3 de ſes queſtions notables, ch. 24, & que le docte préſident Faber, en ſon code, *lib. 5, tit. 6, definit. 7*, aſſûre le même du ſénat de Chambery.

Comme ladite loi *ſi pater* eſt une des cinquante déciſions de Juſtinien, on peut voir ce que monſieur Merille, profeſſeur de droit à Bourges, & ſous qui nous avons l'honneur d'avoir reçu les principes de la juriſprudence, en a écrit en ce docte traité qu'il a fait ſur les cinquante déciſions de Juſtinien. On peut voir encore ce qu'en dit Automne, en ſa conférence du droit Romain & François, ſur la même loi *ſi pater*, où il remarque quelques arrêts qui ſemblent divers; mais c'eſt quand le pere & la mere, tous deux vivans, font enſemble la conſtitution, & s'obligent conjointement à payer icelle, 7
au lieu qu'en ladite loi *ſi pater*, la mere étoit décédée, & le pere avoit ſeul conſtitué. Car comme cette diſtinction eſt ſpéciale, & en quelque façon contre les regles communes, on ne peut auſſi l'étendre hors de ſon eſpece.

Au reſte, la loi même porte une exception, *niſi* 8
pater penitùs inopiâ tentus eſt; car en ce cas, elle veut que la dot ſe prenne ſur les biens maternels, ou autres que la fille peut avoir. Sur quoi *Matthæus de Afflictis dec.* 178, forme une queſtion, comment ſe doit régler l'impuiſſance du pere, ſi c'eſt à l'égard de la dot ſeule de la fille qu'il a mariée, ou s'il faut entrer en conſidération des autres filles, & de ce qui lui reſte pour les doter. Il tient qu'il faut que l'inſolvabilité ſe réfere à la dot qu'il a conſtituée, que les biens du pere s'y rapportent; & en un mot, qu'il n'ait pas de quoi la payer. D'où il tire cette conſéquence, que pour être cenſé ſolvable, & obligé à payer la dot, c'eſt aſſez qu'il ait de quoi le faire, encore qu'il demeure dans l'impuiſſance pour les autres filles. C'eſt ce que nous ne pouvons pas bien digérer, & nous croyons que l'équité y répugne. Il n'eſt pas raiſonnable qu'un pere s'épuiſe pour une fille, & ne garde rien pour les autres; s'il le fait, la loi leur permet d'en reclamer, ſuivant les titres du code, *de inofficioſis donationib. & de inoffi-*

BIU Cujas

cioſ. dotibus. Outre que le pere n'eſt pas préſumé avoir entendu conſtituer le tout du ſien, quand par ce moyen il ſeroit réduit à la néceſſité, ou qu'il ne lui reſteroit pas de quoi marier ſes autres filles. En ce cas, il eſt plûtôt cenſé ſe regler par force, & ne s'obliger que *pro modo facultatum*, & à proportion des autres biens de la fille; & quand même les loix diſent que *paternum eſt officium dotare filiam*, elles n'entendent pas que ce ſoit au-delà de ce qu'il peut faire.

L'arrêt du 19 mars 1725, donné en la chambre de l'édit, & inſéré au journal des audiences du parlement n'eſt point contraire. Il a été donné pour le pays coutumier, où la donation des filles eſt une charge de la communauté; & c'eſt pourquoi, quand il eſt dit en cet endroit, que nous ne pratiquons point la loi *ſi pater*, cela ne ſe doit pas entendre pour les pays de droit écrit.

OBSERVATIONS.

Si l'obligation de doter les enfans, eſt à la charge du pere ſeul.

DAns cette queſtion, l'auteur dit que la loi *ſi pater*, au cod. *de dot. promiſſ.* eſt en uſage dans ſa province. Dans cette loi, Juſtinien décide qu'un pere qui conſtitue une dot *effuſo ſermone*, c'eſt-à-dire, ſans déclarer la part qu'il donne de ſon propre bien, & celle qu'il veut être priſe ſur les biens appartenans à ſa fille, doit être réputé avoir conſtitué la dot entiere de ſon bien : *ſancimus, ſiquidem nihil addendum exiſtimaverit, ſed ſimpliciter dotem dederit, vel promiſerit : ex ſua liberalitate hoc feciſſe intelligi, neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium, dotem pro ſua dare progenie.* La novelle 21 de Léon décide le contraire.

10 L'auteur ajoute que cette loi doit être ſuivie, quoique la fille par ſon contrat de mariage, ait renoncé à tous droits paternels & maternels, & autres qu'elle pourroit avoir : *car autrement*, dit-il, *la loi deviendroit inutile ; parce que les peres en mariant leurs filles, les font preſque toujours renoncer à tous droits, & il n'y a rien de plus commun en cette province ; mais s'il en faut dire notre ſentiment, nous ne croyons pas que la renonciation, tant ſoit-elle étendue, doive faire obſtacle à la diſpoſition de notre loi*, ſi pater.

L'auteur remarque que la diſpoſition de cette loi eſt ſuivie au parlement de Toulouſe, ſuivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 3, ch. 24, & au ſénat de Chambery, ſuivant le témoignage de M. Faber, dans ſon cod. liv. 5, tit. 6, défin. 7. Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 5, ch. 1, rapporte un arrêt du parlement de Grenoble qui l'a jugé de la ſorte. Boniface, tom. 1, liv. 6, tit. 1, rapporte auſſi un arrêt du parlement de Provence en forme de réglement, qui l'a ainſi décidé. Automne, dans ſa conférence ſur cette loi, rapporte des arrêts du parlement de Bordeaux pour & contre.

11 M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 70, convient qu'autrefois le parlement de Toulouſe jugeoit que la conſtitution faite par le pere *effuſo ſermone*, étoit toute à ſa charge; mais il dit que cette juriſprudence a changé. Il cite trois arrêts des années 1681, 1688 & 1692, par leſquels il a été jugé que la dot doit être ſupportée également par le pere & la mere, lorſque la mere a été préſente au contrat. Il ajoute que cette nouvelle juriſprudence doit recevoir un tempérament; en ſorte que la mere ne doit ſupporter de la dot ainſi conſtituée, que juſqu'à concurrence de la légitime due à ſa fille.

Je trouve ce tempérament non-ſeulement très-judicieux, mais abſolument néceſſaire : car autrement quand la dot eſt conſidérable, la moitié abſorberoit tous les biens
12 de la mere, parce que dans les provinces de droit écrit, ordinairement il n'y a point de communauté, & les biens des femmes ne ſont pas conſidérables. La raiſon pour laquelle dans les pays de coutume la dot des enfans ſe paye par moitié entre le pere & la mere, c'eſt parce que c'eſt une dette de la communauté, dans laquelle la femme a la moitié; mais cette raiſon ne pouvant pas militer dans le pays de droit écrit, il y auroit de l'injuſtice à faire ſupporter à la mere la moitié des dots des enfans : cela la ruineroit abſolument.

De tous les auteurs que j'ai lus, je n'en ai point vu qui traite mieux cette queſtion
13 que M. Conan, dans ſon commentaire ſur le droit civil, liv. 8, chap. 8, je ſuis bien aiſe d'avoir occaſion de citer cet auteur, afin de faire honneur à Meſſieurs les maîtres des requêtes, du corps duquel il étoit, & dont il a rempli la place très-dignement pendant pluſieurs années.

14 Après avoir fait honneur à Meſſieurs les maîtres des requêtes, il eſt juſte que je rende à la profeſſion d'avocat l'honneur qui lui eſt dû. M. Mornac, dans ſes notes ſur cette loi, dit que M. de Monthelon, qui fut garde des ſceaux ſous Henry III, diſoit dans ſes délibérations, c'eſt-à-dire, dans ſes conſultations, que ſuivant cette loi, c'étoit une régle certaine dans les pays de droit écrit, que toute la dot étoit à la charge du pere. Il entend parler de M. François de Monthelon, ſecond du nom, qui préféra l'emploi du barreau aux dignités, & qui de ſimple avocat fut fait garde des ſceaux. Je trouve dans

BIU Cujas

ce grand homme trois choſes dignes d'admiration. 1°. Quand on lui apporta la nouvelle que le roi l'avoit nommé garde des ſcaux, il demanda du tems pour délibérer s'il accepteroit cet honneur ſuprême. 2°. Quand le roi Henry III. fut mort, il remit les ſceaux au cardinal de Vendôme, ne voulant pas employer ſon miniſtère contre ſon roi légitime, ni ſervir ſous un roi qui n'étoit pas encore catholique; ſemblable en cela à Ciceron, qui quitta le parti de Pompée, & qui ne voulut pas embraſſer celui de Céſar. 3°. Après avoir quitté les ſceaux, il retourna au palais faire la profeſſion d'avocat. Avocats! ſouvenez-vous à jamais que le jour de ſon exaltation fut le jour de votre gloire, & n'oubliez pas que le jour de ſon retour parmi vous, fut le jour de votre triomphe.

NOUVELLE OBSERVATION.

UNE preuve certaine que dans les pays coutumiers, c'eſt à cauſe de la communauté que la femme eſt tenue de la moitié de la dot, c'eſt qu'en Normandie, où il n'y a point de communauté de biens entre les perſonnes mariées, la dot eſt à la charge du pere ſeul, quoiqu'il ait déclaré qu'il conſtituoit la dot, tant ſur les biens paternels que maternels. Si la mere eſt vivante, & qu'elle ſigne au contrat, ſans ſpécifier ce qu'elle donne de ſon chef, elle contribue à la dot à proportion de ſon bien, & juſqu'à concurrence de la légitime, que ſa fille auroit dû prétendre ſur ſes biens, ſuivant les arrêts du parlement de Rouen cités par M. Baſnage, ſur l'article 250 de la coutume de Normandie: la coutume de Bretagne, art. 405, contient la même diſpoſition.

Cependant M. Cambolas, liv. 4, ch. 29, & M. Albert, ſur le mot *dot*, art. 8, rapportent différens arrêts du parlement de Toulouſe, qui ont jugé que quand la dot a été conſtituée par le pere & la mere conjointement, elle ſe doit payer par moitié; il me ſemble que la juriſprudence du parlement de Rouen eſt plus équitable, car par ce moyen une femme qui ne ſait pas la conſéquence d'une ſemblable promeſſe, ſe trouveroit bien-tôt dépouillée de tous ſes biens.

DE LA DOT, SI LE PERE EST OBLIGÉ DE REDOTER.

QUESTION CINQUANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le pere eſt obligé de redoter ſa fille, quand la dot s'eſt perdue ſans la faute de ſa fille.*
2. *Eſpèce propoſée par l'auteur.*
3. *Raiſons de la fille.*
4. *Raiſons de l'héritier de la fille.*
5. *Raiſons particulieres de la fille dans l'hypothèſe.*
6. *Raiſons particulieres de l'héritier du pere.*
7. *Sentiment univerſel pour l'obligation de redoter.*
8. *Avis de l'auteur, que le pere n'eſt pas obligé de doter une ſeconde fois, mais ſeulement de donner des alimens à ſa fille.*
9. *Dans l'hypothèſe le pere devoit redoter, parce qu'il avoit mal payé.*
10. *Suivant les arrêts du parlement de Paris, la fille n'eſt pas recevable à rapporter l'action, elle doit rapporter les deniers effectifs.*
11. *Dans tous les parlemens de droit écrit, le pere eſt obligé de redoter.*
12. *Sur le fondement de la novelle 97, les parlemens de droit écrit ont introduit l'action* de dote malè collocata.
13. *Cette action paſſe aux enfans.*
14. *Le pere n'eſt pas obligé de redoter, quand le mari étoit ſolvable au tems du contrat de mariage.*
15. *La ſeconde fois le pere n'eſt obligé de doter que juſqu'à concurrence de la légitime.*
16. *Le frere qui a doté ſa ſœur, n'eſt pas obligé de redoter. Eloge de M. Catelan.*
17. *Opinion de l'auteur des obſervations, que le pere eſt obligé de redoter, quoique le mari fût ſolvable au tems du mariage.*
18. *La juriſprudence du parlement de Toulouſe, cenſurée.*
19. *Dans les choſes qui dépendent de la*

BIU Cujas

juſtice naturelle, les gens de bien ſont toujours du même ſentiment.

20. *La fille, pour le payement de la ſeconde dot, n'a hypothéque que du jour de l'acte de redotation.*

QUESTION LIII.

Si la dot venant à ſe perdre, ſans la faute de la fille, le pere doit de rechef la doter.

CEtte queſtion arrive ſouvent, & nous nous étonnons qu'étant aſſez fréquente, elle ne ſe trouve point traitée par les modernes. C'eſt ce qui nous oblige d'en parler; & quoique nous ne puiſſions pas en donner un arrêt, nous croyons qu'en attendant une déciſion plus certaine, le lecteur nous ſçaura gré de l'ouverture que nous en faiſons.

Nous voulons donc agiter ici ce point en une hypothèſe particuliere, qui s'eſt préſentée en notre ſiége; ce qui ne nous empêchera pas de traiter la queſtion générale, & de la tirer hors des circonſtances.

Pour le fait, *Titius* mariant ſa fille à un jeune homme encore mineur, lui conſtitue trois mille livres, & s'oblige de la payer au pere du mari, & à lui. Il ſatisfait au payement; mais parce que ſon gendre n'étoit pas encore majeur, & qu'il ne jugeoit pas ſa quittance néceſſaire, il ſe contente de payer au pere ſeul. Quelques tems après, le mari fait majeur, ayant reconnu le mauvais ménage de ſon pere, & qu'il avoit plus de dettes que de biens, renonce à la donation qu'il lui avoit faite de la moitié de ſes biens, & obtient lettres pour être relevé de l'acceptation de cette donation; les ayant fait entériner, lui & la femme rechercherent la dot d'icelle, & font aſſigner l'héritier du pere qui l'avoit conſtituée. Cet héritier excipe de la quittance que le pere du mari avoit paſſée, nonobſtant laquelle la femme & le mari ne laiſſent pas d'inſiſter au payement, & ſe fondent tant ſur la perte de la dot, & que la femme ne peut pas être indotée, que ſur ce que le payement n'avoit pas été fait à la forme du contrat de mariage, ſçavoir, au pere & au mari conjointement.

Les demandeurs diſoient, que comme le pere eſt obligé de doter ſa fille, que les loix l'obligent à cela, c'eſt auſſi à lui d'aſſûrer la dot, & de veiller ſi bien à l'emploi, que la femme ne puiſſe pas la perdre. Que lors même que le pere conſtitue la dot à une fille mineure & à un mari mineur, il doit y chercher plus d'aſſûrance, ou s'en imputer la faute. C'eſt parce que ce n'eſt pas ſeulement une obligation civile, mais encore naturelle. Et quand en la loi derniere, *C. de dotis promiſſione*, l'empereur fait diſtinction entre le pere & la mere, & réſout que le pere eſt toujours cenſé doter *de ſuo, quia paternum eſt officium dotare filiam;* il faut croire que Juſtinien ne s'eſt pas tant arrêté aux loix précédentes, qu'aux régles de la nature; qu'il a jugé que c'étoit plûtôt un devoir naturel qu'un ordre des hommes; & par conſéquent, que comme cette obligation avoit un fondement plus certain & plus durable, elle devoit être perpétuelle.

Qu'il faut donc inférer de-là que le pere étant obligé de doter ſa fille, il le doit faire valablement, & en ſorte que la dot lui demeure; qu'autrement il n'eſt pas cenſé libéré de ſon obligation, & qu'il eſt vrai de dire qu'elle dure encore: Que puiſqu'en termes de droit, *non dicitur verſum niſi duret verſum*, que c'eſt la même choſe, *aliquid non fieri, & rectè non fieri, lege 6, ff. qui ſatis dare cogantur*, & que l'autorité d'un tuteur n'eſt pas cenſée interpoſée, *ſi perperam adhibeatur;* auſſi faut-il dire, que ſi le pere eſt obligé de doter ſa fille, cela ſe doit entendre *cum effectu*, & de telle ſorte que la fille demeure dotée.

Que ſi la condition du pere eſt favorable, & qu'il faille pancher pour la libération, ce ne peut être au préjudice de la dot, & de la faveur que les loix lui donnent: Qu'en cas de doute, il ſemble meilleur de prononcer en faveur d'un prétendu débiteur; que cela ceſſe quand il s'agit d'une dot, parce que *intereſt reipublicæ mulieres ſalvas dotes habere*, & que l'intérêt public étant joint au leur, il n'eſt point d'autre conſidération qui puiſſe marcher de pair: Que c'eſt pour ce ſujet que le juriſconſulte prononce hardiment que *in ambiguis mélius eſt reſpondere pro dotibus, lege 72, ff. de jure dotium*, à cauſe que l'utilité qui regarde le public eſt préférable à l'utilité qui ne concerne qu'un particulier, *l. utilitas, C. de primipilo.*

Que tel a été le ſentiment de Bartole & des autres interprétes, qui ont tenu que n'y ayant point de la faute de la fille qui perd ſa dot, le pere eſt obligé de rechef de la doter, & qu'il faut en cela faire différence entre l'étranger qui dote une fille volontairement, & le pere qui le fait pour s'acquitter d'une obligation naturelle.

L'héritier du pere diſoit au contraire, que puiſque la loi dit, que *pietas paterna conſilium capit pro liberis*, il faut toujours préſumer en bonne part pour le pere, & croire qu'il ne fait rien pour ſes enfans qui ne tende à leur avantage; que ſi l'événement le trompe, on ne l'en doit pas blâmer; mais plûtôt l'inconſtance des choſes du monde, & les accidens divers, qui élevent ou abaiſſent les perſonnes: Qu'il eſt vrai que le pere eſt obligé de doter ſa fille, que la loi impoſe cettte charge, & la rend néceſſaire; mais que s'en étant acquitté, qu'ayant une fois doté ſa fille, cette obligation doit ceſſer, & qu'il en faut dire ce qu'on dit de toutes ſortes de dettes; ſçavoir, que par le payement qu'on en fait, elles demeurent éteintes.

Que tant s'en faut que le pere ſoit en cela de pire condition que le frere, ou qu'un étranger, qu'au contraire, on pourroit blâmer un frere ou un tuteur, qui pour aſſûrer la dot de ſa ſœur ou de ſa mineure, ne rechercheroit pas aſſez de précautions, & auroit témoigné trop de facilité ou de négligence; mais qu'on ne pouvoit pas ſoupçonner le même d'un pere, & il n'y avoit pas apparence qu'une fille l'accuſât d'avoir manqué de prudence & d'affection: Qu'il n'eſt donc pas raiſonnable que ce qu'un pere a fait de bonne foi lui ſoit imputé à faute, & qu'on le rende reſponſable d'un événement qu'il n'a pû prévoir.

Que puiſque la dot qu'il a conſtituée à ſa fille appartient à elle, & que c'eſt choſe qui n'eſt plus au pere, que puiſque la loi dit qu'elle n'eſt plus à ſon pouvoir, que *in hæreditate patris non invenitur*, que *abſceſſit à bonis patris*, il s'enſuit que ce n'eſt pas ſur lui que la perte doit tomber. Qu'en effet, *res ſua cuique perit*, & que c'eſt ſur ce ſujet, qu'en la loi 28, *ff. de donat. inter virum & uxorem*, le juriſconſulte dit, que ſi pendant le mariage, le mari donne quelque choſe à la femme & que cela vienne à ſe perdre, c'eſt au mari qu'il demeure perdu, *quia manet res ejus qui dedit, ſuamque rem perdit.*

De la queſtion générale venant à l'hypothèſe, les demandeurs

BIU Cujas

demandeurs disoient que quand le pere ne seroit pas communément responsable de la dot qu'il constitue à sa fille; quand la dot venant à se perdre, il ne seroit pas tenu de doter de rechef sa fille, il faudroit pourtant le juger autrement en cette rencontre. Que pour s'attacher aux circonstances de la cause, il falloit remarquer que le pere s'étoit obligé de payer la constitution aussi-bien au mari qu'au pere d'icelui, & par conséquent, que le payement qu'il avoit fait au pere seul ne le pouvoit pas décharger, & qu'il se devoit imputer la faute de n'avoir payé, ainsi qu'il avoit été convenu. Que la convention étant expresse, on n'avoit pû s'en dispenser; que c'étoit une loi qu'il falloit suivre, & qui rendoit le pere garant des deniers par lui payés.

Qu'en effet, en la loi 80, *ff. de solutionib.* le jurisconsulte dit nettement que, *prout quidquid contractum est, ita & solvi debet.* Et puisqu'en la loi *quidquid astringendæ, ff. de verborum obligat.* il est dit, *quidquid astringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est;* il est vrai de dire par argument, *à contrario sensu, quod est fortissimum in jure,* que tout ce qui est convenu & exprimé est obligatoire, & se doit accomplir selon les termes. C'est parce que *quantùm operatur propositum in proposito, tantùm operatur oppositum in opposito.*

Le défendeur, au contraire, disoit que s'il avoit été dit que le payement se feroit au pere & au mari, il ne s'ensuivoit pas que cela fût nécessaire: Que le mari étant mineur, & sous la puissance du pere, ce seroit envain que le fils seroit intervenu en la quittance; que son intention auroit été inutile, & il n'auroit servi que d'ombre. Que la constitution n'auroit pas été moins payée, & que l'on en seroit aux mêmes termes. Que le pere auroit toujours tout reçu, il auroit tout manié; & pour tout dire, que la chose auroit eu la même suite.

Quoi qu'il en soit, que le pere de la fille ayant payé de bonne foi au pere du mari, on ne lui pouvoit imputer ce qu'il avoit fait à bonne intention: qu'on ne pouvoit pas traiter un pere comme on traiteroit un simple tuteur, & qu'on pouvoit dire en ce cas ce que dit le jurisconsulte, en la loi 28, § *si quas, ff. de donation. inter virum & uxorem, non amarè nec tanquam inter infestos tractandum esse, sed ut inter conjunctos maximo affectu.* Ou plûtôt, que pour fermer la bouche à une fille, il faut dire que ce que le pere a fait, *propensione magis quàm dolo id videri feciſſe,* ainsi qu'il est dit en la loi pénultieme; § *ultimo, ff. quod falso tutore.* Que la raison en est rendue en la loi *Aurelius,* § *Titius testamento, ff. de liberat. legata,* sçavoir, que *præsumptio propter naturalem affectum faciat omnia patri videri concessa.*

S'il faut ouvrir notre sentiment, nous avouons que presque tous les anciens interprétes ont tenu le parti de la fille contre le pere, & qu'après Bartole, *Baldus Novellus, tractatu de dote, 6 parte, privilegio 5 & 16, & Campesius, in eodem tractatu, 1 parte quæst. 15 & 26,* se sont déclarés pour l'affirmative. L'un & l'autre disent, que comme l'obligation qu'a le pere de doter sa fille vient de la loi, ou plûtôt de la nature, aussi que cette obligation légale ou naturelle *tantùm durat, quantùm durat causa finalis inductiva ipsius obligationis, seu ipsa necessitas.* Et c'est delà qu'ils inferent que la fille venant à perdre sa dot sans sa faute, le pere est tenu de la doter encore une fois, *quia adhuc durat causa finalis quæ consistit in hoc, videlicet quod officium paternum est dotare filiam.* Ils tiennent même que le pere demeurant garant de la dot, qu'il paye mal-a-propos, ou qu'il n'assûre pas bien, cette obligation ne s'éteint pas par sa mort, mais passe à ses héritiers. C'est parce qu'ils disent que *istud onus non tantùm respicit patrem, sed respicit suum patrimonium.*

Le président Boyer, en sa question 131, est de la même opinion, & tient que n'y ayant point de la faute de la fille qui perd sa dot, le pere est tenu de rechef de la doter. Il établit pour cela une différence entre l'étranger qui dote une fille volontairement, & le pere qui le fait pour s'acquitter d'une obligation naturelle.

Entre les modernes, *Jacobus Cancerius,* célébre avocat au sénat de Catalogne, *in parte 1 variar. resol. c. 3, n. 30,* ayant proposé la question, la résout de la même sorte; sçavoir, que s'il n'y a point eu de la faute de la femme, & que sa dot se trouve perdue sans qu'on le lui puisse imputer, le pere la doit de rechef doter, ce qu'il confirme en sa question 11 du chap. *de dote;* & il met cette différence entre le pere & le frere, que comme le frere n'est pas tenu régulierement de doter sa sœur, & que ce n'est qu'un devoir subsidiaire, aussi son obligation demeure terminée, lorsqu'il s'en est acquitté; mais au contraire que le pere y étant obligé par un droit ordinaire & naturel, son obligation ne cesse pas pour y avoir satisfait une seule fois, *non clauditur una vice.*

A quoi l'on peut ajouter ce que dit Justinien, en sa novelle 97 du rapport de la dot, & ce que monsieur Louet en a traité en la lett. R, nomb. 54, & Brodeau sur icelui. Car s'il est vrai que n'y ayant point de faute de la part de la fille, elle n'est tenue qu'à rapporter l'action qu'elle a sur les biens du mari, & qu'en ce faisant, elle peut entrer en partage des biens du pere, si elle n'a point renoncé; c'est une conséquence que la dot tombe plûtôt en perte au pere qui la constitue, qu'à la fille; & que venant icelle à perdre sa dot, elle n'est pas dotée effectivement.

Enfin Automne, en sa conférence du droit François, avec le droit Romain, sur la loi *dotium causa ff. solut. matrim.* rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux, par lequel le pere fut condamné à redoter sa fille, selon ses facultés & moyens, & au dire des parens. Mais quoique ces raisons & autorités soient fort pressantes, nous ne pouvons pas pourtant bien goûter cette opinion, & il nous semble fort rude qu'un pere ayant marié sa fille de bonne foi, & le plus avantageusement qu'il a pû, soit obligé de répondre des cas fortuits, & d'un événement qu'il n'a pû prévoir. A toute rigueur, au lieu que ledit sieut Automne dit, que c'est le plus équitable que la dot soit de rechef constituée, *arbitrio boni viri,* nous dirions qu'il suffiroit que le pere fût obligé de donner une pension viagere à sa fille, pour son entretien, en cas qu'elle fût réduite à la nécessité. Mais pour lui donner une seconde dot, ou le rendre garant de la premiere, l'intérêt public s'y oppose, & il combat en cela la faveur des dots. Il n'y auroit rien d'assûré, & ce seroit causer du trouble dans les familles. Il faudroit retrancher du droit le titre *ne fidejussores dotium dentur,* & pour ce, obliger les peres à des précautions & rigueurs qui seroient fâcheuses, & qui nuiroient au commerce & à la société civile.

Ce n'est pas que dans l'hypothèse que nous avons rapportée, nous approuvions le jugement rendu sur icelle, de l'avis de deux fameux avocats de Lyon, en faveur du pere ou de ses héritiers. Au contraire, nous croyons que si la cause de la fille n'étoit pas bonne dans la thèse, elle l'étoit dans l'hypothèse. Nous nous fondons sur la force de la convention, & sur ce que la dot qui étoit payable au pere du mari & au mari, n'a eté payée qu'au pere seul, n'importe que le fils fût mineut, & sous

BIU Cujas

la puiſſance du pere; car outre que le mariage l'émancipoit, toujours auroit-il pris garde à l'emploi des deniers, & il auroit obligé le pere d'en faire une acquiſition, ou d'en payer une dette ancienne, & d'y ſubroger ſa femme. Il auroit ſervi de ſurveillant & de contrôleur, & il faut croire que ſa préſence n'auroit pas été inutile. En effet, quoiqu'un mari ſoit mineur, étant néanmoins avancé en âge, & commençant à prendre connoiſſance des affaires de la maiſon, il ſonge par conſéquent aux ſiennes, & ne manque pas de prendre garde où paſſe la dot de ſa femme s'il aſſiſte au payement. Tant y a que cela ayant été ainſi convenu, le pere n'a pû payer autrement, & ſe diſpenſer d'une loi écrite.

Néanmoins, la ſentence du premier juge n'a pas laiſſé d'être confirmée par ſentence de ce ſiége. Il eſt vrai qu'il y a eu appel à la cour, qui n'eſt pas encore vuidé, & qui à été relevé de l'avis du ſieur Brodeau & du nôtre. Non pas qu'il y ait obligation au pere de doter une ſeconde fois ſa fille; car la cour ayant jugé que la fille doit rapporter à la ſucceſſion du pere les deniers effectifs de ſa dot, & non l'action qu'elle a contre le mari; par l'arrêt de monſieur Loüet, rapporté en ſon recueil, en la lettre R, article cinquante-quatre, la queſtion a été par-là préjugée contre la femme. Mais c'eſt qu'ayant été convenu que le payement ſe feroit au pere & au mari, on a dû ſuivre cela. N'importe que le mari fût mineur, & âgé ſeulement de quinze ou ſeize ans, parce que *habilis ad nuptias, eſt habilis ad omnia pacta*, qui ſe font pour le mariage, comme dit M. Charles du Moulin. Ainſi le motif de l'âge, ſur lequel les juges de ce ſiége ſe fonderent, ne ſemble pas ſuffiſant pour diſpenſer de la convention.

Le ſieur Mornac, ſur la loi 19, *de ritu nuptiarum*, touche la queſtion, *an pater teneatur redotare filiam*; mais il ſe contente d'alléguer la queſtion 290 *Capellæ Toloſanæ*, & la queſtion 129 *de Boërius*, ſans rien déterminer.

OBSERVATIONS.

Si le pere eſt tenu de doter une ſeconde fois ſa fille, quand le premier mari eſt mort inſolvable.

DAns cette queſtion, l'auteur décide que dans ſa province le pere n'eſt pas obligé de doter une ſeconde fois ſa fille, quoique la dot ſoit perdue ſans la faute de cette fille, & qu'elle n'eſt pas recevable non plus à rapporter dans la ſucceſſion de ſon pere l'action qu'elle a contre ſon mari ou contre ſes héritiers, pour venir à partage avec ſes freres.

Cela s'obſerve dans tous les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris; cependant cela eſt contraire à la diſpoſition du droit, rapportée dans la novelle 97, ch. 6, à la doctrine de tous les docteurs, & à la juriſprudence des arrêts des parlemens de droit écrit, rapportés par Automne dans ſa conférence ſur la loi 1, au *ff. ſolut. matrim.* par Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 5, ch. 7, par Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 412 & 413, par Boniface, tom. 1, liv. 6, tit. 7, ch. 1, & par Albert, ſur le mot *dot*, art. 9.

L'auteur des loix civiles, tom. 3, liv. 2, tit. 4, ſect. 3, nomb. 8, traite la queſtion avec beaucoup de netteté à ſon ordinaire. Il eſt d'avis que la fille en eſt quitte en rapportant l'action; mais il apporte à cette régle une exception. Si c'eſt l'ayeul maternel, ou autre aſcendant, qui ſans être obligé de doter ſa fille, lui eût donné une ſomme en dot par une pure libéralité, la perte de cette dot payée par le donateur au mari inſolvable, n'empêcheroit pas que cette fille voulant lui ſuccéder, ne fût obligée au rapport de ſa dot effective. Je ne ſais où cet auteur a pris cette diſtinction; mais je ſais bien qu'elle eſt condamnée par Juſtinien dans ſa novelle 97, chapitre 6, § 2, ſur la fin, qui parle en ces termes: *quapropter in quibus eſt collationis ratio, in his & conſtitutionem valere, ſive pater, ſive avus, ſive mater, ſive avia, aut aſcendentium aliqua ſit perſona.*

L'auteur rapporte une exception charitable à ſa déciſion; ſavoir que le pere eſt obligé de donner une penſion viagere à la fille pour ſon entretien, en cas qu'elle ſoit réduite à la néceſſité. Cette exception eſt du droit naturel, & par conſéquent elle a lieu en tous pays; les peres & meres ſont obligés de fournir des alimens à leurs enfans ſans diſtinction, ſuivant le titre du digeſte *de agnoſcendis & alendis liberis.*

M. Catelan, dans ſon recueil d'arrêts, tom. 2, liv. 4, ch. 17, traite cette queſtion à fond. Il convient qu'il n'y a point de textes précis dans le droit qui oblige les peres de redoter leur fille. Il eſt vrai que la novelle 97, ch. dernier, permet à la femme dont le mari eſt décidé inſolvable, de venir à partage avec ſes freres des biens de leur pere commun, en rapportant ſeulement l'action qu'elle a contre ſon mari ou ſes héritiers; il dit que ſur le fondement de cette novelle, les arrêts de ſon parlement ont établi que la fille mal mariée a contre ſon pere l'action *de dote malè collocata*, il cite pluſieurs arrêts qui ont jugé:

1°. Que cette action paſſe aux enfans, quoiqu'elle n'ait pas été intentée par la mere pendant ſa vie.

2°, Qu'elle appartient à la fille & à ſes enfans contre les héritiers du pere.

3°. Que le pere ni les héritiers ne ſont point tenus de cette action, ſi le mari étoit bon & ſolvable au tems du mariage; parce qu'en ce cas, l'on ne peut rien imputer au pere, qui a pris toutes les précautions qu'un pere ſage pouvoit prendre.

BIU Cujas

4°. Si la premiere fois le pere a conſtitué une dot plus ample que la légitime de ſa fille, la ſeconde fois il n'eſt pas obligé de donner la même ſomme, il ſuffit qu'il donne juſqu'à la concurrence de la légitime.

5°. Cette obligation ne regarde que la perſonne du pere, enſorte que la mere n'en eſt pas tenue; parce qu'à l'égard de la mere, la conſtitution de dot eſt une libéralité, dont elle ne doit point être garante. Il cite un arrêt rendu en la grand'chambre au mois d'août 1674, qui l'a ainſi jugé.

6°. Le frere qui, en qualité d'héritier de ſon pere, & de débiteur de la légitime de ſa ſœur, lui conſtitue une dot, n'eſt pas tenu de la redoter, comme il a été jugé à ſon rapport en la premiere chambre des enquêtes le 24 février 1663. Je cite avec plaiſir cet arrêt; parce que je fais grand cas d'un arrêt rendu par un magiſtrat habile, qui lui-même l'a donné au public, & qui certifie que la queſtion a été jugée par cet arrêt; parce qu'alors l'on ne peut pas s'y méprendre. * Ce même arrêt eſt rapporté par Albert, ſur le mot *dot*, art. 19.

7°. M. Catelan rapporte l'eſpece d'un arrêt rendu en la grand'chambre, au rapport de M. la Rocheflavain le 7 mai 1678, par lequel il a été jugé que la novelle 97, qui permet à la fille de venir à partage avec ſes freres, en rapportant, *nomen dotis inane*, doit s'entendre de l'inſolvabilité du mari lors du mariage, & non pas de celle ſurvenue depuis; de même que dans le cas de la redotation.

Je ne ſçaurois me rendre à cette juriſprudence par pluſieurs raiſons. La premiere, parce qu'elle eſt directement contraire à la diſpoſition de la novelle, dans laquelle Juſtinien parle nettement de l'inſolvabilité ſurvenue depuis le mariage, en diſant que la fille ne ſera pas recevable à rapporter ſimplement l'action, ſi elle a négligé d'agir contre ſon mari, quand elle a vu que ſes affaires commençoient à tomber dans le déſordre: *ſi quidem ſuæ poteſtatis, & perfectæ ætatis mulier eſt, ſibimet culpam inferat, cur mox viro inchoante malè ſubſtantiâ uti non percepit, & non auxiliata eſt ſibi.* Tous les docteurs diſent qu'il n'eſt pas permis aux juges de diſtinguer, quand la loi ne diſtingue point; mais cela leur doit encore être moins permis, quand la diſtinction qu'ils veulent faire eſt condamnée par la loi. Dans pluſieurs occaſions j'ai rendu juſtice au parlement de Toulouſe, en avouant qu'il eſt de tous les parlemens celui qui entend le mieux les queſtions de droit; mais il me permettra de dire ici, que ſouvent à force de vouloir chercher des tempéramens d'équité, il ſe ſingulariſe & s'écarte ouvertement de la déciſion préciſe du droit: ce qui ne doit point lui être permis, puiſque le droit Romain eſt ſa loi naturelle, dont il témoigne être ſi jaloux.

Ma ſeconde raiſon eſt fondée ſur l'équité. La liberté qu'a la fille de venir à partage des biens de ſon pere, en rapportant ſimplement l'action pour la répétition de ſa dot, n'a pas ſeulement été accordée par Juſtinien, que l'on accuſe, ou du moins ſon chancelier, de n'avoir pas toujours eu en vue l'équité dans la compoſition des loix. Il dit à la fin du § premier, que le ſage Ulpien avoit avant lui décidé la même choſe. En effet, la déciſion d'Ulpien eſt rapportée dans la loi premiere, § 6, *de dot. collat.* où il dit que ſi le mari n'eſt pas ſolvable, la femme n'eſt pas obligée de rapporter la dot entiere; mais ſeulement ce qu'elle a pu retirer, & autant que ſon mari peut faire: *ſi maritus non ſit ſolvendo, non debebit integra dos computari mulieri, ſed quod ad mulierem poteſt pervenire: hoc eſt quod facere maritus poteſt.* Or cette exception eſt priſe de la ſource même de l'équité; mais il n'eſt pas néceſſaire de remonter ſi haut, ſi l'on s'en rapportoit au jugement des ruſtiques, il n'y en a point qui ne dît qu'il n'eſt pas juſte, que quand la dot s'eſt perdue ſans la faute de la femme, elle ſoit obligée de la rapporter en venant à partage; & quand elle a renoncé à la ſucceſſion de ſes pere & mere, moyennant la dot à elle conſtituée, que ſon mari a diſſipée, qu'elle & ſes enfans ſoient réduits à la mendicité, pendant que ſes freres profitent de la ſucceſſion entiere de leur pere & mere.

8°. Il y a une très-grande différence entre l'obligation de redoter, & la faculté de rapporter l'action de la dot. La premiere regarde la perſonne du pere, que l'on oblige de donner à ſa fille une ſeconde dot, ce qui peut l'incommoder. La ſeconde n'intéreſſe que ſes héritiers: ſi ce ſont ſes enfans, ils ſont les freres ou ſœurs de la fille mariée, il eſt juſte qu'ils prennent part à l'infortune de leur ſœur, & qu'ils lui donnent quelque conſolation, en l'admettant au partage des biens de leur pere commun: ſi ce ſont des étrangers, *quænam invidia*, de donner une légitime à la fille de leur bienfaiteur?

Enfin M. Catelan, dans le cas même de la redotation, reconnoît que ſi la fille eſt réduite à la mendicité par l'inſolvabilité de ſon mari, il faut lui donner *ex æquo & bono*, une légitime de grace; en cela il eſt de l'avis de notre auteur. Dans toutes les choſes

BIU Cujas

qui dépendent de la juſtice naturelle, les bons eſprits & les honnêtes gens ſont preſque toujours de même ſentiment.

L'hypothéque de la fille ſur les biens de ſon pere pour ſa ſeconde dot, ne remonte pas au tems de la premiere, c'eſt-à-dire, qu'elle n'a hypothéque ſur les biens de ſon pere pour le payement de cette ſeconde dot, que du jour de ſon ſecond contrat de mariage, ainſi qu'il a été jugé par pluſieurs arrêts du parlement de Grenoble, dont M. Baſſet fait mention, tom. 1, liv. 4, tit. 5, ch. 7.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

EN Normandie le pere demeure garant de la dot par lui conſtituée à ſa fille; mais l'on diſtingue entre la dot payée avant ou après le mariage. Si le pere paye la dot en argent comptant, lors du mariage, ou à l'échéance du terme porté au contrat, il n'eſt point garant de l'inſolvabilité du mari; mais s'il ne paye en deniers qu'après le mariage ou le terme échu, il eſt garant, & s'il paye en rentes ou en héritages, il eſt toujours garant, ſans aucune diſtinction. Voyez Baſnage ſur l'art. 251 de la coutume de Normandie, pag. 464 & 465.

La même juriſprudence eſt obſervée à l'égard des freres, qui après le décès de leur pere marient leurs ſœurs. Baſnage, au même endroit, pag. 464 & 477.

Coquille, ſur la coutume de Nivernois, ch. 23, art. 24, pag. 234, col. 2, eſtime qu'une femme qui a perdu ſa dot, par le mauvais état des affaires de ſon mari, peut demander ſa légitime ſur les biens de ſon pere, ſans être obligée de précompter la dot qui lui a été donnée, & qui ſe trouve perdue. Il ajoute que cela doit avoir lieu, quoique la femme n'ait pas été ſoigneuſe de ſe faire ſéparer de biens de ſon mari, quand elle s'eſt apperçue qu'il faiſoit mal ſes affaires; parce, dit-il, qu'une femme d'honneur eſt à excuſer ſi elle s'abſtient de fâcher ſon mari; ce qu'elle feroit en découvrant ſes affaires domeſtiques & le décriant, ce qui apporteroit blâme à la femme. C'eſt à juſte titre que cet auteur à mérité le nom de judicieux; toutes ſes penſées, toutes ſes paroles, toutes ſes déciſions, ſont puiſées dans la ſource de l'équité: enſorte que l'on peut dire de lui, que quand l'équité prononceroit elle-même, elle ne prononceroit pas autrement; *ſi æquitas ipſa pronunciaret, non aliter judicaret.*

DE LA DOT, SI CELLE CONSTITUÉE Par un tuteur eſt ſujette à rapport.

QUESTION CINQUANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpèce du fait, ſur lequel l'arrêt eſt intervenu.*
2. *Sentence du ſénéchal de Lyon, qui ordonne le rapport.*
3. *Moyens d'appel de la fille, pour ſe défendre du rapport.*
4. *Moyens des autres filles, pour établir la néceſſité du rapport.*
5. *Avis de l'auteur, pour l'obligation du rapport.*
6. *Arrêt du 3 avril 1640, qui en infirmant la ſentence, décharge du rapport.*
7. *Il y a erreur ou mal façon dans cet arrêt.*
8. *Généalogie de M. Papon, lieutenant général de Forêts.*

QUESTION LIV.

Si ce qui a été conſtitué à une fille par ſon tuteur, eſt ſujet à rapport envers ſes ſœurs & cohéritiers.

TITIUS laiſſe trois filles, & à chacune d'elles aſſigne quelques héritages & ſommes de deniers pour leur légitime. Au ſurplus, il inſtitue ſa femme héritiere, à la charge de remettre l'hoirie à celle des ttois filles qu'elle voudroit. Après le décès du pere, la mere marie l'aînée, & lui conſtitue ce que le pere lui avoit légué. La mere meurt enſuite ſans faire aucune diſpoſition; de ſorte que ſon hoirie, dans laquelle celle du pere étoit confondue, demeure par égales portions aux trois ſœurs. L'aînée, devenue veuve, & ſe trouvant mineure auſſi-bien que les deux autres, un oncle leur fut décerné pour tuteur. Il colloque en mariage la puînée avec ſes droits, & ſur iceux, lui paye quelque tems après, ou à ſon mari des ſommes aſſez conſidérables. Elles

BIU Cujas

avoient été tirées des deniers héréditaires, négociés sur le change, & desquels le meilleur & principal fonds de l'hoirie etoit composé.

Il arrive que les autres débiteurs de l'inventaire fait après le décès de la mere font faillite, & que l'héritier du tuteur ayant rendu compte, il se seroit trouvé reliquataire de notable somme, & de beaucoup plus que les biens dudit tuteur ne pouvoient porter. Ainsi l'aînée & la derniere des sœurs ayant eu moins que la puînée, cela leur donna sujet de la poursuivre, ou son héritier, de rapporter à la masse des hoiries de leur pere & mere, ce que la défunte se trouvoit avoir reçu avec les intérêts, sous les offres qu'elles faisoient de faire le semblable, pour être le tout partagé par tiers entre les sœurs. Le premier juge l'ayant ordonné, l'héritier de la puînée en appella à la cour.

Il disoit, ou pouvoit dire pour ses moyens d'appel, que c'étoit contre le droit & la raison qu'on vouloit faire rendre à l'héritier ce que la défunte avoit reçu de ses droits; que l'équité s'y oppose, & que les loix ne souffrent pas que qui n'a reçu que le sien soit obligé de le rendre. Que pour montrer que la défunte n'avoit reçu que le sien, il suffisoit de dire que les cédules & billets de l'inventaire de la mere montoient à cent cinquante mille livres, ou environ; & partant, que la défunte n'ayant pas même reçu jusqu'à son tiers, il étoit vrai de dire qu'elle, ni son mari pour elle, n'avoit pas eu toute sa part des deniers héréditaires. Qu'au surplus, le cohéritier, qui a reçu sa part d'un dépôt héréditaire, n'est pas tenu de la rapporter, quoique ses cohéritiers tombent en perte de leur part par l'insolvabilité du dépositaire. Que la constitution de Justinien, *in l. ultima, C. depositi*, y est expresse; car en icelle, l'empereur veut, soit que le dépôt consiste en argent nombré, soit qu'il ait été fait d'une masse dor & d'argent, qu'un des cohéritiers ayant retiré sa part contingente, si le dépositaire devient après insolvable, *non esse cohæredibus licentiam venire contra cohæredem suum, & ex ejus parte avellere quod ipsi ex sua parte consequi minimè potuerunt, quasi eo quod cohæret accepit communi constituto* : Dont l'empereur rend cette raison, que l'héritier n'a reçu que le sien, *quia partem suam suscepit*.

Et afin qu'on ne croye pas que cette décision demeure resserrée dans l'espece particuliere des cohéritiers qui sont capables chacun de recevoir leur part, l'appellant pouvoit encore employer pour le soutien de sa cause la loi 38, *ff. famil. erscic.* en laquelle le jurisconsulte résout la même chose entre deux cohéritiers mineurs, pour l'emploi fait pendant l'administration de leurs tuteurs. C'est après avoir proposé que l'un d'eux avoit fait assigner l'autre, *quasi amplius accepisset quàm ipse acceperat*. Il conclut donc, *si Lucius non amplius accepit quàm cohæreditariâ portione ei competeret, nullam sorori ejus adversus eum competere actionem*. Ensuite dequoi il ajoute, que le mineur qui n'a pas reçu pour ses alimens sa part entiere des fruits communs, n'a point d'action contre l'autre, qui n'a reçu que la sienne. Qu'il est indifférent quoiqu'il ait reçu, *si tamen non ultrà partem dimidiam*. Bref, que ce n'est pas recevoir trop que de ne prendre que sa part; ni s'assujettir à rendre, que de n'avoir touché que le sien, encore qu'un autre en souffre quelque dommage, par argument de la loi *in navem, ff. locati*.

Les intimées, au contraire, pouvoient soutenir que leur sœur n'ayant pas seulement reçu le sien, mais encore parrie du leur, la répétition en étoit juste. Qu'il ne falloit pas s'arrêter au calcul de l'inventaire, mais qu'il falloit plûtôt entrer dans la supputation des dettes effectives. Que comme de droit, *major est actio quàm debitoris inopia excludit*, comme il est véritable de dire, que celui-là ne doit rien qui n'a pas de quoi payer, suivant le dire du poëte.

Sexte, nihil debes, nihil debes, Sexte, fatemur,
Debet enim si quis solvere, Sexte, potest,

Qu'il falloit aussi retrancher les dettes de non-valeur; que puisqu'elles se trouvoient inutiles à cause de l'insolvabilité des débiteurs, & qu'ils l'étoient déja lorsque le tuteur retira les plus clairs deniers pour avantager l'une des sœurs, au préjudice des autres, le rapport étoit nécessaire. Que ce n'est pas par le nombre, mais par la bonté des obligations qu'on doit peser le fonds d'une hoirie; & par conséquent, qu'il se peut faire que qui en reçoit moins, en reçoive le plus.

Qu'en effet il falloit prendre les dettes confusément ou séparément; si confusément, qu'il n'étoit pas raisonnable qu'une des sœurs emportât le plus clair & liquide, pour laisser aux autres ce qui n'étoit pas exigible. Si séparément, que n'ayant eu que son tiers en chaque dette, elle n'avoir pas pû recevoir le tout. Que c'est par ce dilemne que la cause se doit juger à l'avantage des intimées. Car si c'étoit une action de partage, elle supposoit l'action du rapport; attendu même, que pendant la minorité des sœurs, elles n'avoient pû partager, ni le tuteur délivrer à l'une d'icelles quelque portion d'hoirie & des dettes héréditaires, que par provision & à la charge du rapport lors du partage définitif.

Que si le don que le pere fait n'est censé fait que par avancement d'hoirie, & par conséquent, demeure sujet au rapport; à plus forte raison, le tuteur mariant une fille, & lui délivrant partie du fonds de l'hoirie, ne le peut faire que provisionnellement, & en avancement de ses droits, c'est-à-dire, que ce qu'on lui donne, elle ne le prend que pour le rapporter un jour à la masse.

Que si au contraire, on vouloit soutenir que ce n'est point une action de partage, & que ne s'agissant que de dettes mobiliaires qui sont divisées, *ipso jure*, la défunte n'avoit pû en prendre que le tiers, puisqu'elle n'y avoit qu'un tiers. Qu'il faut faire différence entre les héritages qui sont communs entre des cohéritiers, & les dettes actives de l'hoirie. Que pour les héritages, chacun des héritiers n'y a que sa part, par indivis avant le partage, la distinction des portions dépendant dudit partage & de l'événement; que c'est le partage qui resserre le droit d'un chacun au lod qui lui tombe, que c'est lui qui fait que par une fiction tous les cohéritiers sont présumés n'avoir jamais eu autre droit que ce qui leur est échû. Mais pour les dettes mobiliaires, que les parts en sont faites avant le partage, & qu'il n'est pas nécessaire pour icelles de l'attendre ni d'agir, *judicio familiæ erciscundæ*.

Que c'est la disposition du droit en la loi seconde, sur la fin, & en la loi 25, § premier, *ff. famil. erciscundæ, ubi cessat familiæ erciscundæ judicium, cùm nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt*. C'est ce que l'empereur confirme en la loi 6 du même titre du code : *ea quæ in nominibus sunt*, dit-il, *non recipiunt divisionem, cùm ipso jure in portiones hæreditarias ex lege 12 tabularum divisa sint*. C'est pourquoi, comme de droit, *singulis hæredibus proportione hæreditariâ competit actio in singulos debitores;* aussi l'un ne peut pas recevoir le tout qu'il ne reçoive la part des autres, & ne leur en demeure responsable. Jusques-là même, qu'un cohéritier ne peut poursuivre le payement d'une dette de l'hoirie, *pro solido, quin partim suo, partim procuratorio*

BIU Cujas

nomine agat, encore qu'il agiſſe enſuite de l'ordonnance du juge, & de l'aſſignat par lui fait, comme il eſt dit *in l. planè, dicto titulo, ff. famil. erciſc.* & en la loi 11 & derniere, *ff. de diſtract. pignorum.*

Pouvoient encore les intimés ſe ſervir de la déciſion rapportée au § *ſi cùm tres*, *l. verum*, *ff. proſocio*, en l'eſpece de laquelle le juriſconſulte propoſe qu'un des trois aſſociés étoit débiteur des autres, & que l'un de ceux-ci s'étant fait payer de ſon tiers, le dernier n'avoit pû recouvrer le ſien. Enſuite dequoi il demande, *an hic qui minus conſecutus eſt, cum eo agere poſſet qui ſolidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id eſt exæquandas*, & réſout équitablement, *pro ſocio actione conſequi poſſe ut utriuſque portio exæquetur.* Or comme il loue ſa déciſion d'équité, auſſi doit-elle prévaloir aux loix que l'appellant a citées ; attendu même que ce n'eſt pas en ſemblable cas, & qu'il y a bien de la différence de ce qui ſe fait entre cohéritiers, maîtres de leur droit, & capables d'agir, & de ce qu'un tuteur fait pendant ſon adminiſtration. Car comme il ne peut divertir les deniers pupillaires, auſſi les mineurs ont droit de ſuite, & il leur eſt permis de les rechercher & prendre où ils les trouvent, ſuivant la loi *ſi curator*, *C. arbitrium tutelæ*, & la loi 3, *C. quando ex facto tutoris.*

Sur le conflit de ces raiſons, la cour en émendant la ſentence des premiers juges, déchargea l'appellant du rapport qu'on lui demandoit, à la réſerve de douze mille livres qui avoient été non-ſeulement deſtinées, mais encore conſtituées à l'aînée des ſœurs, & laiſſées en dépôt entre les mains d'un marchand, pour être employées en héritages, & leſquelles néanmoins, après la mort du mari, & pendant la minorité de cette aînée, avoient été diverties par le tuteur & remiſes à la puînée. Pour cette ſomme particuliere la cour regla les parties à conteſter plus amplement ; c'eſt parce que pour ce regard il y avoit plus à diſputer, puiſque ces douze mille livres étoient comme acquiſes & aſſûrées à la fille aînée, & qu'on n'avoit pû les divertir à ſon préjudice, par argument de la loi 31 *ff. locati, ubi datur actio oneris averſi.*

Mais pour les autres deniers, deſquels la cour a dénié le rapport, s'il eſt permis de raiſonner ſur ſes oracles, il ſemble que ce n'eſt pas ſans ſujet que pluſieurs ſe ſont étonnés de cet arrêt. Car s'il faut peſer tout ce qui a été dit de part & d'autre, nous pancherions plûtôt pour le rapport que contre lui. C'eſt parce qu'il nous ſemble que les textes qui s'oppoſent au rapport ſont en des eſpeces bien différentes. En la loi 38, *ff. famil. erciſc.* le frere n'avoit pris que ſa moitié des deniers provenus des fruits, *imò minùs quàm dimidiam conſecutus fuerat*, dit le juriſconſulte ; & c'eſt pourquoi n'ayant reçu que ſa part, il ne pouvoit pas répondre de l'autre. Au lieu qu'en notre hypothèſe, l'une des ſœurs avoit pris de diverſes parties la totalité ; & du revenant-bon de l'hoirie, plus que le tiers.

Quant à la loi derniere, *C. depoſiti*, Juſtinien ne parle que d'un ſeul dépôt, & préſuppoſe que le cohéritier n'en avoit pris que ſa portion contingente, & c'eſt ce qu'il avoit pû faire, puiſque, comme dit eſt, les dettes ſont diviſées par la loi, & que c'eſt elle qui en fait les parts. Au lieu qu'au fait propoſé, c'eſt de pluſieurs dettes, & de la totalité d'icelles, qu'une cohéritiere a voulu compoſer ſon tiers par l'intelligence du tuteur, & en un tems auquel on ne pouvoit pas encore bien ſçavoir à quoi revenoit ce tiers. De plus, comme l'empereur met l'eſpece entre perſonnes capables d'agir & de recevoir le leur ; auſſi remarque-t-il qu'il y avoit eu de la négligence des autres cohéritiers. C'eſt delà qu'il infere qu'il n'étoit pas raiſonnable que le plus diligent fût garant des autres, *ne induſtriâ pœnas deſidiæ ſolveret* ; & même il ajoute, que ſi celui qui avoit reçu ſa part n'eût mieux veillé pour ſon intérêt, on ne ſeroit pas en peine de diſputer le rapport.

Mais toutes ces conſidérations ceſſent en la queſtion agitée, & nous ne croyons pas auſſi qu'on n'excuſe l'effort que nous venons de faire ſur icelle ; puiſque c'eſt plûtôt pour n'étouffer pas la vérité dans trop de reſpect, que pour en franchir les bornes. Ce n'eſt pas que nous ne voulions avouer que la cour ayant jugé de la ſorte, l'a fait équitablement. Comme en matiere de mariages, on ne peut pas marcher en arriere, & qu'il n'y a point d'action redhibitoire, il ne ſemble pas juſte de faire rendre à un mari ce qu'il a touché de bonne foi, & ſans quoi il n'auroit pas pris la femme. La cour a donc voulu prévoir la conſéquence & le trouble que cela pourroit apporter dans les familles.

L'arrêt a été donné au rapport de monſieur Gilbert, en la ſeconde des enquêtes, au profit de Thomas Rougier, tuteur des enfans de feu Nicolas Regnault, héritier de Marie Regnault ſa fille, & de défunte demoiſelle Claudine Girard, appellante, contre demoiſelle Marie & Catherine Girard, intimées. Voici la teneur dudit arrêt.

Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant, ſans amende & dépens ; émendant ſur la demande, fins & concluſions priſes par leſdites Marie & Catherine Girard, les parties hors de cour & de procès, ſauf à ladite Marie Girard à ſe pourvoir contre ledit Rougier audit nom de tuteur, pour la répétition de la ſomme de douze mille livres, reçue par leſdits Claude & Nicolas Regnault le 27 août 1618, prétendue provenue des deniers dotaux à elle appartenans, ſur laquelle ladite Marie Girard & ledit Rougier conteſteront plus amplement dans la quinzaine, pardevant le conſeiller rapporteur, écriront & produiront dans pareil délai, bailleront contredits & ſalvations dans le tems de l'ordonnance, pour leur faire droit, ainſi qu'il appartiendra par raiſon. Prononcé le 3 avril 1640.

OBSERVATIONS.

Si la dot conſtituée par un tuteur à une de ſes mineures eſt ſujette à rapport.

DAns cette queſtion, l'auteur prouve que la dot conſtituée à une fille par ſon tuteur, doit être rapportée par cette fille, pour être partagée entr'elle & ſes ſœurs. Il dit qu'il y a bien de la différence entre la dot conſtituée par un pere ou une mere, & celle conſtituée par un tuteur. Dans le premier cas la fille n'eſt obligée de rapporter que juſqu'à concurrence de la légitime de ſes freres & ſœurs : mais dans le ſecond cas, elle eſt tenue de rapporter ſa dot entiere ; parce qu'il n'eſt pas au pouvoir d'un tuteur, de conſtituer en dot à l'une de ſes mineures une plus grande ſomme que ſa part & portion héréditaire : cependant l'arrêt rapporté par l'auteur a jugé au contraire. L'au-

BIU Cujas

teur ſe récrie avec raiſon contre cet arrêt ; s'il en avoit vu la minute comme moi dans les regiſtres de la cour, il auroit eu ſujet de ſe récrier encore plus fort : car il n'y a point de ſens, il faut qu'il y ait eu de l'erreur ou de la mal façon.

J'ai eu beſoin de voir la minute de cet arrêt au ſujet d'un procès qui étoit pendant à la cour, en la cinquiéme chambre des enquêtes, au rapport de Monſieur de Paris, entre Meſſire François Papon, ſeigneur de Goutelas, l'un des deſcendans de M. Jean Papon, lieutenant-général de Forêts, qui a ſi bien mérité du public.

M. Jean Papon eut un fils appellé Melchior, qui épouſa Jeanne du Verney ; de ce mariage naquit François Papon, qui épouſa Catherine Girard, qui ſe conſtitua en dot tous ſes biens, qui conſiſtoient dans le reliqua de ſon compte, & en pluſieurs immeubles. Catherine Girard avoit deux ſœurs, dont l'une avoit été mariée par ſon tuteur au ſieur Renaud, Prevôt général des provinces de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, ſa dot étoit très-conſidérable : ſes ſœurs n'ayant pas trouvé dans le ſurplus des biens une ſi groſſe ſomme, voulurent la faire rapporter ; ce qui fut ainſi ordonné par la ſentence du ſénéchal de Lyon, qui fut infirmée par l'arrêt dont l'auteur fait mention.

DE LA DOT DES RELIGIEUSES.

QUESTION CINQUANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les novices ne peuvent diſpoſer directement ni indirectement au profit du monaſtère où ils entrent, ni autre du même ordre.*
2. *Les peres & meres en faiſant leur fille religieuſe, lui peuvent donner telles ſommes que bon leur ſemble.*
3. *Les monaſtères tâchent d'éluder les loix par des voies indirectes.*
4. *En ce cas la preuve par témoins eſt recevable.*
5. *Arrêt du 13 juillet 1646, qui entérine les lettres priſes contre une conſtitution trop forte.*
6. *Une fille majeure peut, en entrant dans le monaſtère, ſe conſtituer en dot telle portion de ſes biens que bon lui ſemble.*
7. *Arrêt du 11 août 1649, qui confirme la donation faite par une fille majeure.*
8. *Les novices ne peuvent diſpoſer, même au profit d'un autre ordre.*
9. *Arrêt de réglement, qui fait défenſes aux religieux & religieuſes de rien prendre pour l'ingrès dans le monaſtère.*
10. *Une fille majeure ne peut pas faire une donation univerſelle, ou trop forte.*
11. *Arrêt du 25 mai 1655, qui a confirmé un legs de trente mille livres fait par une fille majeure, peu de jours avant ſa profeſſion.*
12. *Déclaration du roi, du 28 avril 1693, qui permet aux religieuſes de recevoir des dots.*

QUESTION LV.

Des avantages qu'on fait indirectement à un monaſtère, pour la dot & réception d'une fille religieuſe.

NOUS n'agiterons pas ici ſi ceux qui entrent dans une religion peuvent diſpoſer au profit d'elle,
1 du tout ou en partie, directement ou indirectement. C'eſt choſe qui a été tant de fois jugée, que ce n'eſt plus une controverſe. Il eſt ſans doute que toutes les diſpoſitions qu'ils font, générales ou particulieres, ſont nulles ; & non-ſeulement pour le monaſtère dans lequel ils entrent, mais encore pour les autres qui ſont de même ordre. Preſque tous nos arreſtographes cottent des préjugés, & plus amplement que tous, M. Julien Brodeau, en ſon commentaire ſur monſieur Loüet, en la lettre C, nombre 8. La cour l'ayant donc ainſi jugé tant de fois, il ſeroit inutile d'en rechercher la raiſon, & les religieux mêmes n'en doivent pas murmurer. Ils doivent reconnoître que l'état n'eſt pas dans l'égliſe, mais l'égliſe dans l'état ; il ne faut pas que l'égliſe accable l'état, mais plûtôt qu'elle l'appuye. Et c'eſt pourquoi il ne faut pas que par le moyen des ſucceſſions, l'égliſe attire toutes les richeſſes, & que pour s'enfler trop, elle affoibliſſe l'état. Que ſi c'eſt pour le bien même de l'égliſe, auſſi-bien que par une regle politique, qu'en tous les états on y a pourvu, de crainte que le luxe ne perdît l'égliſe, & la pauvreté la choſe publique ;

BIU Cujas

à plus forte raiſon faut-il avouer que cette précaution & police eſt néceſſaire à l'égard des communautés religieuſes, & que ce que nous avons dit en général de l'égliſe eſt encore plus juſte à l'égard des monaſtères. On doit conſidérer que ce qui y entre n'en ſort point, & qu'il n'en n'eſt pas d'eux comme de la mer, qui communique ſes eaux à meſure qu'elle en reçoit d'autres. Enfin on a eu raiſon d'étendre aux religieux les ordonnances faites par nos rois pour les mineurs envers les tuteurs. Car puiſque ceux qui entrent dans une religion & y demeurent novices ſont ſous la puiſſance des ſupérieurs, & que cette puiſſance eſt encore plus grande que celle des tuteurs; le motif des ordonnances eſt encore plus conſidérable pour ceux-là que pour ceux-ci, & il y a plus d'apparence de lier les mains aux religieux novices qu'aux mineurs. Il y a moins de crainte pour ceux-ci que pour ceux-là, l'inconvénient n'en eſt pas ſi grand, & le public n'eſt pas tant intéreſſé en la diſpoſition d'un mineur au profit de ſon tuteur, qu'en celle d'un religieux au profit d'un monaſtere.

2 Ce n'eſt pas que les pere & mere, lorſqu'ils mettent une fille en religion, ne lui puiſſent donner ce qu'ils veulent pour ſa dot en deniers ou en héritages, en rente perpétuelle ou en penſion viagere. Mais qu'une fille mineure ſe rendant religieuſe, ſe puiſſe conſtituer tous ſes biens ou la plus grande partie, même de l'autorité de ſon tuteur & de l'avis des parens; ou qu'après s'être rendue religieuſe elle puiſſe pendant ſon noviciat, ou lors de ſa profeſſion en diſpoſer au profit du monaſtere ouvertement ou par perſonne interpoſée; c'eſt a quoi l'intérêt public s'oppoſe. Et c'eſt à quoi la cour a pourvu par pluſieurs arrêts & réglemens que le lecteur pourra voir dans le commentaire dudit ſieur Brodeau, de la derniere édition de l'an 1646, à l'endroit déja cotté, & encore dans le journal des audiences.

3 Mais comme S. Jérôme, parlant de ſemblables prohibitions, avoue que de ſon tems on tâchoit d'y contrevenir par des voyes indirectes, & que *per fideicommiſſa legibus illudebatur*; auſſi voyons-nous de notre tems que ce que les communautés religieuſes ne peuvent prendre ouvertement & directement, elles tâchent de l'avoir par des moyens obliques. C'eſt pour y parvenir que des tierces perſonnes prêtent leur nom, ou pour s'obliger ou pour accepter une obligation. C'eſt ainſi qu'on donne ſous main ce qu'on n'oſe pas prendre autrement, & il faut que ceux qui prétendent à la ſucceſſion d'une religieuſe en aſſûrent la meilleure part au monaſtère, pour ne pas perdre le tout. Nous laiſſons à juger aux directeurs de conſciences ſi cela ſe peut faire légitimement, & ſi le ciel peut autoriſer ce qui ſe fait en
4 fraude des loix. Nous leur laiſſons à juger ſi les choſes temporelles ne dépendent pas du prince, & ſi ce n'eſt pas à lui d'en regler l'uſage, & d'empêcher que ſes ſujets n'en abuſent. Si ayant fait une loi, il eſt loiſible de l'enfraindre, & ſi Dieu qui n'aime que la vérité & qui eſt la vérité même, peut approuver que par quelque fraude on la déguiſe. Mais quelque ſentiment que puiſſent avoir ceux qui ménagent les conſciences des religieuſes, ou quelque prétexte qu'ils puiſſent prendre pour excuſer des voies cachées, & qui comme telles, ſemblent illicites, nous nous contenterons de dire, que la juſtice n'approuve jamais la fraude, tant ſoit peu qu'elle paroiſſe; & que c'eſt même en ce cas qu'on peut recevoir la preuve des choſes qui excedent cent livres, nonobſtant l'article cinquante-ſept de l'ordonnance de Moulins, lors même que le ſoupçon preſſe. Sans nous étendre davantage ſur ce point, nous nous contenterons de l'arrêt que nous donnons ſur ce ſujet au public; & même ſans nous attacher aux remarques de l'eſpece & à la déduction du fait, il nous ſuffira de dire qu'un oncle & tuteur ayant été comme contraint de faire de grands avantages au monaſtère, de crainte que la religieuſe ſa niece, avant ſa profeſſion, ne diſpoſât de ſes biens en faveur d'autre que de lui, la cour l'en a déclaré quitte, & n'a augmenté la ſomme conſtituée pour la dot & réception, que du conſentement de cet oncle.

Extrait des regiſtres de la cour de parlement.

Entre les religieuſes Urſulines du couvent de 5
Rouanne, appellantes d'un jugement donné par le bailli dudit lieu le 23 janvier 1646, & demandereſſes en évocation du principal, ſelon leur requête du 14 du préſent mois de juillet, auquel principal l'intimé eſt demandeur en requête du 9 décembre 1645, à ce qu'elles fuſſent condamnées lui rendre la ſomme de trois mille livres qu'elles ont reçu de ſes deniers, & qu'il fût déchargé du payement de la ſomme de mille livres & d'un encenſoir d'argent, à quoi elles l'ont fait obliger par contrat du 15 août 1645, outre la ſomme de 200 livres, & des meubles conſtitués pour la dot & réception de Magdelaine Carré, audit couvent, par contrat du 9 août 1643, & défendereſſes & intimées d'une part, & Jean-Baptiſte Michon, marchand demeurant audit Rouanne, intimé, défendeur & demandeur en lettres dudit jour 14 du préſent mois de juillet, en forme de reſtitution contre ledit contrat du 15 août 1645, & appellant comme d'abus de l'ordonnance rendue par l'official de l'archevêché de Lyon le 9 dudit mois de juillet, au bas d'une requête à lui préſentée par ladite Carré, aſſignation à lui donnée, en vertu de ladite ordonnance le 10 dudit mois, de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'autre part, ſans que les qualités puiſſent nuire ni préjudicier aux parties. Après que Feydeau, pour les religieuſes, Deffita, pour Michon, ont dit être demeurés d'accord de l'appointement récité par Bignon, pour le procureur général du roi, la cour a reçu & reçoit la partie de Deffita, appellante de la citation faite pardevant l'official de Lyon, & y faiſant droit, dit qu'il a été mal, nullement & abuſivement cité & procédé; & ſur les autres appellations, a mis & met icelles, & ce dont eſt appellé au néant; émendant, évoquant le principal, & ayant égard aux lettres, a remis & remet les parties en tel état qu'elles étoient auparavant le contrat; & du conſentement de la partie de Deffita, ordonne que la ſomme de 3000 livres demeurera aux religieuſes; quoi faiſant, l'oncle demeurera déchargé de payer la ſomme de 2000 liv. d'une part, & de 1200 liv. d'autre, en payant de ſon conſentement la ſomme de 200 livres, pour un préſent d'egliſe, & ſans dépens. Fait en parlement le 13 juillet 1646.

Encore que cet arrêt ne ſoit pas contradictoire, & qu'il ait eté donné par appointement, il ne laiſſe pas pour cela d'avoir la force d'un vrai jugement, & il faut croire que le conſeil des religieuſes ne les a portées à relâcher de leurs prétentions, que parce qu'elles ne pouvoient mieux faire. Et d'autre part, l'oncle a eu à peu près ſon compte, puiſqu'au lieu de ſix mille & tant de livres que les religieuſes avoient eu, ou vouloient avoir, il en a été quitte pour trois mille livres, outre le préſent d'égliſe, & par ce moyen, n'a donné que mille liv. plus que ce qui avoit été promis pour la dot & réception de la religieuſe. Ainſi cet arrêt peut ſervir de préjugé pour diverſes queſtions, & comme il y avoit des appellations

BIU Cujas

lations diverſes, on en peut auſſi tirer diverſes conſéquences. Les religieuſes, pour avoir un juge plus favorable, avoient fait aſſigner Michon pardevant l'official de Lyon, & quoiqu'il s'agît de choſe purement temporelle, elles avoient tâché de lui en faire avoir la connoiſſance : en quoi elles avoient d'autant moins de fondement, que le juge d'égliſe vouloit attirer pardevant lui une perſonne laïque, & connoître de l'exécution des contrats paſſés ſous le ſcel royal. Auſſi la cour ayant reçu ledit Michon appellant comme d'abus de la citation faite pardevant l'official de Lyon, a prononcé, mal, nullement & abuſivement cité. D'autre part, il ne ſemble pas que le bailli de Rouanne, qui n'eſt pas juge royal, pût être juge de la cauſe, attendu même qu'il s'agiſſoit de la réciſion d'un contrat, & qu'elle étoit plûtôt directe qu'incidente. C'étoit donc devant le bailli de Forêts à Montbriſon qu'on avoit dû ſe pourvoir, tant à cauſe de la réciſion que de la qualité des religieuſes.

Enfin la cour, en entérinant les lettres, a caſſé un contrat, par lequel ledit Michon, outre la conſtitution faite à ſa niece, en entrant dans la religion, s'étoit obligé à donner de plus mille livres & un encenſoir d'argent. C'eſt que la cour a jugé qu'il y avoit une eſpece de contrainte, & que ledit Michon ne s'y étoit obligé que parce qu'on le menaçoit de lui ôter la ſucceſſion. Mais comme les religieuſes ne s'étoient pas contentées de cette augmentation & de l'obligation qu'on avoit faite pour raiſon d'icelle, & qu'elles s'étoient encore fait payer trois mille livres en deniers comptés & reçus; la cour n'a pas condamnés les religieuſe a la rendre; mais elle les a obligées à s'en contenter, ayant ordonné qu'elle leur demeureroit pour tout; ce faiſant, que l'oncle étoit déchargé des deux mille livres promis pour la dot de réception. Si bien qu'il n'y a eu de ſurcroît que mille livres qu'on a laiſſées, parce qu'elles avoient été reçues, & que l'oncle le conſentoit. Mais peut-être qu'on s'étonnera que n'y ayant aucun acte qui fît foi des trois mille livres que l'oncle avoit payé lors de la profeſſion, pour s'aſſûrer de la diſpoſition de ſa niece, ou pour empêcher qu'elle n'en fit à ſon préjudice, la cour en ait admis la compenſation. Sur quoi il faut remarquer que lors de la profeſſion, l'oncle avoit pris acte devant notaire & témoins de ce qu'on lui faiſoit faire par contrainte, & proteſté de répéter ſes deniers & de faire caſſer l'obligation qu'il devoit paſſer. Ainſi cet acte public donnoit quelque jour à la fraude, & pouvoit ouvrir la voye à la preuve par témoins. Outre que l'oncle inſiſtoit au ſerment des religieuſes, & de celui qui pour l'obligation leur avoit prêté ſon nom & ſon miniſtère. Ne pouvant donc pas s'excuſer d'affirmer, & le refus de ce faire étant une confeſſion tacite, les religieuſes aimerent mieux donner les mains, que de refuſer le ſerment, ou le prêter ſans dire la vérité.

6 Comme nous venons de dire qu'il eſt permis aux peres & meres de conſtituer à leurs filles ce que bon leur ſemble lorſqu'ils les mettent dans la religion, & que la prohibition des arrêts ne s'étend pas à cela, nous voulons ajouter qu'une fille majeure & maîtreſſe de ſes droits peut en entrant dans la religion ſe conſtituer & donner au monaſtère telle part de ſes biens qu'elle voudra. Mais il faut qu'elle le faſſe à l'entrée & par le contrat de réception; car après elle n'eſt plus libre n'étant plus en ſa puiſſance. Le faiſant donc lorſqu'elle a le pouvoir & la liberté de diſpoſer, il ſemble que l'avantage eſt valable. C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt qui ſuit, qui ſemble pourtant contraire aux arrêts qui ont voulu régler ce que les filles doivent porter à une penſion viagere.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre les religieuſes, prieur & couvent des 7
Urſulines de Nogent-le-Rotrou, tant en leurs noms, que comme ayant repris la cauſe d'appel au lieu de demoiſelle margueritte Darlange religieuſe profeſſe audit monaſtère, appellante d'une ſentence du bailli d'Orléans ou ſon lieutenant à Yenville, & les 14 mai 1646, 27 juin & 3 février 1646, permiſſion de ſaiſie du 8 dudit mois, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, & demandereſſe au principal évoqué par arrêt du 15 mai 1626, ſuivant l'exploit du 20 janvier audit an, d'une part, & demoiſelle Marie Darlange, fille majeure, uſante & jouiſſante de ſes droits, intervenante, défendereſſe & demandereſſe en requête préſentée au bailli de Miremagne le 5 novembre 1646, ſuivant l'exploit du 10 dudit mois, & Jean Bruſlé, fermier métayer de la métairie des Hautes-Loges, défendereſſe, & leſdites religieuſes Urſulines de Nogent, intervenantes; & ladite Marie Darlange, défendereſſe & demandereſſe en lettres de réciſion du 3 avril 1648, & leſdites religieuſes Urſulines défendereſſes, d'autre. Vû par la cour leſdites ſentences, la premiere, du 14 juin, par laquelle les défauts obtenus par ladite Marie Darlange auroient été déclarés bien obtenus, & en jugeant le profit, ladite Marguerite déchûe du profit de la ſentence de contumace donnée par le bailli de Bros, ou ſon lieutenant le 20 janvier 1645, & condamné aux dépens des défauts de ladite inſtance d'appel. La deuxieme deſdites ſentences du 27 janvier, par laquelle auroit été ordonné que leſdites religieuſes procéderoient audit ſiége de Yenville au renvoi par eux requis dudit 3 février, par laquelle auroit été ordonné que ſur l'appel interjetté de ladite ſentence du 27 janvier, les parties ſe pourvoiroient à la cour; cependant ſans préjudice d'icelles, & des droits des parties, juſqu'à ce que par ladite cour en ait été ordonné; que ladite Marie Darlange jouiroit par proviſion du lieu des Hautes-Loges, dont étoit queſtion, comme lui ayant ci-devant appartenu par indivis avec Marguerite Darlange ſa ſœur, religieuſe profeſſe audit couvent, en donnant bonne & ſuffiſante caution, de rapporter les fruits de ladite terre, s'il étoit dit, avec permiſſion de faire viſiter les lieux en préſence de notaires ou autres perſonnes publiques, qui dreſſeroient procès-verbal de l'état d'iceux, parties préſentes ou dûement appellées, & paſſé outre pour l'exécution, les cautions & certificateurs nommés faiſant les ſoumiſſions ſolidaires avec ladite Marie Darlange; ledit exploit du 20 janvier, auquel ledit Bruſlé fut condamné à vuider du lieu des Hautes-Loges, corps & biens. Arrêt du 15 mai 1646, par lequel ſur leſdites appellations, les parties auroient été appointées au conſeil, & le principal évoqué, & ſur icelui en droit; cauſe d'appel, réponſe, ledit principal évoqué, productions, contredits deſdites parties; ladite requête & exploit du 10 novembre, portant permiſſion de viſiter leſdits lieux des Hautes-Loges; ſaiſies faites en vertu dudit exploit ſur ledit Bruſlé, de quantité & nombre de gerbes & de bled; moyens d'intervention, d'oppoſition, défenſes & réponſes; appointement en droit ſur le tout, productions deſdites parties; leſdites lettres de ladite Marie Darlange dudit 3 avril à ce qu'elle fût reſtituée contre les contrats paſſés entre ladite Marguerite Darlange & leſdites religieuſes Urſulines, les 2 juillet

BIU Cujas

1644, & 16 novembre 1645; ce faiſant, que ladite Marie fût maintenue en la poſſeſſion & jouiſſance de ladite métairie des Hautes-Loges, & des autres biens, tant paternels que maternels de ladite Marguerite Darlange, & leſdites religieuſes condamnées lui en reſtituer les fruits depuis ledit jour 2 juillet, à la charge de leur payer une penſion de par an, & aux dépens, dommages & intérêts; défenſes, appointement en droit, production deſdites parties, informations faites à la requête deſdites religieuſes contre ladite Marie Darlange le 11 août 1646, & ladite Darlange contre leſdites ſœurs. Commiſſion de ladite cour par le lieutenant particulier, aſſeſſeur criminel au bailliage du Cherche: Tout joint, concluſions du procureur général du roi, & conſidéré, dit a été que la cour, ſans s'arrêter auſdites lettres, a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant; & faiſant droit au principal évoqué, ordonne que le contrat du 22 juillet 1644 ſera exécuté; ce faiſant, que les biens de ladite Marguerite Darlange appartiendront auſdites religieuſes, ſi mieux n'aime ladite Marie Darlange leur payer la ſomme de 5800 livres; ſuivant ledit contrat, & les intérêts de ladite ſomme, à raiſon du denier-vingt, du jour de la demande faite par leſdites religieuſes; & ſur le ſurplus deſdites demandes, les parties hors de cour & de procès, ſans dépens. Prononcé le onzieme août 1649. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

L'Auteur traite ici trois queſtions. La premiere, que les novices ne peuvent diſpoſer au profit du monaſtere où ils font profeſſion, ou d'un autre du même ordre, directement ou indirectement, ſuivant les arrêts rapportés par M. Brodeau, ſur M. Louet,
8 let. C, ch. 8, il faut ajouter ceux rapportés par M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 9, où il traite fort bien cette queſtion. Il va plus loin que notre auteur; car dans le nombre 490, il ſoutient que les novices ne peuvent diſpoſer même au profit d'un monaſtere de différent ordre, de peur que les différens ordres ne ſoient d'intelligence enſemble, pour éluder la prohibition de l'ordonnance.

De la dot des religieuſes.

Dans la ſeconde queſtion, l'auteur établit que les peres & meres peuvent donner tout ce que bon leur ſemble à leurs enfans qui entrent en religion, ſoit en propriété, ou par forme de penſion viagere. Bien-tôt après le décès de l'auteur ce mauvais uſage fut
9 réformé. La cour rendit un arrêt en forme de réglement, par lequel défenſes furent faites aux religieux & religieuſes de prendre de l'argent pour l'entrée dans la religion, ſuivant & conformément aux canons de l'égliſe. Cet arrêt a eu ſon exécution pendant pluſieurs années. J'ai plaidé une cauſe pour le ſieur Chaumel, médecin du roi, contre les religieuſes de Ganat en Auvergne, qui furent condamnées à rendre une ſomme de 3000 livres, qu'elles avoient priſe pour la profeſſion de la ſœur dudit ſieur Chaumel: mais dans le tems de la précédente guerre, tous les monaſteres ayant été taxés pour les amortiſſemens & la capitation, ils obtinrent une déclaration du roi, qui leur permet de recevoir certaine ſomme plus ou moins forte, ſuivant la différence des lieux.

Si une fille, maîtreſſe de ſes droits, peut diſpoſer au profit du monaſtere où elle entre.

Dans la troiſiéme queſtion, l'auteur établit qu'une fille majeure & maitreſſe de ſes droits, peut en entrant dans la religion donner au monaſtere telle portion de ſes biens que bon lui ſemble, pourvu qu'elle le faſſe avant l'entrée, ou par le contrat de réception.

10 Mais cette propoſition n'eſt pas certaine; car ſi la donation étoit immenſe, elle ſeroit ſujette à réduction, comme étant faite contre l'eſprit des canons & des ordonnances, & au préjudice de l'intérêt des familles & du bien public. D'ailleurs une ſemblable diſpoſition reſſentiroit la ſéduction, qui n'eſt pas moins à craindre que la violence.

Dans la queſtion 36 du ſixiéme livre, tome 3, l'auteur rapporte un arrêt confirmatif de la ſentence du bailli de Montbriſon, qui avoit condamné un tuteur à payer la dot conſtituée à une religieuſe, morte deux jours après ſa profeſſion.

11 M. Soefve, dans ſon recueil d'arrêts, tome 1, cent. 4, ch. 91, rapporte un arrêt du 25 mai 1655, qui a confirmé le teſtament fait par une religieuſe à la veille de ſa profeſſion, dans lequel il y avoit un legs de 30000 livres, au profit du monaſtere de la Viſitation de la ville de Pont-à-Mouſſon, où elle fit profeſſion peu de jours après.

BIU Cujas

Déclaration du roi, concernant les dots des religieuſes, regiſtrée en parlement, le 7 mai 1693.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces 12
préſentes lettres verront, ſalut. Le zéle avec lequel nous employons l'autorité qu'il a plut à Dieu de nous donner, pour maintenir en toutes choſes la diſcipline eccléſiaſtique; & les ordres que nous donnâmes dans les années 1666 & 1667, touchant l'établiſſement des monaſtères, & la réception des perſonnes qui embraſſent la profeſſion religieuſe, marquent aſſez le deſir que nous aurions de voir obſerver dans leur pureté les régles les plus étroites qui ont été faites ſur ce ſujet.

Mais comme quelques-uns des monaſtères que l'on a laiſſé établir dans ce royaume, & particulierement depuis le commencement de ce ſiécle, n'ont eu aucuns biens aſſurés lors de leurs établiſſemens, & que pluſieurs n'ont encore qu'une portion médiocre de ce qui eſt néceſſaire pour leurs ſubſiſtances; les ſupérieurs de ces maiſons ont cherché des ſecours à leur néceſſité dans les dots qu'elles ont reçu des perſonnes qui y ſont entrées; & quelques monaſtères qui ne ſe trouvoient pas dans le même beſoin, n'ont pas laiſſé d'augmenter encore par cette voie les biens conſidérables qu'ils avoient, même par les fondations qui en avoient été faites.

Nos parlemens ont réprimé ce déſordre dans des occaſions où l'on avoit donné des ſommes exceſſives pour l'entrée de quelques perſonnes dans des monaſtères, & ils ont même tâché d'en empêcher la continuation, par les arrêts généraux qu'ils ont rendus.

Cependant comme ces arrêts, n'ont pas eu le ſuccès que l'on devoit attendre de la juſtice de leurs diſpoſitions, & que les voies dont on s'eſt ſervi pour en éluder l'exécution, ſe ſont trouvées encore plus préjudiciables à nos ſujets, que ce qui avoit été pratiqué auparavant : Nous voyons la néceſſité qu'il y a d'apporter les remedes tels que l'ordre de l'égliſe & le bien de notre état peuvent deſirer; & en attendant que la paix, que nous ſouhaitons avec tant d'ardeur, nous mette plus en état de procurer un ſi grand bien, nous ne voulons pas différer plus long-tems à empêcher un abus qu'on ne ſçauroit tolérer, & à pourvoir en même-tems par proviſion à la ſubſiſtance des monaſtères qui en ont un véritable beſoin, par une voie qui a été approuvée & pratiquée par les plus ſaints prélats, depuis & en exécution du dernier concile, & qui ne ſera pas onéreuſe aux familles de nos ſujets.

A ces cauſes, de l'avis de notre conſeil, & de notre certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, nous avons ſtatué & ordonné, ſtatuons & ordonnons que les ſaints décrets, ordonnances & réglemens, concernant la réception des perſonnes qui entrent dans les monaſtères pour y embraſſer la profeſſion religieuſe, ſeront exécutées: ce faiſant, défendons à tous ſupérieurs & ſupérieures d'iceux, d'exiger aucune choſe, directement ou indirectement, en vue & conſidération de la réception, de la priſe d'habit, ou profeſſion. Permettons aux monaſtères des Carmélites, aux filles de ſainte Marie, des Urſulines, & autres qui ſont fondés, & qui ſont établis dans notre royaume depuis l'année 1600, en vertu de lettres-patentes bien & duement enregiſtrées en nos cours de parlemens, de recevoir des penſions viageres pour la ſubſiſtance des perſonnes qui y prennent l'habit, & y font profeſſion. Voulons qu'il en ſoit paſſé des actes par-devant notaires, avec leurs peres & meres, tuteurs ou curateurs, à la charge que leſdites penſions ne pourront, pour quelque cauſe & ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, excéder la ſomme de cinq cent liv. par chacun an, dans notre bonne ville de Paris & autres, dans leſquelles nos cours de parlemens ſont établies, & celle de 350 livres dans toutes les autres villes & lieux de notre royaume; & que pour la ſureté deſdites penſions l'on puiſſe aſſigner des fonds particuliers, dont les revenus ne puiſſent être ſaiſis juſqu'à concurrence deſdites penſions, pour dettes créées depuis leur conſtitution; faiſant dès-à-préſent main-levée de toutes les ſaiſies qui pourroient en être faites, & ce nonobſtant toutes ſurſéances & lettres d'état. Enjoignons à nos cours & juges de les ordonner lorſquelles leur ſeront demandées. Permettons pareillement auſdits monaſtères de recevoir pour les meubles, habits, & autres choſes abſolument néceſſaires pour l'entrée des religieuſes, juſqu'à la ſomme de deux mille livres une fois payée, dans les villes où noſdites cours de parlemens ſont établies, & juſqu'à celle de douze cent livres dans les autres villes & lieux, & dont il ſera paſſé des actes par-devant notaires; & en cas que les parens & héritiers des perſonnes qui entreront dans leſdits monaſtères ne ſoient pas en volonté, ou en état d'aſſurer leſdites penſions viageres, en tout ou en particulier, permettons auſdites ſupérieures de recevoir des ſommes

BIU Cujas

d'argent, ou des biens immeubles qui tiennent lieu deſd. penſions, pourvu que leſdites ſommes d'argent, ou la valeur deſdits biens immeubles, n'excédent pas la ſomme de 8000 livres, dans les villes où nos cours de parlement ſont établies; & ailleurs, celle de 6000 liv. & qu'où l'on voudroit donner une partie en argent ou immeubles, & l'autre en penſion moindre, & au-deſſous deſdites 500 livres, & 350 livres, leſdites ſommes d'argent ou biens immeubles que l'on pourra donner pour ſuppléer auſdites penſions, ſoient réduits & réglés ſur le même pied, & ſuivant la même proportion.

Voulons que les héritages que l'on pourra donner à cet effet, ſoient eſtimés préalablement par experts, qui ſeront nommés d'office par les principaux juges des lieux, leſquels donneront enſuite permiſſion auſdits monaſteres de les recevoir par forme d'alimens & au lieu de penſions viageres; & qu'il ſoit paſſé des actes par-devant notaires de la délivrance deſdites ſommes d'argent, ou des biens immeubles qui ſeront ainſi donnés.

Voulons que les dots & penſions ci-devant promiſes & conſtituées, même pendant & depuis l'année 1667, par parens ou tuteurs d'aucunes des religieuſes, ayent lieu, nonobſtant tous jugemens & arrêts qui pourroient avoir été rendus au contraire; à condition que ſi leſdites dots & penſions ſe trouvoient excéder les ſommes réglées ci-deſſus, elles demeureront réglées ſuivant notredite déclaration, en cas que les peres, meres, freres & ſœurs deſdites religieuſes le demandent, dans ſix mois après l'enregiſtrement & la publication qui en ſera faite dans nos cours: permettons aux autres monaſteres, même aux abbayes & prieurés qui ont des revenus par leurs fondations, & qui prétendront ne pouvoir entretenir le nombre des religieux qui y ſont, de repréſenter aux archevêques & évêques, des états de leurs revenus & de leurs charges, ſur leſquels ils nous donneront les avis qu'ils trouveront à propos, touchant les monaſteres de cette qualité, où ils eſtimeront que l'on pourra permettre de recevoir des penſions, des ſommes d'argent, ou des immeubles de la valeur exprimée ci-deſſus, & ſur le nombre des religieuſes qui y ſeront reçues à l'avenir, au-delà de celui qu'ils croiront que leſdits monaſteres peuvent entretenir de leurs revenus, pour, les avis deſdits archevêques vûs, y être pourvu ainſi qu'il appartiendra.

Défendons aux femmes veuves, & filles qui s'engagent dans les communautés ſéculieres, dans leſquelles l'on conſerve, ſous l'autorité des ſupérieurs, la jouiſſance & la propriété de ſes biens, d'y donner plus de 3000 livres en fonds, outre des penſions viageres, telles qu'elles ſont marquées ci-deſſus.

Défendons pareillement aux peres, meres, & à toutes autres perſonnes, de donner directement ou indirectement auxſdits monaſteres & communautés, aucune choſe autre que celles qui ſont expliquées par notre préſente déclaration, en conſidération des perſonnes qui y font profeſſion, & qui s'y engagent, à peine de 3000 livres d'aumône contre les donateurs, & de la perte par leſdits monaſteres & communautés qui les auront accepté, des choſes données, ſi elles ſont en nature, ou du payement de la valeur, ſi elles n'y ſont pas; le tout applicable au profit des Hôtels-Dieux, & des hôpitaux généraux des lieux.

N'entendons néanmoins comprendre dans la préſente diſpoſition, les donations qui ſeront faites aux monaſteres pour une rétribution juſte & proportionnée des prieres qui pourroient être fondées, quand même les fondateurs y auroient des parens, à quelque degré que ce puiſſe être.

Voulons qu'à l'égard des communautés des perſonnes ſéculieres & régulieres, qui ne ſont point confirmées par nos lettres-patentes, notredit édit du mois de décembre 1666 ſoit inceſſamment exécuté; & à l'égard de celles que l'on ne jugera pas néceſſaire de confirmer ou transférer: nous déclarons dès-à-préſent nulles toutes les acquiſitions & donations d'héritages, rentes ou autres immeubles faites par elles & à leur profit. Voulons que leſdits biens, pour ce qui eſt des perſonnes régulieres, ſoient donnés aux monaſteres dans leſquels les archevêques ou évêques des lieux jugeront à propos d'envoyer les religieuſes qui ſe trouveront dans leſdites communautés; & pour ce qui eſt de celles des perſonnes ſéculieres, leſdits biens ſoient donnés aux Hôtels-Dieu, ou aux hôpitaux généraux des lieux où leſdites communautés étoient établies.

Ordonnons au ſurplus, que notre édit du mois de décembre de l'an 1666, contenant les formalités qui doivent être obſervées pour l'établiſſement des communautés ſéculieres & régulieres, ſoit ponctuellement exécuté, même à l'égard des tranſlations des monaſteres & communautés d'un lieu, ou d'une maiſon à une autre, leſquelles ne pourront être faites qu'après que toutes les formalités portées par ledit édit, pour les premiers établiſſemens deſdits monaſteres, auront été obſervées. Enjoignons à nos juges & aux officiers d'y tenir ponctuellement la main, & de prononcer contre les communautés qui ſeront établies ou transférées ſans avoir ſatisfait auſdites formalités, les pei-

BIU Cujas

nes portées par notredit édit. Si donnons en mandement à nos amés & féaux conseillers les gens tenans notre cour de parlement à Paris, que ces présentes ils aient à faire lire, publier & enregistrer, & le contenu en icelles garder & observer de point en point, selon leur forme & teneur, sans y contrevenir, ni souffrir qu'il y soit contrevenu en quelque sorte & maniere que ce soit: car tel est notre plaisir. En témoin de quoi nous y avons fait mettre notre scel. Donné à Versailles, le vingt-huitiéme jour d'avril, l'an de grace 1693, & de notre régne le cinquantiéme. *Signé*, LOUIS. Et plus bas: par le roi, Phelypeaux. Et scellé du grand sceau de cire jaune.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Dot des Religieuses.

☞ Sur la premiere question, il faut ajouter aux auteurs qui ont été cités, M. Servin, plaid. 2, & 51, M. Montholon, arrêt 120, M. Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 52 & 75, liv. 2, ch. 91, M. Ferriere sur l'article 276 de la coutume de Paris, gl. 1, depuis le nomb. 39, jusqu'au 46, M. Auzanet, sur l'art. 277 de la même coutume, vers la fin; M. Dupleſſis, des donat. pag. 549.

La jurisprudence de tous les parlemens du royaume est à présent conforme à celle du parlement de Paris. Autrefois le parlement de Toulouse jugeoit que semblables dispositions étoient valables; mais à présent il les déclare nulles, suivant les arrêts remarqués par M. Cambolas dans ses décisions notables du droit, liv. 5, ch. 28, nomb. 2. Le parlement de Provence suit la même jurisprudence, suivant un arrêt du 22 mai 1675, rapporté dans le journal du palais, tom. 5, pag. 143, & par Boniface dans la suite de son recueil d'arrêts du parlement de Provence, tom. 1, liv. 7, tit. 4, chap. 2. La jurisprudence du parlement de Dijon est conforme, suivant les arrêts remarqués par M. Taisand, sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 23, not. 6. La même jurisprudence est suivie au parlement de Normandie, suivant le témoignage de M. Basnage dans son commentaire, sur l'article 439 de cette coutume, pag. 304, au commencement. Quoique la déclaration du mois d'avril 1693 ne soit faite qu'en faveur des monasteres de nouvelle fondation, qui n'ont pas des revenus certains & suffisans pour subsister, néanmoins les anciens monasteres qui ont de gros revenus & des biens en fond, ne laissent pas de prendre des dots; mais quand la question est portée en la cour, elle condamne ces sortes de conventions, ainsi que cela a été jugé par l'arrêt qui suit.

Arrêt de la cour de parlement, partagé à la grand'chambre le 2 septembre 1710, & jugé a la premiere des enquêtes le 20 février 1711, portant réglement pour les dots des religieuses.

FAIT.

ETIENNE Supligeau & Louise Molandin ont eu quatre enfans, Etienne, Alexandre, Jean & Marie-Louise Supligeau. Les trois premiers sont demeurés au siécle, le quatriéme, qui est Marie-Louise Supligeau, ayant formé dessein d'être religieuse, choisit l'abaye de la Virginité, & le témoigna à sa famille: on y donna les mains, & son pere ayant voulu savoir ce qu'il lui en couteroit, l'abbesse lui adressa un mémoire contenant en substance qu'il falloit.

1°. Pour la dot,	6000 l.
2°. Pour un parement d'autel,	300 l.
3°. Pour la pension du noviciat,	150 l.
4°. Un ameublement valant au moins	1000 l.
5°. Tous les vêtemens d'une religieuse, valant encore au moins,	800 l.
Total,	8250 l.

Ce mémoire est certain, il a été conservé par Supligeau, & s'est trouvé dans ses papiers, étiqueté de sa main, *mémoire de madame de la Virginité.*

La somme étoit forte; cependant Etienne Supligeau le 27 février 1666 se rendit à l'abbaye de la Virginité; la communauté assemblée au son de la cloche, fut passé contrat. Les religieuses s'obligent de recevoir Marie-Louise Supligeau en qualité de dame de chœur, de la nourrir & entretenir le reste de ses jours comme les autres religieuses. Son pere s'engage de payer six mille livres pour la dot, dont il paye mille livres comptant. On stipule le surplus payable: savoir, mille livre lors de la profession, &

BIU Cujas

quatre mille livres trois ans après, dont il ſeroit fait un fond de deux cent livres de rente, & juſques-là l'intérêt. Il s'oblige auſſi de payer trois cent livres pour le préſent d'égliſe, un ameublement, & tout ce qui lui avoit été demandé par le mémoire de l'abbeſſe.

Les religieuſe ayant remarqué dan les ſieur Supligeau de la tendreſſe pour ſa fille, profiterent de l'occaſion; enſorte qu'outre ce qui étoit porté par le mémoire de l'abbeſſe, elles l'obligerent de faire encore ſoixante livres de penſion viagere.

Ce fut ſous toutes ces conditions que Marie-Louiſe Supligeau fut admiſe au nombre des novices de la Virginité. Son noviciat fini, ſa famille s'aſſembla pour aſſiſter à ſa profeſſion, les religieuſes meſurant plutôt ſa vocation au poids du métail, qu'à celui du ſanctuaire, regarderent cette occaſion comme la derniere de tirer encore quelque choſe. Elles ne l'échapperent point : elles firent entendre au ſieur Supligeau, qu'elles étoient réſolues de ne point conſentir à la profeſſion de ſa fille, ſi outre les quatre mille livres qui reſtoient des ſix mille livres de ſa dot, il ne s'obligeoit de leur fournir encore dans trois mois mille livres; il fallut ſe ſoumettre à tout ce que ces religieuſes ſouhaiterent : le ſieur Supligeau déja en avance de cinq mille livres, fit ſon billet au porteur des dernieres mille livres que l'on avoit exigé de lui.

Avec ce billet que les religieuſes prétexterent n'avoit été fait, que parce qu'il falloit une chambre à feu à la ſœur Supligeau, à cauſe des infirmités qu'elles lui ſuppoſerent, elles donnerent les mains à ſa profeſſion; mais dans le même inſtant elles oublierent qu'elle eût aucunes infirmités, on ne lui donna point de chambre à feu, on la logea & on la mit ſur le pied des autres : le ſeul ſoin des religieuſes fut de ſe faire payer des mille livres qu'elles avoient extorquées en dernier lieu du ſieur Supligeau.

Cette ſomme, avec les mille livres payées lors de la veſture & de la profeſſion de Marie Louiſe Supligeau, les trois cent livres pour le préſent d'égliſe, les ameublemens, linges & vêtemens qui lui ont été fournis, & cent cinquante liv. pour la penſion de ſon noviciat, ont fait celle de cinq mille deux cent cinquante livres de deniers comptans, que les religieuſes de la Virginité ont touchés du ſieur Supligeau. Elles ont encore été payées des ſoixante livres de penſion viagere, qui depuis l'année 1667, juſqu'en 1707 que la ſœur Supligeau eſt décedée, a produit deux mille deux cent quatre-vingt livres; elles ont auſſi été payées de deux cens livres par an pour l'intérêt des quatre mille liv. reſtant à payer de la dot, ce qui a encore produit ſept mille ſix cent liv. : de maniere que tant en deniers comptans, qu'en penſion & intérêt, elles ont touché pour la profeſſion de la ſœur Supligeau, quatorze mille neuf cent quatre-vingt livres.

Avec cette ſomme une religieuſe de province n'a pu être à charge à ſa communauté. Les religieuſes de la Virginité l'avoient bien preſſenti, elles ont abandonné une premiere demande qu'elles avoient formée dès l'année 1684, après le décès du ſieur Supligeau, contre ſes héritiers, pour qu'il leur fût aſſuré un fond des quatre mille livres; elles ſe ſont contentées de l'intérêt, qui leur a été exactement payé tant que la ſœur Supligeau a vécu. Elles devoient ne rien exiger au-delà; mais renouvellant la premiere conteſtation qu'elles avoient formée & abadonnée dès 1684, elles ont fait aſſigner les intimés, héritiers d'Etienne Supligeau, pour voir déclarer exécutoire le contrat de dotation du 27 février 1666, & en conſéquence être condamnés de leur faire un fond de quatre mille livres reſtans à payer de la dot de la ſœur Supligeau.

Cette demande a eu le ſuccès qu'elle méritoit, par ſentence du bailliage de Tours, du 20 mars 1707, les religieuſes de la Virginité en ont été déboutées, avec dépens : c'eſt l'appel qu'elles en ont interjetté qui fait aujourd'hui la matiere de la conteſtation.

La ſentence du bailliage de Tours ne peut être infirmée, les juges qui l'ont rendue n'ont pu ordonner l'exécution du contrat qui leur étoit demandée. Ce conrat eſt ſimoniaque, par conſéquent nul *ipſo jure ;* il eſt contraire aux conſtitutions de l'égliſe, aux réglemens généraux de la cour, à la juriſprudence des arrêts, & à la déclaration du roi du mois d'avril 1693.

Par le canon 39 du quatriéme concile général de Latran, tenu en 1215, ſous Innocent III, il eſt défendu aux religieuſes de recevoir des novices pour de l'argent, même ſous prétexte de pauvreté : *Quoniam ſimoniaca labes adeò pleraſque moniales infecit, ut vix aliquas ſine pretio recipiant in ſorores, prætextu paupertatis, volentes hujuſmodi vitium palliare, ne id de cætero fiat prohibemus.*

Le concile de Sens tenu en 1525, ſous le cardinal Duprat, eſt encore plus précis ſur les défenſes qui ſont faites aux religieuſes de recevoir des dots. *Conſtituimus ut in monaſteriis monialium tot inſtituantur moniales, quot de facultatibus commodè & ſine penuria arbitrio epiſcopi ſuſtentari poſſunt, à quibus pro ingreſſu aut receptione nihil prorſus prætextu conſuetudinis, aut alio quovis quæſito colore exigatur.*

Il y a un premier réglement fait par la cour le 11 janvier 1635, dans la cauſe du

BIU Cujas

ſieur de Fontperthuis, & les Urſulines du fauxbourg Saint Jacques de cette ville de Paris, par lequel il eſt fait défenſes à toutes les communautés religieuſes de prendre, ou ſouffrir être priſes aucunes ſommes de deniers pour la réception d'aucunes religieuſes; mais de ſimples penſions viageres, qui ne peuvent pour les plus riches excéder cinq cent livres, à peine de nullité & de reſtitution. Journal des audiences, tome premier.

Ces défenſes ſont réitérées par un autre arrêt du 29 mars 1659, dans la cauſe des héritiers d'Anne Dargis, religieuſe à Sainte Véronique de Blois, rapporté dans le journal des audiences.

Il y a eu un troiſiéme réglement le 4 avril 1667, rapporté dans le même journal des audiences : il porte itératives défenſes à toutes religieuſes d'exiger, ni de prendre aucunes ſommes de deniers, ni préſent, bienfait temporel, ou penſion viagere, ſous prétexte de fondation, ou quelqu'autre que ce ſoit, en conſidération de la réception des novices à l'habit ou profeſſion, à peine de reſtitution du double au profit des hôpitaux.

Il y a pluſieurs arrêts qui ont jugé en conformité de ces réglemens, entre autres celui du 19 avril 1679, contre les religieuſes de Xaintes, qui ont annullé des contrats de dotation, réduit des dots à de ſimples penſions viageres, & refuſé à des religieuſes le fonds qu'elles demandoient, quand elles avoient été payées de l'intérêt.

Les religieuſes de la Virginité, outre plus de cinq mille livres de deniers comptans qu'elles ont reçus pour la profeſſion de la ſœur Supligeau, ont été payées de deux cent ſoixante livres de rente pendant ſa vie : elles ne ſont donc plus en état de demander que le fond leur en ſoit aſſuré, & la ſentence dont eſt appel, qui les a déboutées de leur demande, eſt conforme à l'eſprit de l'égliſe, aux réglemens généraux, & à la juriſprudence des arrêts.

OBJECTIONS DES RELIGIEUSES DE LA VIRGINITÉ.

1°. Que c'eſt un contrat fait entre majeurs pour une ſomme volontairement offerte.

2°. Que ce contrat eſt antérieur au réglement de 1667.

3°. Que ces religieuſes n'étant pas riches, ſont expreſſément autoriſées à recevoir des dots par la déclaration même de 1693, & que la dot en queſtion n'eſt point exceſſive.

RÉPONSES AU PREMIER MOYEN.

Les contrats, quoique faits entre majeurs, ne ſont point favorables, quand ils ſont faits contre les loix, tel eſt celui qu'oppoſent les religieuſes de la Virginité. Les lettres n'ont pas été néceſſaires pour l'anéantir, il eſt nul *ipſo jure;* & ſi les héritiers Supligeau ont pris des lettres, ce n'a été qu'en tant que beſoin ſeroit, & par ſurabondance.

Les religieuſes de la Virginité n'ont pu diſconvenir de la diſpoſition des conciles & des anciens réglemens, contre les monaſtères qui prennent de l'argent pour les profeſſions des religieux ou religieuſes : elles prétendent ſeulement qu'il y a une exception à faire pour ce qui eſt offert volontairement; mais c'eſt une ſubtilité condamnée par les conciles & par les arrêts, notamment par le dernier concile, ſeſſion 25, *de regularibus*, chap. 16, qui défend à tout monaſtère, ſous peine d'anathême, de recevoir ce qui leur ſeroit donné par les novices ou leurs parens, tuteurs ou curateurs, avant leur profeſſion religieuſe, *ne hoc ullo modo fiat.*

Les réglemens de la cour portent pareilles défenſes aux ſupérieurs & ſupérieures des monaſtères d'exiger, ni de prendre ce qui leur ſeroit donné, à peine de confiſcation des ſommes données, leſquels mots *de don* & *de donner* ne peuvent s'entendre que de ce qui eſt volontairement offert.

Il eſt inutile d'obſerver que le contrat en queſtion eſt antérieur au réglement de 1667, puiſque ce réglement n'a pas fait une loi nouvelle, mais a renouvellé & confirmé la diſpoſition des anciennes loix rappellées dans le réquiſitoire de meſſieurs les gens du roi, ſur lequel a été fait le réglemeut; c'eſt pourquoi lorſqu'il s'eſt préſenté des contrats de cette nature, dont l'exécution a été portée en juſtice depuis ce réglement, quoiqu'ils euſſent été faits auparavant, la cour n'a pas fait difficulté de les déclarer nuls, comme il paroît par l'arrêt de 1679, contre l'abbeſſe de Xaintes, qui enthérine des lettres de reſciſion priſes contre un contrat paſſé en 1664.

Toute la réponſe que les religieuſes de la Virginité font à cet arrêt, eſt qu'il y a des arrêts contraires, qui ont confirmé des dots promiſes à des monaſtères, & que cette

BIU Cujas

juriſprudence eſt même autoriſée par la déclaration de 1693, mais cet arrêt & cette déclaration ſervent à confirmer ce qui a été jugé par l'arrêt de 1679, & bien loin qu'ils ſoient favorables à l'abbaye de la Virginité, c'eſt ce qui doit ſervir à prouver le bien jugé de la ſentence dont eſt appel.

La déclaration de 1693 a ſuivi dans ſa diſpoſition une diſtinction que la cour avoit faite auparavant par la juriſprudence de ſes arrêts, entre les monaſtères d'ancienne fondation, & les communautés de nouvel établiſſement; c'eſt-à-dire, qu'à l'égard des monaſtères d'ancienne fondation, la cour s'eſt tenue rigoureuſement aux ſaints décrets, qui leur défendent de rien recevoir pour la profeſſion des religieuſes, parce que ces monaſtères ont tous été fondés & dotés compétamment dans leur origine; c'eſt le cas de l'arrêt de 1679, contre l'abbeſſe de Xaintes, quoique le contrat fût fait avant ce réglement: mais à l'égard des communautés de Carmélites, Filles de Sainte Marie, Urſulines, & autres établies depuis cent ans, qui n'ont *eu aucuns biens aſſurés lors de leur établiſſement*, comme parle la déclaration de 1693, & n'ont ſubſiſté que par les dots des religieuſes, la cour s'eſt relâchée de la rigueur des canons, & leur a permis de recevoir des dots pour ſe ſoutenir; c'eſt le cas des arrêts qui ont confirmés des dots données à des monaſtères avant & depuis le réglement de 1697, & c'eſt ſuivant cette diſtinction que la déclaration de 1663, après avoir confirmé d'abord la diſpoſition des ſaints décrets, ordonnances & réglemens, portant défenſes à tous ſupérieurs & ſupérieures de monaſtères, de prendre aucune choſe en vue de la profeſſion, accorde par grace une exception de la loi aux monaſteres des Carmélites, Filles de Sainte Marie, Urſulines, & autres qui ne ſont pas fondées, & qui ſont établies depuis mil ſix cent, en leur permettant de recevoir des penſions viageres pour la ſubſiſtance des perſonnes qui prennent l'habit & font profeſſion.

Cette exception confirme la régle générale à l'égard de tous les autres monaſteres qui ne ſe trouvent pas dans l'exception. Or ce monaſtere de la Virginité ne s'y trouve certainement pas, parce qu'il n'eſt point du nombre de ces établiſſemens nouveaux faits depuis 1600, c'eſt un ancien monaſtere de l'ordre de ſaint Bernard, fondé en 1400, & c'eſt un fait paſſé en maxime ſur cette matiere, que tous les monaſteres de l'ordre de ſaint Benoît & de ſaint Bernard, que l'on appelle d'ancienne fondation, ſont monaſteres fondés & dotés de biens qui leur ont été aſſurés lors de leur établiſſement; & parce que les biens de quelques uns de ces monaſteres peuvent être diminués depuis ce tems, & par cette raiſon il pouvoit être juſte en certains cas de leur permettre de recevoir des dots de religieuſes, le roi par ſa déclaration de 1693, veut bien que cette permiſſion en ce cas leur puiſſe être accordée, mais en connoiſſance de cauſe, & ſur la repréſentation des états de leurs revenus, non pas tel qu'il leur aura plu le faire en leur particulier, mais certifié par l'archevêque ou évêque, & ſur l'avis qu'ils en auront donné à ſa majeſté, après s'en être inſtruit.

Cette forme n'étant point introduite pour les anciens monaſteres avant la déclaration de 1693, les arrêts ont perpétuellement & ſans diſtinction condamné les contrats de dots promiſes & reçues dans les monaſteres d'ancienne fondation, comme eſt celui de la Virginité. Si les biens qui lui ont été aſſurés lors de ſon établiſſement ſont diminués depuis, les religieuſes de la Virginité peuvent repréſenter à leur évêque les états de leurs revenus, & ſur ſon avis obtenir permiſſion du roi de prendre & recevoir des dots; mais juſqu'à ce que cette permiſſion leur ait été accordée en cette forme, il y a lieu de déclarer nuls les contrats par elles faits; ce qui eſt d'autant plus juſte dans le cas dont il s'agit, qu'après avoir reçu plus de 5000 livres de deniers comptans pour la profeſſion de cette fille, & plus de 8000 livres d'arrérages de rente ou penſion pendant ſa vie; elles oſent encore demander, qu'après la mort de cette religieuſe, on leur conſtitue un fonds de 4000 livres. Si dans le doute même, en ces ſortes de cas, les familles ſont infiniment plus favorables qu'un monaſtere, à plus forte raiſon la famille des ſieurs Supligeau doit-elle être protégée dans le cas particulier, où les enfans qui ſont reſtés dans le monde ont moins eu de la ſucceſſion de leurs pere & mere, que la religieuſe qui eſt morte profeſſe.

Les diſtinctions qu'on vient de faire des religieuſes d'ancienne fondation d'avec celles établies depuis 1600, répondent & à l'arrêt des religieuſes Urſulines de Chelles en Berri, qui ſont de nouvel établiſſement, que les dames de la Virginité alléguent avoir été rendu au rapport de M. le Boindre, & à toutes les citations, & à tous les faits haſardés dans leur factum.

Ces diſtinctions n'ont pas échappé à meſſieurs les gens du roi, qui ont conclu en faveur des héritiers Supligeau.

LOUIS

BIU Cujas

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis. Savoir faiſons, que le jour & date des préſentes, comparans en notredite cour, les dames, abbeſſe, religieuſes & couvent de la Virginité au bas Vendômois, appellantes d'une ſentence contre elles rendue au bailliage de Tours, le 22 mars 1707, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'une part ; & dame Jeanne Daguindeau, veuve Etienne Supligeau en ſon nom, & comme commune avec ledit Supligeau ſon mari ; M. Pierre Hebert, notre conſeiller au préſidial de Tours, & dame Jeanne Supligeau ſon épouſe ; Alexandre Supligeau, marchand à Tours ; damoiſelle Marie-Anne, & damoiſelle Louiſe-Claude Supligeau, majeures ; leſdits Supligeau enfans, héritiers & bien tenans dudit Etienne Supligeau leur pere, intimés : & entre leſdites religieuſes, demandereſſes en requête du 5 décembre 1708. & leſdits Daguindeau & conſorts, défendeurs ; & entre leſdits Daguindeau & conſorts, demandeurs en enthérinement des lettres de reſciſion par eux obtenues en chancellerie, le 29 décembre 1708, ſuivant leur requête du 15 janvier 1709, & leſdites religieuſes, défendereſſes d'autre part : vu par notredite cour la ſentence dont eſt appel, donnée au bailliage de Tours le 22 mars 1707, entre les parties, par laquelle leſdits Supligeau & conſorts auroient été renvoyés de la demande contre eux formée, & leſdites religieuſes condamnées aux dépens : Arrêt d'appointement au conſeil, du 18 août 1707 : cauſes & moyens d'appel deſdites religieuſes, du 23 juillet 1708 : réponſes à cauſes & moyens d'appel deſdits Daguindeau & conſorts, du 9 janvier 1709 : production des parties : contredits deſdits Daguindeau & conſorts, du 10 dudit mois de janvier : ſommation de contredits par leſdites religieuſes : La requête & demande deſdites religieuſes, du 5 décembre 1708, à ce que leſdits Daguindeau & conſorts fuſſent condamnés à payer auſdites religieuſes la ſomme de cinquante livres, pour le tems qui avoit couru de la petite penſion depuis le ſix mars mil ſept cent quatre, juſqu'au dix janvier mil ſept cent cinq, jour du décès de la mere Supligeau, & au ſurplus, leurs concluſions adjugées avec dépens, & qu'acte leur fût donné de l'emploi pour écritures & production ſur ladite demande, ſur laquelle requête auroit été mis, ſur la demande en droit & joint, & acte de l'emploi : requête deſdits Daguindeau & conſorts, du trente-un janvier mil ſept cent neuf, employée pour réponſes : ſommation de produire par leſdits Daguindeau & conſorts : les lettres de reſciſion obtenues en chancellerie le vingt-neuf décembre mil ſept cent huit, contre les contrats des vingt-ſept de février mil ſix cent ſoixante-ſix, cinq mars mil ſix cent ſoixante-ſept, & autres actes approbatifs : la requête & demande deſdits Daguindeau & conſorts, du 15 janvier mil ſept cent neuf, à ce que leſdites lettres de reſciſion fuſſent enthérinées, ce faiſant, en remettant les parties en l'état qu'elles étoient avant leſdits actes, ayant égard auſdites lettres, les concluſions qu'ils avoient priſes leur fuſſent adjugées avec dépens, & qu'acte leur fût donné de l'emploi pour écritures & production ſur ladite demande, ſur laquelle requête auroit été mis, ſur la demande appointée en droit & joint, & acte de l'emploi : ſommation de défendre & produire par leſdites religieuſes : production deſdits Daguindeau & conſorts, par requête du 15 janvier 1709 : contredits deſdites religieuſes, du 13 août mil ſept cent dix : ſalvations deſdits Daguindeau & conſorts du 29 dudit mois : Concluſions de notre procureur général : tout joint & conſidéré : notredite cour faiſant droit ſur le tout, ſans qu'il ſoit beſoin d'avoir égard aux lettres de reſciſion, a mis & met l'appellation au néant : ordonne que ce dont a été appellé ſortira effet, condamne leſdits Daguindeau & conſorts, de leur conſentement porté par leur requête du 31 janvier 1709, à payer auſdites religieuſes ce qui ſe trouvera leur être dû d'arrérages de la penſion viagere, juſqu'au jour du décès de Louiſe Supligeau religieuſe : condamne leſdites religieuſes de la Virginité, en l'amende de douze livres & aux dépens. Si te mendons le préſent arrêt mettre à exécution ſelon ſa forme & teneur : de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris, en notredite cour de parlement, le deuxiéme ſeptembre, l'an de grace mil ſept cent dix : & de notre régne le ſoixante-huitiéme. Collationné. *Signé :* par la chambre, LORNE.

En l'année 1722, je fus conſulté ſur la queſtion de ſavoir, ſi un legs fait par un ayeul à ſa petite fille religieuſe, de la ſomme de mille livres, étoit valable, & ſi les intérêts en étoient dûs du jour du décès du teſtateur. Le lecteur me permettra, s'il lui plaît, de rapporter ici ma conſultation.

L'on demande au conſeil, ſi un legs fait par un ayeul à ſa petite fille religieuſe, lors du teſtament, de la ſomme de mille livres, eſt valable, & ſuppoſé qu'il fût valable,

BIU Cujas

ſi les intérêts en ſont dûs du jour du décès du teſtateur. Le ſouſſigné qui a examiné la queſtion ci-deſſus propoſée, eſt d'avis que le legs n'eſt pas valable. C'eſt une maxime générale du royaume de France, que les religieux ſont réputés morts civilement, *quoad actus civiles pro mortuis habentur*, par conſéquent ils ſont incapables de ſucceſſions, donations, legs & fidéicommis. Quoique cette maxime ſoit certaine, néanmoins les cours ſouveraines ſe ſont un peu relâchées de cette rigueur : elles ont établi, qu'on peut faire aux religieux & religieuſes des legs modiques ſous certaines conditions : 1°. Que ce ſoit par forme de penſion viagere : 2°. Que la deſtination ſoit favorable, pour employer à leurs alimens, aux frais d'études & autres beſoins légitimes : 3°. Que la perception s'en faſſe par le procureur de la maiſon, & la diſtribution par le ſupérieur. Telle eſt la juriſprudence des arrêts du parlement de Paris, remarqués par M. Mornac, ſur l'autentique, *ingreſſi cod. de ſacroſ. eccleſ.* par M. Anne-Robert *rer. jud.* liv. 2, ch. 1, de M. Louet, lett. L, ch. 8, & de M. Julien Brodeau, au même endroit. M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 5, nomb. 338 & 339.

La même juriſprudence eſt ſuivie dans tous les autres parlemens. Dans celui de Toulouſe, ſuivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 1, ch. 4. En celui de Provence, par Boniface, tom. 1, liv. 2, tit. 31, ch. 12. En celui de Dijon, par Févret, dans ſon traité de l'abus, liv. 11, ch. 7, vers la fin, & par Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 23, note 3.

Ainſi le legs en queſtion étant pur & ſimple, n'eſt pas valable. A l'égard de la ſeconde queſtion, elle n'eſt pas ſuſceptible de la moindre difficulté : car, ſuivant le droit Romain, les intérêts d'une ſomme léguée ne ſont dûs que du jour de la conteſtation en cauſe, ſuivant le titre du code, *de uſuris & fructib. legat.*

Il eſt vrai que l'empereur Juſtinien par ſa novelle 131, ch. 12, a accordé que les intérêts des legs pieux, étoient payés du jour du décès du teſtateur ; mais cela n'eſt pas obſervé en France, ſuivant le ſentiment de M. Ricard, des donations, part. 2, ch. 3, nomb. 110. D'ailleurs le legs en queſtion ne peut pas paſſer pour un legs pieux. Déliberé à Paris, le 4 ſeptembre 1722.

DE LA VIRILE.

QUESTION CINQUANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La virile a été accordée aux veuves qui ne ſe remarient pas, pour récompenſer leur continence.*
2. *La mere n'a qu'une propriété imparfaite de la virile.*
3. *Elle appartient aux enfans, à moins que la mere n'en ait diſpoſé expreſſément.*
4. *Les créanciers de la mere n'ont aucun droit dans la virile, à moins d'une obligation expreſſe.*
5. *Raiſons des créanciers.*
6. *Raiſons des enfans.*
7. *Progrès du droit ſur cette queſtion.*
8. *Arrêt du 7 ſeptembre 1644, qui ordonne une enquête par Turbes, pour ſavoir ſi les créanciers ont droit de demander la virile.*
9. *Avis des Turbiers, que la virile, ſans une diſpoſition expreſſe, appartient aux enfans.*
10. *Avis en particulier de M. Garnier, avocat au préſidial de Lyon, plus étendu, mais ſemblable.*
11. *Cet arrêt eſt conforme à la diſpoſition du droit.*
12. *Arrêt qui a jugé que la vente faite par la mere, d'une terre à elle donnée pour augment, n'équipolle pas à une obligation expreſſe.*
13. *L'auteur a changé d'avis dans la queſtion 140 de ce livre IV, où il établit qu'il n'eſt pas néceſſaire d'une diſpoſition expreſſe.*
14. *Suivant la diſpoſition du droit, la vente vaut une diſpoſition expreſſe.*
15. *Un tiers-acquéreur peut preſcrire la virile.*

BIU Cujas

QUESTION LVI.

De la virile, que la mere qui ne se remarie point a en l'augment, & si ses créanciers la peuvent saisir.

1 NOUS ne sçaurions parler plus pertinemment de la virile que la loi donne à la femme qui ne se remarie point, en l'augment qu'elle a gagné, que monsieur d'Olive du Mesnil en a parlé au chapitre 29 du livre 3 de ses questions notables. Il en discourt en termes si clairs, & il découvre si bien quelle est la propriété que la mere a en cette virile, que si nous n'empruntons ses paroles, nous emprunterons leur sens. Ayant donc présuppposé que Justinien, en sa novelle 127, pour récompenser la continence des veuves, & les traiter plus favorablement que celles qui se remarient, leur donne une portion virile du gain nuptial; de sorte que la mere entre en part avec les enfans, & en prend autant que chacun d'eux: il ajoute que si elle en a la propriété, c'est une propriété fort irréguliere. Qu'en effet, quoique l'empereur semble confondre cette virile avec les biens de la mere, & en faire un propre, il n'entend pas pourtant que ce mêlange soit absolu: qu'au contraire, il donne à connoître que la confusion de patrimoine qui se fait
2 par cette acquisition est si imparfaite, qu'il reste toujours en cette portion quelque marque de son origine qui la distingue des autres biens qui n'ont pas la même source: que pour le montrer, Justinien se sert d'une particule qui montre l'imperfection; car en sa novelle 22, chapitre 20, après avoir dit que *conjuges percipient hæc lucra, & erunt eis propria*, il ajoute: *nihil pene ab alia eorum differentia possessione*. C'est ce qu'il semble avoir emprunté des empereurs Théodose & Honorius, en la loi 5, *C. de secundis nuptiis*, où ils disent que l'aliénation de semblables gains est permise aux peres & aux meres qni ne se remarient point, comme en étant non pas absolument, mais en quelque façon les maîtres. *Quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominium concessum esse non dubium est.*

Que si depuis, Justinien a dérogé à ce qu'il avoit établi en sa novelle 22, ce n'est pas en ce point-là; c'est seulement en ce qu'au lieu qu'il donnoit le gain entier aux veuves continentes, il a réduit cet avantage à une virile. De sorte que ce qu'il avoit dit auparavant du tout, doit avoir lieu pour la partie, & lui sert de reglement. Venant donc à la distinction qu'il faut faire, ledit sieur d'Olive suppose que la veuve peut engager, vendre & donner ce qui lui revient du gain nuptial: qu'elle peut transporter à des personnes étrangeres par testament, & à titre de legs, ou d'institution. Bref, qu'il lui est encore mieux permis d'en avantager l'un de ses enfans, à l'exclusion des autres. Mais si cela marque que la mere en a la propriété, voici ce qui marque qu'elle est imparfaite. C'est qu'au défaut d'avoir par la mere expressément disposé de cette virile par donation entre-vifs, ou par disposition testamentaire, elle revient aux enfans. C'est qu'encore qu'ils ne soient pas héritiers de la mere, ou qu'ils le soient par portions inégales, ils ne laissent pas de la prendre également, au défaut d'une disposition expresse & formelle. Il ne suffit pas que la mere ait fait une disposition générale; car pour comprendre la virile, la loi veut qu'elle en ait fait une disposition particuliere. Au défaut d'en avoir expressément disposé, cette portion est ac-
3 quise aux enfans, plûtôt en qualité d'enfans, qu'en qualité d'héritiers. C'est parce que la loi présume en ce cas que la mere n'y a pas voulu toucher, qu'elle n'a pas voulu confondre ce gain avec ses propres biens, mais qu'elle l'a regardé comme partie de la succession du pere, qui devoit retourner a ses enfans. C'est la raisou qu'Alciat en rend & qui est assez plausible.

Nous avons jugé nécessaire d'établir ce fondement avant que d'entrer dans notre question qui fit un grand bruit dans Lyon, & sur laquelle la cour ordonna, qu'il seroit informé par Turbes de l'usage pratiqué dans ladite ville de Lyon. Il s'agissoit
4 donc de sçavoir, si la mere qui ne se remarie point, peut aliéner ou engager à ses créanciers la virile de son augment, & si ses créanciers, venant à s'opposer à la discussion des biens du mari, peuvent se prévaloir de cette virile aux dépens des enfans.

Les créanciers se fondoient sur ce que nous
5 avons déja touché, sçavoir, que cette portion qui est déférée à la mere, pour récompense de sa continence, est confondue avec ses autres biens, & qu'elle en peut disposer. Par conséquent, ils disoient, que par les obligations qu'elle avoit consenties, elle étoit censée en avoir disposé, & que son intention avoit été que ses dettes fussent acquittées aussi-bien sur cette virile que sur ses autres biens. Qu'encore que l'autentique *nunc autem, C. de secundis nuptiis*, semble desirer indéfiniment une disposition expresse, & aussi-bien pour les actes que la mere fait de son vivant, que pour sa derniere disposition, on ne doit pas pourtant suivre cette regle: qu'il falloit recourir à la novelle, interpréter l'extrait par l'original, & le ruisseau n'étant pas assez clair, chercher la pureté dans sa source: qu'en effet, la novelle ne parle pas de la sorte; car elle distingue l'aliénation ou l'obligation que la mere fait de son vivant, d'avec la disposition qu'elle peut faire par donation ou par testament: qu'après avoir confondu ce gain avec les autres biens, elle laisse le pouvoir d'en disposer en ces termes: *Unde donec vixerint, omnem licentiam habebunt abalienationis super his, sicut in aliis quæ de suo ab initio habuerunt.*

Mais parlant ensuite dans la même novelle, qui est la 22, d'une disposition derniere & testamentaire, elle veut que la mere en dispose expressément, & que ne l'ayant pas fait, cette virile appartienne aux enfans également, soit qu'ils soient héritiers, ou non, & soit que la mere les ait institués par portions égales ou inégales.

Qu'en effet, il y a différence entre l'aliénation, ou l'obligation qui se fait par acte entre-vifs, & la disposition de derniere volonté. L'empereur l'a remarqué par la raison qu'il en rend: car quand il dit qu'il faut que la mere en ait expressément disposé par son testament ou autre acte, & qu'autrement la virile est acquise aux enfans également, il ajoute que c'est parce que la mere a témoigné parlà vouloir conserver cet avantage à ses enfans, & le leur laisser égal, ce qu'on ne peut pas dire d'une aliénation ou obligation. Car si l'on présume que la mere ne teste pas expressément de sa virile, c'est parce qu'elle veut conserver l'égalité entre les enfans, elle n'a pas la même intention quand elle s'oblige. Il faut plûtôt croire qu'elle entend que ses créanciers soient payés sur tous les biens, de quelque côté qu'ils viennent, & sa conscience l'oblige à cela. Autrement, si l'on disoit qu'elle entend exclure sa virile, afin qu'elle de-

BIU Cujas

meure à ſes enfans, encore même qu'elle n'ait pas d'autres biens pour ſatisfaire ſes créanciers, il y auroit eu de la mauvaiſe foi; & comme cette intention auroit été frauduleuſe, elle ne peut pas auſſi être préſumée.

6 Les enfans, au contraire, ſoutenoient que ſi l'empereur Juſtinien, en la novelle préalléguée, a fait quelque diſtinction, ce n'eſt pas tant entre la diſpoſition entre-vifs, & la diſpoſition teſtamentaire, qu'entre l'aliénation & l'obligation. Quand il parle de l'aliénation, il en parle indéfiniment, & il ne dit pas qu'elle ſoit expreſſe ou non; mais quand il parle de l'obligation, il veut qu'elle ſoit expreſſe, & non générale. Ce qu'il dit pareillement de la diſpoſition que la mere fait en mourant: *Placuit enim nobis*, dit-il, *per præſumptionem, quia pater dum non vivens alienaverit, aut non expreſſim obligaverit aliquid earum rerum, aut moriens non expreſſim in alium eas tranſpoſuerit, voluerit magis ſervare filiis tanquam ex cauſa illorum ſibimet acquiſitas.* Que s'il faut donc donner la raiſon de cette différence, elle eſt évidente. L'aliénation du gain nuptial (ſuppoſé que ce ſoit un héritage) ne peut qu'être ſpéciale, & il n'eſt donc pas néceſſaire de le dire. Car ſi nous ſuppoſons que ce gain conſiſte en quelque héritage, ou en une portion d'icelui, & que le mari & la femme aliene cette portion qui lui eſt échûe, l'un & l'autre ne le ſçauroient faire ſans parler d'elle, & l'acte d'aliénation étant de ſoi limité, il n'a pas beſoin d'une expreſſion plus grande.

Mais il n'en eſt pas de même de l'obligation; par exemple, la femme peut obliger ſes biens ſans obliger expreſſément ſa virile. Il en faut autant dire de la diſpoſition qu'elle fait en mourant; car elle peut inſtituer en général un hétitier, ou léguer en général tous les droits à elle acquis en l'hoirie du mari, ſans parler ſpécifiquement de ſa virile. Or, en ces deux derniers cas, Juſtinien ne veut pas que cette virile ſoit compriſe ni en l'obligation indéfinie, ni en la diſpoſition générale, corrigeant en cela ce que lui-même avoit auparavant décidé au § 2 de la loi *ſi quis prioris, C. de ſecundis nuptiis.* Il fonde ſa correction ſur ce qu'il faut préſumer que la mere qui n'a pas parlé ſpécifiquement, n'a pas entendu y comprendre la virile; qu'elle a voulu la conſerver à ſes enfans, plûtôt que la faire paſſer à des étrangers. Et il ne faut pas réduire cette préſomption au ſeul cas d'une diſpoſition de derniere volonté: les termes de la novelle y répugnent, & l'empereur joint plûtôt qu'il ne diſtingue le cas de l'obligation, & le cas de la diſpoſition teſtamentaire. Il dit donc, *dum non vivens alienaverit, aut expreſſim obligaverit aliquid harum rerum, aut moriens non expreſſim in alium eas tranſpoſuerit.*

Voilà donc trois cas déclarés, mais avec cette différence, qu'au lieu qu'il parle ſimplement de l'aliénation, il deſire une expreſſion particuliere, auſſi-bien pour l'obligation, que pour une diſpoſition derniere. Cela étant ainſi décidé, il en faut demeurer aux termes de la déciſion, ſuivant leſquels les créanciers ne peuvent rien prétendre en la virile de la mere, ſi elle ne leur eſt expreſſément obligée. Et il faut auſſi-bien pour ce cas, que pour la diſpoſition teſtamentaire, préſumer que la mere n'a pas eu intention de toucher à ſa virile, & qu'elle a plûtôt voulu la laiſſer à ſes enfans. Il y a identité de raiſon; parce qu'en effet ſi cette virile eſt acquiſe à la mere, c'eſt plûtôr à cauſe des enfans, qu'à cauſe d'elle. L'empereur le déclare aſſez quand il dit, *tanquam ex cauſa illorum ſibimet acquiſitam.*

7 Avant que de rapporter l'arrêt qui a vuidé la queſtion, nous voulons ajouter pour plus grand éclairciſſement, qu'il n'eſt peut-être point d'article en notre droit qui ait eu plus de changement que celui-ci, & que c'eſt de lui qu'on peut dire véritablement ce que nos meilleurs auteurs reprochent à Tribonien, ſçavoir, qu'il a pris plaiſir de faire & de refaire les loix, & qu'il faut que pour cela il ait été gagné par faveur ou par argent. C'eſt ce qu'on apprend de la novelle 22 de l'empereur Léon; & il ſe voit par elle, qu'au commencement, celui des conjoints qui ſurvivoit, pouvoit aliéner les gains nuptiaux. Les loix 5, 6 & 8, au code *de ſecundis nuptiis*, y ſont expreſſes. Cette aliénation fut après interdite, & la propriété des gains nuptiaux conſervée aux enfans par la novelle 2 de Juſtinien. Mais le même empereur y dérogea auſſitôt après par ſa novelle 22, chap. 20, en permettant au pere & à la mere qui ne ſe remarieroient pas, d'aliéner les avantages. Dont auſſi-tôt il ſe repentit, & le changea par ſa novelle 98, qui retranche abſolument la propriété, & ne donne qu'un ſimple uſufruit. Depuis, il voulut joindre à cet uſufruit la propriété d'une virile portion, ſelon le nombre des enfans, par ſa novelle 127, elle fut enfin étendue des gains nuptiaux à tous les autres biens du mari, par une conſtitution que Léon allégue, & que nous ne trouvons pas; & c'eſt ce que le même Léon ſemble confirmer pourtant avec quelque reſtriction qui ne fait pas à notre ſujet. Tout ce qu'il y a à remarquer, c'eſt qu'au lieu que Juſtinien n'en a déféré qu'une propriété imparfaite & mutilée, Léon ſemble la donner entiere; car il dit que la veuve *pleno dominio accipiet* ce que la loi ou la coutume lui déféroit.

S'enſuit l'arrêt de la cour.

ARRÊT.

Comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, & gens tenans le ſiége préſidial audit lieu, le 15 jour de février 1642, entre demoiſelle Suſanne Noblet, veuve & héritiere de maître Joachim Guillet, conſeiller, élu en l'élection de Mâconnois, ſubrogée aux criées d'un domaine, fonds & héritage ſitué à l'Iſle-Barbe, qui avoient appartenu à Catherine Ponſon, femme autoriſée par juſtice, au refus de Jean Gautier, dit la Chapelle, héritier bénéficiaire de Jacques Ponſon, & de Gilberte Teſte ſes pere & mere, demandereſſe, pourſuivant la diſtribution de la ſomme de ſept mille livres, provenues de la vente dudit domaine, d'une part; & Robert & Pierre Clapichon d'Ulin, héritiers de Pierre Clapichon leur pere, Nicolas de Macco, Pierre Marchand, Pierre & Ceſar de Gilbert, Claudine Maury, veuve d'Etienne d'Ambournay, meſſire Camille de Neufville, abbé de l'iſle, Louis Valentin, ſon fermier meſſire Philbert de Châtillon, archidiacre de l'Iſle, Antoine Prud'homme, ſon fermier, Antoine Cuchet, Jean Gautier, Simon Durand, & Jean Gautier, & ladite Catherine Ponſon ſa femme, audit nom, & Marc Perachon, oppoſans, d'autre; par laquelle, entr'autres choſes, ayant été procédé à la diſtribution de ladite ſomme de 7000 livres, ladite Catherine Ponſon auroit été colloquée pour la ſomme de 4500 livres, pour pareille ſomme donnée en augment par ledit Jacques Ponſon à ladite Gilberte Teſte ſa femme, par leur contrat de mariage, du 29 janvier 1593, à elle acquis au moyen du décès dudit Ponſon, ſuivant l'arrêt du 27 juillet 1624, enſemble la ſomme de 2609 livres 12 ſols 4 deniers pour les intérêts, à raiſon de l'ordonnance, adjugés à ladite Ponſon par ſentence du 29 mai 1629, depuis le jour du décès de ladite Teſte ſa mere, qui fut le 22 ſeptembre 1628, juſqu'à préſent, & la- 8

BIU Cujas

dite Noblet, audit nom, pour la ſomme de 1200 livres au principal, en laquelle ladite Gilberte Teſte étoit obligée envers ledit Guillet, par acte du 30 mai 1618, pour pareille ſomme que ladite Ponſon avoit été condamnée payer audit Guillet, par arrêt du 1 juillet 1624, avec les intérêts, à raiſon de l'ordonnance, depuis le terme de payer échû, ſuivant les ſentences des trois avril 1621, & trois août 1640, d'une part, & ſoixante & treize livres huit ſols ſix deniers, pour dépens contenus en l'exécutoire du 1 juin 1640; & ſans avoir égard à la ſubrogation prétendue par ladite Noblet, ſur la collocation ci-deſſus faite, au profit de ladite Catherine Ponſon, en qualité de fille & héritiere de Gilberte Teſte ſa mere Eût été appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre ladite Noblet, audit nom, appellante, d'une part; & leſdits Jean Gautier & ladite Catherine Ponſon, intimés, d'autre; ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous; joint les griefs, moyens de nullité, & production nouvelle de ladite appellante, auſquels les intimés pourroient répondre & bailler contredits; joint la folle intimation dudit Gautier, défenſes au contraire. Vû ledit procès, griefs, réponſes; requêtes de ladite Noblet, des 17 & 18 avril 1643, employées pour moyens de nullités, production nouvelle, & défenſes à ladite folle intimation. Autre requête de ladite Catherine Ponſon, femme antoriſée par juſtice, au refus dudit Gautier, du 19 juin audit an, avec les pieces y attachées, coignées à ladite Noblet; contredits de ladite Noblet: Arrêt du 8 août audit an mil ſix cens quarante-trois, entre leſdits Gautier & Ponſon ſa femme, demandeurs en requête du cinq dudit mois & an, qu'attendu l'appel par eux interjetté de ladite ſentence du 15 février 1642, ſur lequel ils auroient fait intimer les religieuſes Urſulines de Chambery, qu'elles fuſſent tenues conclure comme en procès par écrit, & iceux, d'une part, & ladite Noblet, défendereſſe, d'autre, par lequel notredite cour auroit joint les requêtes au procès: Ladite requête, arrêt du 7 ſeptembre 1643, par lequel notredite cour, ſans s'arrêter à la requête du 15 août, avant que de procéder au jugement du procès, auroit ordonné qu'à la diligence & frais de ladite Ponſon, & ſauf à répéter s'il eſt dit en fin de cauſe, par le premier conſeiller de notredite cour, trouvé ſur les lieux, dans deux mois il ſeroit informé en deux turbes en notre préſidial de Lyon, ſi par l'uſage ordinaire des lieux, la femme ne pouvoit s'obliger, & aliéner au préjudice de ſes enfans la portion virile à elle appartenante en l'augment de dot: Produiront les Parties, bailleront contredits & ſalvations, pour le tout fait & rapporté, leur être fait droit, dépens réſervés: Enquête en deux turbes, faite par notre amé & féal conſeiller en notredite cour, Imbert de Seve, ſieur de Fromente, le 16 octobre 1643, & jours ſuivans, reçûe pour juger par arrêt du premier août dernier, par lequel les parties auroient été appointées pour ouïr droit comme devant: Requête de ladite Noblet, employée pour production; production deſdits Gautier & ſa femme; requête deſdits Gautier & ſa femme, du 29 août dernier, avec les pieces y attachées, coignées à ladite Noblet; contredits d'icelle Noblet, le tout joint & diligemment examiné: Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation an néant, ſans amende; ordonne que la ſentence dont a été appellé ſortira ſon effet; condamne ladite Noblet ès depens de la cauſe d'appel, faits depuis ledit arrêt du ſeptieme ſeptembre 1643, & ſur la folle intimation dudit Gautier, les parties hors de cour & de procès, ſans dépens, la taxe des adjugés à notredite cour réſervés. Prononcé le 7 ſeptembre 1644. *Signé*, GUYET.

Comme cet arrêt fait mention d'une enquête faite par turbes de l'uſage obſervé dans la ville de Lyon, au ſujet de la virile, auſſi faut-il ſuppoſer qu'elle fut faite en deux turbes, l'une des ſieurs officiers, l'autre des avocats du ſiége, dont les avis furent preſque conformes. Et parce que c'eſt choſe qui n'eſt pas commune, nous avons cru que pluſieurs ſeroient ſatisfaits d'en voir la forme.

Avis des Turbiers.

Diſent qu'en ce pays de Lyonnois le droit écrit 9
eſt obſervé, même les novelles de Juſtinien, ſuivant leſquelles la mere qui ne ſe remarie pas après le décès de ſon mari, s'acquiert pareille portion de l'augment qu'à l'un des enfans, de laquelle portion virile elle peut diſpoſer, pourvû que ce ſoit par diſpoſition expreſſe, ſoit entre-vifs ou autrement: Et à faute de ladite diſpoſition ſpéciale, ladite virile demeure & appartient à tous les enfans dudit mariage, ſans que l'un y ait plus que l'autre, & ſans que les créanciers, ni du pere ni de la mere, y puiſſent rien prétendre, ladite mere n'en ayant ſpécialement diſpoſé au profit de ſes créanciers. Et tel eſt l'uſage dudit pays, & obſervation dudit droit, ſuivant l'autentique, *nunc autem*, au code, *de ſecundis nuptiis.*

Avis particulier de maître Philibert Garnier, avocat, un peu différent des autres.

Il porte, que par la tradition des anciens avo- 10
cats de ce ſiége, il a toujours oui dire & appris, que l'augment doit être conſervé aux enfans du premier lit, & n'a jamais vu mettre en difficulté, depuis trente ans qu'il eſt avocat, que les créanciers d'une mere ſe puiſſent prévaloir de la virile, que le droit donne à ladite mere. Et en ce que le cas & la difficulté ne s'eſt pas préſentée, c'eſt une marque dudit uſage, & a vu pluſieurs fois par les jugemens du ſiége, ſur les ordres de prix, les enfans colloqués pour tout l'augment, nonobſtant que les meres ne ſe fuſſent point remariées, & qu'elles fuſſent obérées de beaucoup au-delà que ne montoit leur dot, lequel les créanciers de ladite mere ont bien pris. Mais l'augment a toujours été à couvert & conſervé auſdits enfans, comme une troiſieme ſorte de biens à eux déſtinée par le contrat de mariage, & duquel le pere ni la mere n'ont pû diſpoſer, ni l'aliéner à leur préjudice, hors que par expreſſe diſpoſition à l'avantage de l'un de leurs enfans, ou d'un étranger pour la virile. Soit que cela vienne par une raiſon générale de France, différente du droit Romain, ſoit de la grande variation dudit droit, ſoit que l'on ait interprêté la propriété de ladite virile imparfaite, non abſolue, de ce qu'il faut une expreſſe diſpoſition. Et ſi la propriété étoit imparfaite, l'on n'eût pas requis cette ſpécialité, ſoit auſſi par l'incertitude de l'événement, ou du nombre d'enfans, ou du convolat de la mere, dont le cas dure juſqu'à la mort. Soit auſſi par la faveur des enfans, leſquels dans la déroute générale des biens du pere & de la mere, ſe confient pour tous biens en la conſervation dudit augment, & profitent d'autant du mariage & de leur naiſſance, étant plus juſte qu'il ſoit conſervé en ſon entier, que tronqué en partie.

BIU Cujas

Quoique cet avis particulier contienne un raiſonnement plus ample que celui des autres turbiers, & qu'il ſemble d'abord vouloir établir une regle plus générale, & plus favorable aux enfans, il retombe pourtant dans un même ſentiment, qui eſt d'admettre la diſpoſition ſpéciale, & d'en exclure la générale. Et c'eſt ce qu'on peut aiſément juger par la conférence des avis, de l'extrait deſquels, enſemble de l'arrêt, nous voulons que le lecteur ait l'obligation à monſieur le conſeiller du Clapier, de qui nous le tenons.

11 Au reſte, nous n'eſtimons pas que cet arrêt ſoit contraire à la diſpoſition du droit Romain; au contraire, nous croyons qu'il le confirme. Car la loi n'ayant pas voulu priver les enfans de la virile qu'elle laiſſe à leur mere, en reconnoiſſance de ſa continence, que la mere n'en ait expreſſément diſpoſé; & la même loi deſirant cette expreſſe diſpoſition, auſſi-bien pour les actes entre-vifs, qu'à cauſe de mort; la cour ne pouvoit pas adjuger aux créanciers une portion que la mere ne leur avoit pas expreſſément obligée. Auſſi faut-il croire que s'il y eût eu obligation ſpéciale, la cour auroit autrement jugé, n'ayant demandé quel étoit l'uſage, que pour le ſuivre. Et quoique nous voulions avouer que ce n'eſt pas de l'uſage d'en venir juſqu'à cette précaution, & que nous n'ayons pas encore vu aucune obligation de mere qui s'étende juſqu'à ſa virile, par une clauſe ſpéciale, nous croyons pourtant qu'elle eſt néceſſaire.

12 Mais ſi l'arrêt ſuſdit ne déroge point à notre droit, en voici un autre ſur la même queſtion, qui ſemble le choquer ouvertement. Par le contrat de mariage de monſieur de Champanieu de Lyon, ledit ſieur donna à l'épouſe, lors veuve d'un premier mari, pour droit d'augment, ou pour mieux dire, pour gain de ſurvie, & par donation en faveur des nôces, la terre & ſeigneurie de la Rochette. Ledit ſieur de Champanieu étant décédé, la femme vendit cette terre à monſieur de Seve, ci-devant lieutenant général, & à préſent préſident très-digne au préſidial de Lyon. Ledit ſieur de Seve en ayant joui quelques années, & la mere qui la lui avoit vendue étant décédée, le ſieur de Champanieu fils le fit aſſigner aux fins de ſe départir de la poſſeſſion & jouiſſance de ladite terre. Après une longue conteſtation, ledit ſieur préſident de Seve, ſoutenant avoir droit de ſe maintenir dans ladite terre, ou du moins dans la moitié, comme étant la portion virile de la mere, dont elle avoit diſpoſé aſſez expreſſément par la vente qu'elle en avoit faite; & le ſieur de Champanieu, au contraire, que c'étoit un avantage qui devoit lui revenir: par arrêt, ledit ſieur de Champanieu gagna ſa cauſe, & emporta la piece entiere. Et toutefois, il ſemble que l'aliénation étant expreſſe & ſpéciale, elle devoit être confirmée, ſelon la loi, pour la moitié acquiſe à la mere pour ſa virile. Car de dire qu'il n'eſt point dû d'augment aux veuves, cela n'empêche pas que ce ne fût un gain nuptial ſujet aux regles que la loi a établies.

On nous a fait eſpérer un arrêt qui a jugé qu'un tiers-acquéreur peut preſcrire cette virile: ce ſeroit ici l'endroit où l'inférer; mais s'il vient à tard, nous ne laiſſerons pas de le mettre à la ſuite des autres queſtions.

OBSERVATIONS.

De la portion virile appartenante à la mere qui ne ſe remarie pas.

DAns cette queſtion, l'auteur parle de la virile que la mere, qui ne ſe remarie pas, a en propriété dans l'augment, c'eſt-à-dire, une portion égale à celle d'un des enfans, que Juſtinien lui a accordée par la novelle 127, ch. 3: *habere verò eam & proprietatis tantum, quantum filiorum quantitatis faciat; ut ſecundum proprietatis rationem unius & ipſa filii perſonam obtinere videatur.*

L'auteur propoſe ici trois queſtions. La premiere, ſi dans les obligations faites par la femme, cette portion eſt obligée aux créanciers ſans une déclaration expreſſe.

La ſeconde, ſi l'aliénation faite par la mere d'une terre à elle donnée par ſon mari, pour lui tenir lieu d'augment, comprend la portion virile.

La troiſiéme, ſi les acquéreurs des biens du mari peuvent preſcrire l'hypothéque appartenante à la femme pour raiſon de ſa portion virile.

Si la virile eſt compriſe dans les obligations de la femme, ſans une mention expreſſe.

13 A l'égard de la premiere queſtion, l'auteur rapporte un arrêt du 7 Septembre 1644, rendu après une enquête faite par turbes en la Sénéchauſſée de Lyon, qui a jugé que les créanciers de la mere n'ont aucun droit dans ſa portion virile, ſi elle n'eſt pas compriſe expreſſément dans l'obligation. L'auteur rapporte les avis des turbiers, ſuivant leſquels l'arrêt a été rendu, & il eſt de même avis en cet endroit; mais dans la queſtion 140 de ce livre 4, il eſt d'un autre ſentiment. Il établit démonſtrativement, qu'il n'eſt pas néceſſaire d'une diſpoſition expreſſe, & que la mere peut diſpoſer de cette portion comme du ſurplus de ſes biens. Deſpeiſſes, tome 1, page 279, dit que les créanciers de la femme ſe peuvent faire adjuger cette portion, quoiqu'elle ne leur ſoit pas obligée expreſſément, & que cela a été ainſi jugé en la grand'chambre de l'édit de Languedoc, par arrêt du 12 juillet 1628.

Si l'aliénation d'un héritage donné pour augment, comprend la virile.

14 A l'égard de la ſeconde queſtion, l'auteur a raiſon de ſe récrier contre l'arrêt dont il

BIU Cujas

parle, qui a jugé que la vente faite par la mere, d'une terre qui lui tenoit lieu d'augment, ne comprenoit pas la portion virile. Cet arrêt eſt directement contraire à la loi, *hâc edictali*, § 3, qui permet à la mere, qui ne ſe remarie pas, de diſpoſer de ce genre de biens à ſa volonté, *pro ſuo arbitrio alienare.* La loi *ſi quis* du même titre, dit la même choſe, *quomodo voluerit alienare;* la novelle 22, ch. 20, confirme la liberté d'aliéner; & ce n'eſt qu'à l'égard des obligations & des diſpoſitions gratuites, qu'elle déſire une mention expreſſe.

Si le tiers-acquéreur peut preſcrire la virile.

A l'égard de la troiſiéme queſtion, l'auteur rapporte l'arrêt qui a jugé, qu'un tiers- 13
acquéreur peut preſcrire la virile, dans la queſtion 108 de ce même livre, ainſi il faut réſerver les obſervations qui ſont à faire ſur cet arrêt, lorſque nous ſerons arrivés à cette queſtion.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AI vu, depuis, l'arrêt dont parle l'auteur. Il eſt rapporté par M. Soefve, centurie premiere, chap. 74. Il n'eſt pas ſi extraordinaire que je l'avois cru ſur la foi de l'auteur. A la vérité le fait eſt comme l'expoſe M. Henrys, mais la déciſion n'eſt pas tout-à-fait ſemblable. Il condamne M. de Seve à ſe déſiſter & départir de la terre en queſtion au profit du fils, mais en lui rendant la ſomme de 22000 liv. qui étoit le prix de l'acquiſition, enſemble les impenſes & méliorations; par ce moyen M. de Seve ne ſouffroit pas un grand préjudice. Cependant il prit contre cet arrêt des lettres en forme de requête civile, ſur le fondement que la mere avoit la moitié dans cette terre pour ſa portion virile, laquelle elle avoit pu aliéner, deſquelles il fut débouté par fins de non-recevoir, par un arrêt contradictoire rendu à l'audience de la grand'chambre, le 12 janvier 1645, qui eſt rapporté par ledit Soefve en l'endroit ci-deſſus cité.

M. l'avocat-général Talon, qui porta la parole dans cette cauſe, ſoutint quatre choſes dignes d'être remarquées.

1°. Que la mere avoit eu la liberté de diſpoſer de ſa portion virile, ſuivant les nouvelles conſtitutions de Juſtinien.

2°. Que cette portion virile n'étoit que du quart, parce que lors du décès du mari il y avoit trois enfans, deux deſquels étoient depuis décédés, dont la portion étoit accrue à leur frere ſurvivant.

3°. Que la mere, ſuivant l'édit des meres, n'avoit pas ſuccedé à ſes enfans dans ce genre de biens.

4°. Que l'édit des meres devoit être ſuivi dans la principauté de Dombes, qui n'étoit point une ſouveraineté, mais ſeulement un franc-aleu qui dépendoit de la couronne.

DE L'AUGMENT.

QUESTION CINQUANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les enfans ſuccédent à l'augment, quoiqu'ils ne ſoient point héritiers de leur pere & de leur mere.*
2. *L'enfant qui décede avant ſa mere, tranſmet ſa portion à ſes enfans, pourvu qu'ils ſoient héritiers de leur pere.*
2. *L'opinion de ceux qui veulent que l'enfant ſurvive à ſa mere, pour tranſmettre ſa portion à ſes enfans, condamnée.*
4. *Si l'enfant qui décede avant ſa mere, inſtitue un étranger, il lui tranſfere ſa portion dans l'augment au préjudice de ſes enfans.*
5. *L'augment eſt un troiſiéme genre de biens qui appartient aux enfans, quoiqu'ils ne ſoient pas héritiers de leur pere.*
6. *La repréſentation ne renferme pas néceſſairement la qualité d'héritier.*
7. *L'augment paſſe aux enfans plutôt par tranſmiſſion que par repréſentation.*
8. *L'enfant qui décede après le convol de ſa mere, tranſmet ſa portion à tous ſes*

BIU Cujas

héritiers, même à ſes créanciers.
9. *L'augment appartient aux enfans à titre ſingulier,* honore præcipuo.
10. *Les petit-enfans ne peuvent avoir part dans l'augment, s'ils ne ſont héritiers de leur pere.*
11. *Les petits-enfans de différentes branches ſuccédent à l'augment par ſouche.*

QUESTION LVII.

Du partage de l'augment entre les enfans, & s'il y a lieu de repréſentation, la qualité d'héritier ceſſante.

TITIUS laiſſe une veuve & pluſieurs enfans; l'un d'eux vient à déceder du vivant de la mere, mais avec des enfans; on ne doute pas qu'ils ne puiſſent repréſenter leur pere, & prendre la part qu'il auroit eu en l'augment, s'il eût ſurvécu: mais on doute s'il faut qu'ils ſoient héritiers du pere, & ſi cette qualité ceſſant, la repréſentation ceſſe auſſi. Nous n'aurions pas agité ce point, s'il n'avoit été débatu devant le juge de ſaint Eſtienne avec opiniâtreté; & ſi nous n'avions vû des avis de Lyon contraires au nôtre, ou plûtôt au texte formel de la loi, ſçavoir, de la novelle 22, de Juſtinien, où la queſtion ſe trouve aſſez clairement décidée.

1 Au chap. 20, de cette novelle, l'empereur ayant décidé, qu'encore que les enfans ne ſoient héritiers ni du pere ni de la mere, ils ne laiſſent pas de ſuccéder aux gains nuptiaux, & de les recueillir par la providence de la loi; au chap. ſubſéquent, il agite une nouvelle difficulté, & en donne une réſolution diverſe. Ayant donc propoſé ſi l'un des enfans décede avant la mere, à qui ſa portion de l'augment doit appartenir, ſi c'eſt aux autres enfans, ou ſi elle demeure à la mere. Il réſout la difficulté par la diſtinction qu'il fait s'il y a des enfans de cet enfant prédecedé, & s'ils ſont héritiers ou non de leur pere. Il réſout donc, que ſi celui qui eſt prédécedé a délaiſſé des enfans, ſa portion leur advient, & qu'ils prennent la place de leur pere par repréſentation d'icelui; mais avec cette condition, qu'ils ſoient héritiers. Car n'étant pas ſes héritiers, le
2 même empereur réſout que cette portion, qui ſeroit autrement comme vacante, accroît aux autres freres & ſœurs par un droit d'accroiſſement. Voici comme la novelle parle au ch. 21, *ſi verò filiorum alii quidem inter vivos ſint, alii verò defuncti quidem ſint, filios autem reliquant, defuncti portionem illius damus filiis, ſi hæredes ſint patris, alioqui ad fratres deducimus.*

Cette déciſion eſt nette, & en termes ſi clairs, qu'on ne peut rien déſirer de plus exprès: Et c'eſt pourquoi quand quelque auteur, tant fût-il célebre, diroit le contraire, ce qu'on n'eſtime pas pour n'en avoir vû aucun, il ſeroit permis de dire qu'il auroit parlé contre le texte, & contre l'intention
3 du légiſlateur. Car il n'y a point d'apparence de lui donner une interprétation diverſe, & il répugne ouvertement que ce que Juſtinien a dit, ſe doive entendre en cas que le frere qui eſt décedé ait ſurvécu la mere. Oui certes, c'eſt choquer les termes de la loi, que de croire que c'eſt lors tant ſeulement que l'empereur a entendu qu'il falloit que les enfans fuſſent héritiers du pere, pour avoir la portion qu'il auroit priſe. Cela ne recevant point de difficulté, & perſonne ne pouvant douter que ce qui eſt une fois acquis, ne paſſe aux héritiers; & au contraire, que qui n'eſt héritier d'un defunt, ne peut demander un droit qui lui a été acquis: il n'y a pas apparence que Juſtinien ait voulu faire une déciſion expreſſe de choſe indubitable, & qui ne méritoit pas d'être miſe en controverſe. Il ne falloit donc pas diſputer ſi cette portion accroiſſoit au frere; car comme remarque le docte Cujas ſur la loi 7, 8, *C. de ſecund. nuptiis, ſemel acquiſita portio nunquam accreſcit conjunctis, & proprietas acquiſita non admittit jus accreſcendi, l. 1, § ult. ff. de uſufructu accreſcendo.*

D'ailleurs, ſi l'empereur avoit entendu parler de la portion d'un enfant qui fût décedé après la mere, s'il avoit voulu décider ſi elle eſt tranſmiſſible ou non aux enfans qu'il a délaiſſés; il n'auroit pas dit qu'au défaut d'avoir la qualité d'héritier, elle accroît aux freres. Car il auroit par là renverſé les regles les plus communes de notre droit, étant certain que ce qui nous eſt une fois acquis, ne peut pas nous être ôté; & qu'il faut de néceſſité qu'il paſſe à nos héritiers: ou ſi nous n'avons point d'héritiers, que nos créanciers le prennent. De ſorte que décedant un des freres, & celui-là laiſſant des 4
enfans, ſi ces enfans ne ſont héritiers, ou parce qu'il a inſtitué un étranger, ou parce qu'ils répudient, on ne peut pas douter que la portion qui a été acquiſe au défunt, ne doive paſſer à un héritier étranger, ou en cas de répudiation, au profit des créanciers. Ainſi Juſtinien n'auroit pas ſeulement fait une déciſion inutile, mais elle ſeroit encore ridicule, & contraire aux principes de droit, & de la raiſon. C'eſt pourquoi il faut conclure, que quand il dit, *portionem illius damus filiis, ſi ſint hæredes patris, alioqui ad fratres deducimus;* il parle au cas que le frere ſe trouve décédé avant la mere, ou du moins avant qu'elle ait convolé en ſecondes nôces, comme remarque Cujas, ou pour le dire en un mot, avant l'échûte de l'augment, ou d'autre gain ſemblable, & réverſible aux enfans. Cela eſt aiſé de colliger des termes de la novelle 22, au ch 21, § 1, car ils ſuppoſent la queſtion au tems que l'échûte arrive, & que la controverſe en prend la naiſſance.

A quoi ne font préjudice les loix 7, & 8, *C. de ſecund. nupt.* car il eſt bien dit par icelle qu'un des enfans étant décedé, ſes enfans le repréſentent, & prennent ſa part. Mais il n'eſt pas dit qu'encore qu'ils ne ſoient pas héritiers, ils ne laiſſent pas de la prendre. Ces loix ne le diſent pas, & il faut croire que ſi elles n'en diſent mot, c'eſt parce qu'elles ſuppoſent que comme ils ne viennent que par repréſentation: il faut qu'ils ſoient héritiers de celui qu'ils repréſentent. Quoi qu'il en ſoit, quand ces loix ſeroient demeurées courtes en ce point, il ſuffiroit qu'elles ſoient expliquées par la nouvelle conſtitution; il faut qu'on avoue que quand même elles parleroient autrement; elles ſeroient corrigées par cette novelle, bien loin que pour la correction d'icelle on puiſſe les alleguer.

Que s'il faut rechercher la cauſe pourquoi c'eſt qu'un enfant, quoiqu'il ne ſoit pas héritier du pere ni de la mere, ne laiſſe pas de prendre ſa part de l'augment, & que pour la prendre par ſes enfans, il faut qu'ils ſoient ſes héritiers; il ſera aiſé d'établir cette difference. Les enfans ne ſuccedent pas aux gains nuptiaux du chef du pere & de la mere, ils les prennent de la loi; & c'eſt par ſa providence qu'ils ont cet avantage. C'eſt un troiſieme genre de

BIU Cujas

de biens qu'elle leur conserve, & il n'est pas aussi nécessaire qu'ils soient héritiers. Mais pour les enfans d'un enfant qui prédécede, il n'en est pas de même : car ils ne peuvent recueillir ce don de la loi que du chef de leur pere, & qu'entant qu'ils le représentent.

7 Il est vrai qu'on peut objecter que la représentation n'enferme pas nécessairement la qualité d'héritier, & que pour représenter un pere, il ne s'ensuit pas qu'on lui succede; qu'en effet, le petit-fils succedant à l'ayeul au lieu & place de pere, qu'il représente, ne se rend pas pour cela son héritier : que c'est pour ce sujet que quelques-uns disent que le fils prend bien la place du pere, qu'il entre dans son dégré; mais qu'il ne laisse pas pour cela de succéder, plûtôt de son chef, que du chef du pere. Mais nous répondons, que si cela a lieu communément pour la représentation en matiere de successions, Justinien ne l'a pas voulu de la sorte pour l'augment : que c'est à nous à suivre la loi, sans en rechercher le motif, ni gloser sur elle. : qu'on peut dire pourtant, que c'est parce que ce droit est plus personnel, & qu'il est sinon acquis à l'enfant qui prédécede la mere, il lui est du moins assuré : par conséquent, que c'est plûtôt une transmission, qu'une représentation, ou si c'est une représentation, qu'elle est limitée, & suppose la qualité d'héritier. Qu'en effet, ce droit est tellement affecté aux enfans, que la loi 8, au code, *de secund. nuptiis*, parlant de la portion de celui des enfans qui prédécede, ne fait pas difficulté de dire, *quæ competit mortuo*. Concluons donc que Justinien n'a pas entendu parler de l'espece en laquelle l'augment auroit été acquis à tous les enfans par le prédécès de la mere; parce qu'en ce cas, la portion d'un chacun leur ayant été acquise, elle auroit aussi été acquise à leurs héritiers, ainsi qu'il a été prédit; & il faudroit parler plûtôt d'un droit successif, que d'une représentation; d'une vérité, que d'une fiction : à cause que la portion acquise à celui des enfans qui après la mere seroit le premier décédé, se trouveroit confondue dans son hoirie, & avec les autres biens.

Enfin, que la novelle de Justinien se doive entendre comme nous disons, on le peut apprendre de Godefroy, lequel sur icelle, coupe nettement la difficulté en ces mots : *hæredes patrem repræsentant non hæredes non repræsentant :* & plus expressément sur la loi 7, *C. de secund. nuptiis*, ayant proposé le cas du décès dun des enfans, il résout que *succedunt in lucra nuptialia in stipes, sed jure hæreditario.* Comme encore le docte Cujas, sur la même loi, l'explique de la sorte, & approuve la glose d'Accurse, qui interprete ces mots de la loi, *quæ mortuo competit, id est, quæ competere potuit.* Ce qui montre bien qu'ils n'entendent pas cela de la portion acquise aux enfans par le prédécès de la mere, mais bien de celle que l'enfant eût eu, s'il l'eût survêcu. Et c'est pourquoi le même Cujas 8
distingue le cas auquel la mere auroit convolé en secondes nôces avant le décès de cet enfant; & il tient qu'en ce cas, la mere en ayant perdu la proprieté, elle auroit été acquise à l'enfant, & qu'il la transmet à ses héritiers, ou créanciers, quoiqu'il décede avant la mere.

OBSERVATIONS.

De l'augment de dot.

DAns cette question, l'auteur parle du partage de l'augment entre les enfans & petits enfans.

Si l'augment appartient aux enfans, quoiqu'ils ne soient pas héritiers de leur pere ou mere.

A l'égard des enfans, l'augment leur appartient, quoiqu'ils ne soient point héri- 9
tiers de leur pere ni de leur mere, *dabuntur hæc filiis honore præcipuo, licet non fiant hæredes patris, aut matris, aut utriusque :* ce sont les paroles du chapitre 20, de la novelle 22.

Si les petits-enfans, pour avoir part dans l'augment, doivent être héritiers de leur pere.

A l'égard des petits-enfans, la loi 7 au code, *de secund. nupt.* leur attribue la part 10
de leur pere ou de leur mere, sans aucune distinction; mais par la novelle 22, chapitre 21, § 1, ils ne peuvent y avoir part, s'ils ne sont héritiers de leur pere, *defuncti portionem illius damus filiis, si hæredes sint patris.* C'est le sentiment de M. Cujas, dans son commentaire sur cette novelle, & de Godefroy, dans sa note sur ce §. L'auteur établit fort bien cette maxime en cet endroit.

Si les petits-enfans de différentes branches, succédent à l'augment par souches.

S'il y a plusieurs petits-enfans concourant avec des enfans du premier degré, ils n'ont 11
tous ensemble que la même portion qu'auroit eu leur pere ou leur mere; suivant ces paroles, *portionem illius damus filiis :* mais la difficulté est lorsqu'il y a des petits enfans de différentes branches. Godefroy, sur la loi 7, *de secund. nupt.* dit qu'ils succédent par souches, *nepotes succedunt in stirpes.* La raison est évidente, parce que ce genre de biens appartenoit à leur pere à titre particulier, quoiqu'il ne fût pas héritier de son pere ou de sa mere; d'ailleurs c'est une régle certaine, qu'en ligne directe, les petits-enfans de différentes branches succédent toujours *in stirpes.*

BIU Cujas

DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE CONJOINTS.

QUESTION CINQUANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Clauſe du contrat qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Récit du fait.*
3. *Sentence du bailliage de Montbriſon, qui déclare la communauté valable.*
4. *Moyens d'appel du fils, pour établir qu'en pays de droit écrit, la communauté eſt un avantage indirect.*
5. *Moyens de la veuve, pour établir le contraire.*
6. *Arrêt confirmatif de la ſentence du bailli de Montbriſon.*
7. *Arrêts contraires en pays coutumier.*
8. *Il faut diſtinguer entre la communauté de tous biens, & celle des acquiſitions futures.*
9. *Il eſt permis aux conjoints en pays de droit écrit, de ſtipuler une communauté de biens.*
10. *La communauté des pays de droit écrit ne comprend que les acquêts faits depuis le mariage.*
11. *Une communauté de cette nature, n'eſt pas ſujette au retranchement.*
12. *Si en pays de droit écrit, la communauté étoit de tous biens, elle ſeroit ſujette au retranchement.*

QUESTION LVIII.

Si la communauté ſtipulée pour les acquêts & conquêts, eſt un avantage réductible, & ſujette au retranchement des ſecondes nôces.

1 PIERRE Gonon & Anne Faure contracterent mariage en l'année 1600, l'un & l'autre avoient des enfans d'un premier lit, & s'il y avoit d'ailleurs quelque difference en leur condition, elle étoit du moins égale en ce point. Comme ils étoient habitans de Saint-Eſtienne, & ſe mêloient du commerce, il fut auſſi convenu entre l'époux & l'épouſe par clauſe expreſſe, que tous les profits, acquêts & conquêts qui ſeroient par eux, ou l'un d'eux faits pendant le mariage, ſeroient par moitié entre les parties, & qu'autrement le mariage n'eût été accompli. Ce ſont les termes du contrat ſur leſquels roule la queſtion que nous propoſons, n'y ayant autre circonſtance à rapporter, ſi ce n'eſt que le mari & la femme s'étoient donné l'un à l'autre un droit de ſurvie égal, & de deux cent livres ſeulement.

Il eſt vrai qu'on avoit ſoutenu au procès que la femme avoit un aſſez bon héritage, & que comme elle étoit veuve d'un mari qui trafiquoit dans les meilleures villes du royaume, Gonon ne l'auroit recherchée que pour ſuccéder à ce négoce: que de ſa part il n'avoit preſque rien, & n'étoit pas établi dans le commerce. Tout cela fut propoſé pour rendre la communauté des acquêts & conquêts plus favorable; mais comme ce n'étoient que ſimples faits débattus par faits contraires, & que nous ne croyons pas que la cour s'y ſoit arrêté, nous ne voulons auſſi qu'examiner la thèſe.

Cette ſocieté ayant donc été aſſez heureuſe, après le décès de Pierre Gonon, Anne Faure ſa 2
veuve fit appeller devant le juge de Saint-Eſtienne, Jacques Gonon, héritier du pere, & fils du premier lit, pour voir déclarer ſon contrat de mariage exécutoire, & venir à partage des effets de la communauté. Ce fut le principal point de la controverſe, l'héritier ayant débattu la communauté, & ſoutenu que c'étoit une convention contraire au droit ecrit, ou du moins un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit, & ſujet au retranchement.

Le Juge de Saint-Eſtienne ayant interloqué ſur quelques chefs, il y eut appel en notre bailliage, 3
où le procès ayant été inſtruit, ſentence intervint, par laquelle le contrat de mariage fut déclaré exécutoire, & l'héritier condamné à délivrer à la veuve la moitié des acquêts de la communauté, avec reſtitution de fruits; & à lui payer 200 liv. pour la ſurvie, dont il y eût appel à la cour de la part de l'héritier.

Soit au bailliage, ſoit à la cour, il oppoſoit contre la communauté, que ce n'eſt pas choſe ordinaire qu'elle ait lieu au pays de droit ecrit, & qu'en effet elle n'y eſt point reçue, ſi elle n'eſt ſtipulée; que par conſéquent on doit avouer, que cette convention étant extraordinaire, & contre l'uſage commun, c'eſt un avantage entre les conjoints. Mais puiſque c'eſt un avantage, il s'enſuit qu'il eſt réductible en faveur des enfans du premier lit, & à la portion de celui d'eux qui prend le moins: que la loi & l'ordonnance qui établiſſent cette réduction en haine des ſecondes nôces, parlent de tous avantages ſtipulés par ceux qui ſe remarient: que puiſqu'elle n'en fait point de deſtination, il s'en faut tenir à la regle générale.

L'héritier alleguoit de plus la loi *cùm hic ſtatus*, § *ſi inter ff. de donationib inter virum & uxor.* en laquelle le juriſconſulte dit, que *ſi inter virum & uxo-*

BIU Cujas

rem ſocietas donationis cauſa contracta ſit, jure vulgato nulla eſt. Il inféroit de là que la ſociété ne pouvoit pas ſubſiſter, puiſqu'en effet le mari, par le moyen d'icelle, ſe trouvoit avoir enrichi une ſeconde femme, au préjudice des enfans d'un premier lit : qu'au lieu d'un ſimple augment qu'elle devoit emporter, ſelon l'uſage du pays, elle ſe trouveroit avoir trois fois plus qu'elle n'eût jamais : qu'on ne pouvoit donc conteſter que cette communauté n'eût été contractée, *animo donandi*, & que ce ne fût en effet une véritable donation, couverte du prétexte de ſocieté.

Que cela devoit recevoir d'autant moins de doute, que le mari qui étoit maître des biens dotaux, & qui en devoit faire les fruits ſiens, ne pouvoit les avoir mis dans la communauté, ſans en avoir fait don à ſa femme. Que par ce moyen il étoit vrai de dire, que la communauté ne s'étoit pas ſeulement enflée du gain & de l'induſtrie du mari, mais encore de ce qui lui devoit être propre ; ſçavoir, des fruits & revenus de ſes biens, & des biens dotaux ; deſquels fruits & revenus procedoient en partie les acquiſitions par lui faites. Qu'il étoit donc véritable que la ſocieté n'avoit été contractée, que *donationis cauſa*, & pour avantager une ſeconde femme. Enfin que ſi cela avoit lieu, ce ſeroit une voie ouverte aux fraudes, & un moyen très-aiſé pour éluder les loix, & enrichir les ſecondes femmes. Que la cour l'avoit bien prévû, en ce que par ſes arrêts & préjugés divers elle avoit déclaré ſemblables conventions nulles.

La veuve au contraire diſoit, qu'encore qu'en pays de droit écrit, la communauté ne fût pas une ſuite neceſſaire du mariage, elle ne laiſſoit pas d'y être aſſez fréquente. Qu'à la vérité elle n'y avoit point de lieu, ſi elle n'étoit ſtipulée ; mais auſſi qu'étant ſtipulée, elle étoit obligatoire & valable. Qu'en effet, en la loi *alimenta*, § *finali*, *ff de aliment legatis*, le juriſconſulte fait mention d'une ſocieté de tous biens, convenue entre le mari & la femme : Que n'étant donc pas réprouvée par la loi, il n'étoit queſtion que d'examiner ſi elle pouvoit être ſtipulée auſſi-bien en un ſecond mariage, qu'au premier.

Que l'affirmative recevoit d'autant moins de doute, que la loi, ni l'ordonnance n'ont pas entendu prohiber entre le mari & la femme, les pactions & conventions licites & honnêtes, & qui ne choquent point les loix, ni les bonnes mœurs. Que la ſocieté conjugale en laquelle les conjoints ne mettent autre choſe que l'eſperance & leur induſtrie, n'a rien qui répugne au droit, ou qui ſoit de mauvaiſe odeur, puiſquil ſe peut faire que la femme ait autant, ou plus d'induſtrie que le mari, & que ce ſoit l'avantage du mari de prendre une telle femme. Que comme elle n'y conſentiroit qu'à cette condition, il falloit auſſi la ſuivre.

Qu'il eſt véritable que ſi c'étoit une donation, elle ſeroit réductible ; mais qu'on ne pouvoit pas confondre les choſes, & d'une ſimple paction, d'une négociation hazardeuſe, & ſujette à un événement douteux, en faire une donation. Qu'au fait du procès, il falloit dire : *negotium potius geſtum videri, quàm donationem interveniſſe*, ainſi qu'il eſt dit, *in l. ſi prædia, ff. de donationib. inter virum & uxorem.* Comme encore en la loi, *cùm poſt*, § 1, *ff. de adminiſtr. tutor.* il eſt dit, que *ſi non donandi animo, ſed negotii gerendi cauſâ dotem quis promiſerit*, cela n'eſt pas pris pour donation, mais pour une paction diverſe & ſéparée.

Que c'eſt par cette raiſon que les conventions faites par contrat de mariage ne ſont point ſujettes à inſinuation, les arrêts ayant jugé, que c'eſt plûtôt une paction, qu'une donation, & que le contrat étant mêlé de donation & de négoce, *in ea parte qua negotium eſt, non eſt donatio*, ſuivant la loi *Ariſto, ff. de donation.* C'eſt parce que l'on doit conſiderer plûtôt le deſſein que l'effet, plûtôt l'intention que l'événement, que c'eſt aſſez que le mari n'entende pas directement donner, & que le contrat ne ſoit pas déguiſé d'un autre nom pour couvrir la donation. Que c'eſt en effet ce que dit le juriſconſulte, en la loi 5, § *circa venditionem, ff de donation., inter virum & uxor.* Car il ne rejette la vente que le mari fait au profit de ſa femme, qu'entant que c'eſt une donation couverte : *Si modo cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus ſit ut donaret.*

Que pour répondre à ce qu'on diſoit, que la communauté enfermoit une donation, à cauſe des fruits qui appartenoient au mari, il ſuffiſoit d'employer la clauſe du contrat de mariage, qu'autrement il ne ſeroit pas fait. Qu'il eſt vrai que la femme ſe peut conſtituer tous ſes biens, *l. mulier bona ff. de jure dotium ;* mais qu'il eſt pareillement véritable que la femme qui eſt maîtreſſe de ſes droits, ne donne en dot au mari que ce qu'il lui plaît de ſes biens. Donc comme la femme ſe pouvoit réſerver ce qu'elle eût voulu, on ne doit pas trouver étrange que les fruits qu'elle eût réſervés ſoient rentrés dans la communauté, & on ne peut pas dire que le mari lui ait donné ce qu'elle avoit la liberté de ſe réſerver.

Qu'au ſurplus, il ne ſe trouveroit point de préjugé qui ſerve à l'appellant, & qui condamne la ſimple communauté de ce qu'on peut acquérir à l'avenir. Comme cela dépend du hazard, & que c'eſt choſe incertaine, la cour n'a jamais jugé que ce fût un avantage : au contraire, elle a toujours approuvé toutes conventions ſemblables qui ſont réciproques, qui ne conſiſtent qu'en eſpérance, & dépendent d'un événement incertain, par argument de la loi, *licet, ff. de pactis*, & de la loi *fideicommiſſo, C. de tranſaction.*

Ces raiſons de la veuve ayant prévalu, la ſentence du Bailli de Forêts fut confirmée par l'arrêt ci-après inſéré, donné au rapport de monſieur Pithou, en la des enquêtes ; enſuite duquel les parties plaiderent encore à la cour un point aſſez important. C'eſt que le pere, qui peut-être ſe repentoit de la communauté ſuſdite, ayant depuis & pendant le mariage, fait une aſſociation avec ſon fils du premier lit, tant pour le négoce, que pour autres choſes, elle fut depuis débattue par la belle mere. Il s'agit donc de ſçavoir ſi elle avoit pû être faite à ſon préjudice, & ſi la part que le fils prétend enſuite des partages & autres actes faits entre le pere & lui, doit tomber dans la part du pere. Cette queſtion ayant été vuidée par arrêt, nous en ferons part au public, & en attendant, le lecteur ſe contentera de celui que nous lui donnons, d'autant plus remarquable, qu'il eſt le premier qui ait jugé la communauté valable & non réductible. Il ſemble même qu'il ſoit contraire à d'autres arrêts précedens, qu'on avoit employés au procès pour préjugés. C'eſt ce qui nous oblige d'en faire quelque remarque, afin que le lecteur obſerve les diſtinctions qu'il faut faire.

Sera donc remarqué que maître René Chopin ſur la coutume de Paris, livre 2, tit. 3, nomb. 20, fait mention d'un arrêt du 23 mai 1587, par lequel la cour jugea qu'une communauté de tous biens, contractée par une femme convolant en ſecondes nôces, étoit une vraie donation faite en

BIU Cujas

fraude de la loi, parce que la femme perdoit la moitié de ſes biens, & en ſaiſiſſoit ſon ſecond mari. Depuis la même queſtion s'étant préſentée le mardi 28, avril 1623, elle fut décidée de la même ſorte, par arrêt donné en la grand'chambre, monſieur le préſident Seguier prononçant, & ordonné, que nonobſtant la communauté de tous biens contractée par une femme en un ſecond mariage, partage ſeroit fait de tous les biens qu'elle avoit au jour de ſon ſecond mariage; que les enfans au nombre de ſix en auroient ſix parts, & le mari la ſeptiéme. Cet arrêt eſt inſéré dans le journal des audiences du parlement recueilli par du Freſne. Encore il a été jugé de la même ſorte en la ſeconde chambre des enquêtes le dix-ſept février mil ſix cent quarante quatre.

Ces arrêts ne ſont pas pourtant contraires à celui que nous donnons. En ceux-là il s'agiſſoit d'une communauté de tous biens, & auſſi-bien des biens que la femme poſſédoit lors, que des biens qu'elle pouvoit acquérir. Au reſte il n'étoit queſtion que d'une communauté des acquêts qu'on pouvoit faire. C'eſt donc la diſtinction qu'il faut obſerver pour la conciliation de ces arrêts. Si la communauté eſt contractée de tous les biens & héritages, ou des meubles & acquêts poſſédés avant le mariage; en ce cas on préſume que telle ſociété eſt une vraie donation, parce que le mari ou la femme ſe dépouillent, & ils privent par ce moyen les enfans qu'ils ont, de l'eſpérance de leur ſucceſſion.

Mais ſi la communauté ne ſe contracte que pour les acquiſitions futures; en ce cas la convention ne tombe point dans la prohibition de l'edit des ſecondes nôces. Au premier cas, on diſpoſe de choſe certaine, & le mari & la femme ne peuvent s'aſſocier aux biens qu'ils poſſedent dèſlors, ſans faire tort aux enfans qu'ils ont déja: mais au ſecond cas, n'y ayant rien de certain, ce n'eſt qu'une convention qu'ils font pour s'obliger réciproquement à mieux établir leur fortune, & à rapporter dans leur famille plus de ſoin & d'induſtrie, plus d'œconomie & d'épargne. Ils n'ont que ce but & ce deſſein, & ils ne ſongent pas tant à s'avantager l'un l'autre, qu'à procurer leur avancement commun.

C'eſt donc en ce ſeul cas qu'on peut dire avec quelques interprêtes, que *ſocietas eſt titulus oneroſus & non lucrativus:* Ce qu'en effet la cour a jugé, entant que les arrêts ont permis à la femme de diſpoſer comme bon lui ſemble, & au profit de qui elle veut, des acquêts de ſa premiere communauté: par cette raiſon, que ce n'eſt pas la liberalité d'un premier mari, ni un titre lucratif, mais l'effet d'un commun travail. Que ç'a été choſe incertaine, & qui devoit procéder *ex communi collaboratione*; de ſorte que c'eſt en ce point qu'on peut dire véritablement avec *Simmachus lib. 9, Epiſt. 40, religioſa potius quàm invidioſa quæſtio eſt, quæ fidem pactarum repetit nuptiarum.*

OBSERVATIONS.

De la communauté des biens entre conjoints, dans les pays de droit écrit.

DAns cette queſtion, l'auteur propoſe trois choſes.

La premiere, que dans les pays de droit écrit, la communauté de biens entre conjoints n'a pas lieu, ſi elle n'eſt expreſſément ſtipulée par le contrat de mariage: l'on dit par contrat de mariage; parce qu'en France les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions licites & honnêtes, & parce que ſuivant la diſpoſition du droit dans la loi 32, § 24, *de donat. inter vir. & uxor.* pendant le mariage les conjoints ne peuvent contracter enſemble aucune ſociété.

Dans les pays de droit écrit, la communauté ne comprend que les acquêts faits pendant le mariage.

La ſeconde, que dans les pays de droit écrit, la communauté conjugale n'eſt compoſée que des acquêts faits depuis le mariage; elle ne comprend point les meubles que les conjoints poſſédent au jour du mariage. Cela eſt vrai, lorſque la clauſe du contrat de mariage porte ſimplement que les conjoints ſeront communs en biens, ou qu'ils s'aſſocient en tous les acquêts qu'ils feront pendant leur mariage; qui eſt la clauſe ordinaire: mais il n'eſt pas défendu d'étendre davantage la clauſe, & de ſtipuler que les conjoints ſeront communs en tous biens préſens & à venir, ſoit meubles ou immeubles, droits, noms & actions.

Dans les pays de droit écrit, la communauté n'eſt pas ſujette au retranchement.

La troiſiéme, que dans les pays de droit écrit, la communauté ſtipulée entre conjoints n'eſt pas un avantage prohibé, ni ſujet au retranchement de l'édit des ſecondes nôces; cela ne peut pas faire la matiere d'un doute raiſonnable, lorſque la communauté n'eſt ſimplement que des acquêts qui ſeront faits pendant le ſecond mariage; parce que cela ne fait point de préjudice aux enfans du premier lit.

Mais ſi dans la communauté l'on y avoit fait entrer tous les biens, ou la plus grande partie de celui des conjoints qui a des enfans du premier lit; en ce cas la communauté ſeroit ſujette à l'édit des ſecondes nôces, auſſi-bien en pays de droit qu'en pays coutumier.

BIU Cujas

Si les ſucceſſions qui échéent pendant la communauté, ſont ſujettes au retranchement.

Savoir ſi, lorſque la communauté eſt de tous biens, & par conſéquent réductible, ſi les ſucceſſions qui échéent pendant le ſecond mariage de celui des conjoints qui a des enfans du premier lit, ſont ſujettes au retranchement.

Cette queſtion s'eſt préſentée dans la coutume de Sens : voici l'eſpèce. Du mariage d'Edme Jaquillat avec Anne Vérolot eſt née une fille. Après le décès d'Anne Vérolot, Edme Jaquillat paſſa en ſecondes nôces avec Aimee Renat. De la part de la ſeconde femme il fut ſtipulé, que la ſomme de 2000 livres entreroit en communauté ; de la part du mari il n'y eut pas une pareille ſtipulation ; ainſi tous les effets mobiliers qu'il avoit pour lors, & tous ceux qui lui ſont échus pendant le mariage, ſont entrés en communauté.

En 1688, la fille du premier lit fut mariée avec Paul Milon, chef de Fourriere de feu M. duc d'Orléans.

Pendant le ſecond mariage, Eliſabeth Quartier, mere d'Edme Jaquillat, étant décédée, les effets mobiliers de la ſucceſſion, qui montoient à 3000 livres, ſont entrés dans la ſeconde communauté.

Après le décès d'Edme Jaquillat, arrivé au mois de décembre 1699, le ſieur Milon en qualité de tuteur de Marie Milon ſa fille, a prétendu que les avantages de la ſeconde communauté étoient ſujets au retranchement de l'édit des ſecondes nôces, attendu qu'il s'y rencontroit une inégalité conſidérable ; & pour établir cette inégalité, il ſoutenoit que l'on devoit compter la ſomme de 3000 livres, provenant de la ſucceſſion mobiliere d'Eliſabeth Quartier, échue pendant la ſeconde communauté. La cauſe fut d'abord portée par-devant le juge d'Epineuil, lequel par ſentence du 8 mai 1700, ordonna, avant de procéder au partage des effets de la communauté, que diſtraction ſeroit faite des effets mobiliers qu'Edme Jaquillat poſſédoit lors de ſon ſecond mariage, enſemble de ceux à lui échus par les ſucceſſions d'Eliſabeth Quartier ſa mere, de Jean Jamin & autres.

Aimée Renat ayant interjetté appel de cette ſentence par-devant le bailli de Sens, elle fut infirmée en ce chef. Le ſieur Milon ayant appellé en la cour de la ſentence du bailli de Sens, elle a été confirmée par arrêt rendu en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de M. Henin, très-digne magiſtrat, le 25 juin 1703. J'avois écrit au procès pour la ſeconde femme, & M. Macé pour le ſieur Milon.

Ainſi il doit demeurer pour conſtant que les ſucceſſions mobiliaires qui échéent pendant la ſeconde communauté, ne tombent pas dans la prohibition de l'édit des ſecondes nôces, lequel ne comprend que les dons & les libéralités.

Mais je m'apperçois que je ſors de ma ſphere, en traitant une queſtion qui a plus de rapport au droit coutumier qu'au droit écrit ; elle peut pourtant y trouver ſon application, lorſque la communauté a été ſtipulée de tous les biens.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AI dit dans ma premiere obſervation, que les communautés conjugales en pays de droit écrit, ne comprennent que les acquêts faits depuis le mariage, & non pas les meubles que les conjoints avoient auparavant.

L'on a trouvé deux choſes à redire à cela, 1°. que je ne rapporte aucune autorité pour établir cette propoſition, 2°. que cela n'eſt pas aſſez expliqué ; ainſi pour ſatisfaire à ces deux choſes, je crois devoir rmarquer ce qui ſuit.

1°. En remontant à l'origine de la communauté conjugale, l'on voit dans les commentaires de Céſar, liv. 6, que parmi les Gaulois elle n'étoit compoſée que des revenus des biens des deux conjoints, *uter earum vita ſuperavit, ad eum pars utriuſque cum fructibus ſuperiorum temporum pervenit.*

Les François s'étant rendus maîtres des Gaules, ils ne changerent rien aux mœurs ni aux loix des vaincus, au contraire ils tinrent à honneur de s'y conformer. En effet, par rapport à la communauté conjugale, il paroît que ſous la premiere race des rois de France, elle n'étoit encore compoſée que des biens acquis par le travail mutuel & réciproque du mari & de la femme, ainſi qu'il eſt juſtifié par les formules de Marculfe, liv. 2, ch. 17, *quidquid proprio labore adquiſivimus.*

Cela eſt encore bien mieux marqué ſous la ſeconde race de nos rois, puiſque nous en avons une ordonnance expreſſe de Louis le Débonnaire dans les capitulaires, liv. 4, art. 9 *Volumus ut uxores defunctorum poſt obitum maritorum tertiam partem conlaborationis, quam ſimul in beneficio conlaboraverunt, accipiant.*

BIU Cujas

Mais pour venir à l'uſage des pays de droit écrit, Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, ch. 2, tit. 2, nomb. 2, voulant marquer la différence des communautés conjugales entre les pays de droit coutumier & ceux de droit écrit, dit que dans les premiers tous les effets mobiliers que les conjoints poſſédent au jour du contrat de mariage entrent dans la communauté; au lieu que dans les autres il n'y entre que celui qui eſt acquis par le travail des conjoints. *Permagni intereſt, conventa necne ſit à conjugibus rerum ſocietas in gallica patria juris; an verò moribus conſtituta. Iſthic enim in communia referuntur moventia undecumque parta, tempore ineundi bonorum conſortii. Illic verò ea demum quæ ex opera cujuſque paſt initam ſocietatem deſcendunt.*

Cette diſtinction caractériſe aſſez les choſes qui entrent dans les ſociétés conjugales des pays de droit écrit; cependant pour contenter les curieux, il faut faire l'énumération des choſes qui n'y entrent pas.

1°. Tous les biens & effets appartenans aux futurs époux lors de leur mariage, de quelque nature qu'ils puiſſent être, meubles, immeubles, droits & actions.

2°. Tous les biens qui leur échéoient & adviennent pendant le mariage, de quelque nature qu'ils puiſſent être, & de quelque côté qu'ils procédent ſans diſtinction de ligne, & à quelque titre qu'ils puiſſent venir, ſoit en vertu de la loi, ou de la diſpoſition de l'homme, ſoit entre-vifs ou à cauſe de mort, à titre univerſel ou particulier, lucratif ou onéreux.

Cela ſans doute dit tout; mais l'on me demandera, comme l'on a fait la premiere fois, où j'ai pris cela? Je réponds que c'eſt dans les loix 9, 10 & 11, *ff pro ſocio.*

Dans la premiere, le juriſconſulte Ulpien parle en ces termes: *Nec adjecit Sabinus hæreditatem, vel legatum, vel donationes mortis cauſa, ſive non mortis cauſa, fortaſſis hæc ideò, quia non ſine cauſa obveniunt, ſed ob meritum aliquod accedunt.*

Dans la ſeconde, le juriſconſulte Paul rend raiſon à l'égard des ſucceſſions; *Etquia plerumque vel à parente, vel à liberto, quaſi debitum nobis hæreditas obvenit.*

Dans la troiſiéme, l'on trouve la raiſon à l'égard des hérédités teſtamentaires, de legs & des donations, *& ita de hæreditate, legato, donatione Quintus Mucius ſcribit.*

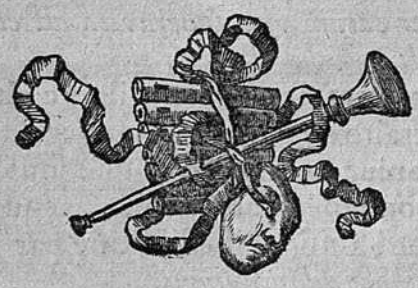
Nous avons encore une loi qui dit, que dans les ſociétés des acquêts les ſucceſſions n'y entrent pas; c'eſt la 45, § 2, *ff. de aquir. vel omit. hæred. & cùm quæſtus & compendii ſocietas initur, quidquid ex operis ſuis ſocius adquiſiverit, in medium conferet; ſibi autem quiſque hæreditatem adquirit.*

Mornac, dans ſa note ſur cette loi, & ſur la loi 3, § 2, *pro ſocio*, rapporte avoir appris de M. Louis du Buiſſon, célébre avocat au parlement, natif du pays de Forêts, que c'eſt ſur le fondement de cette loi que les ſucceſſions n'entrent pas en communauté, même dans les pays coutumiers, quoiqu'elles viennent de la ligne collatérale, *referendum autem id non modò ad directas, ſed ad collaterales etiam, ut quæ hodie in morata Gallia ſocietati conjugum exemptæ ſunt, ut ſæpè à Ludovico Buiſſonio conſultiſſimo patrono didici.*

Dans les nouvelles notes ſur les déciſions de Lapeyrere, let. T, nomb. 1, & let. 5, nomb. 71, il eſt dit que dans l'uſage du parlement de Bordeaux, le pacte par lequel une ſeconde femme eſt aſſociée à moitié d'acquêts par ſon mari, ne tombe pas dans la réduction de la loi *hac edictali.*

M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 6, ſect. 1, diſtinct. 4, nomb. 13, eſt d'avis que les communautés ou ſociétés conjugales contractées en pays de droit écrit ne ſont pas ſujettes à la réduction de l'édit des ſecondes nôces; mais il y apporte une exception, lorſqu'il y a de l'inégalité ſoit dans l'apport ou dans le partage. Il dit la même choſe dans ſon traité de la communauté, liv. 1, ch. 3, nomb. 48.

M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 3, ch. 9, gloſ. 5, nomb. 1347, eſt du même ſentiment.



BIU Cujas

DU RETRANCHEMENT DES AVANTAGES
Faits aux deux conjoints.
QUESTION CINQUANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Quand un mari donne plus à une ſeconde femme qu'à un des enfans, cela eſt ſujet au retranchement.*
2. *L'avantage fait au ſecond conjoint, ſe doit meſurer par la légitime des enfans.*
3. *Quand il s'agit d'un troiſiéme mariage, les enfans des deux premiers lits participent au retranchement.*
4. *Quand il n'y a des enfans que de deux lits, ceux du ſecond lit doivent participer au retranchement.*
5. *Raiſons pour l'affirmative.*
6. *Raiſons pour la négative.*
7. *Il y a des auteurs qui tiennent, que le ſecond conjoint doit avoir part au retranchement.*
8. *Avis de l'auteur au contraire.*
9. *Il eſt permis de donner plus aux enfans du ſecond lit qu'à ceux du premier.*
10. *Si le trop grand avantage peut être autoriſé par une peine impoſée aux enfans du premier lit.*
11. *Avis de l'auteur pour la négative.*
12. *Avis de l'auteur, que dans le retranchement, tous les petits-enfans ne ſont qu'une tête.*
13. *Arrêt du 7 ſeptembre 1645, qui juge que le retranchement ſe doit partager entre les enfans du premier & du ſecond lit, & que le ſecond mari n'y a point de part.*
14. *Sentiment de l'auteur, qui improuve l'arrêt au premier chef.*
15. *Dans tous les parlemens de droit écrit, à la réſerve de celui de Bordeaux, l'avantage fait au ſecond conjoint ſe meſure par la légitime des enfans.*
16. *Quand il n'y a des enfans que de deux lits, le retranchement appartient aux ſeuls enfans du premier lit, dans tous les pays de droit écrit.*
17. *Dans les pays de coutume, le retranchement ſe communique à tous les enfans.*
18. *Quand il s'agit d'un troiſiéme mariage, les arrêts des parlemens de Toulouſe & de Bordeaux partagent le retranchement entre les enfans des deux premiers lits.*
19. *Avis de l'auteur des obſervations, pour donner le retranchement aux ſeuls enfans du premier lit.*
20. *Le ſecond conjoint n'a point de part au retranchement.*
21. *Les enfans du ſecond lit ne ſont pas compris dans la prohibition.*
22. *L'uſufruit laiſſé au ſecond conjoint juſqu'à ce qu'il rende la propriété aux enfans, eſt valable.*
23. *La même régle doit être gardée à l'égard des petits-enfans que des enfans du premier degré.*
24. *Quand il y a pluſieurs petits-enfans d'une ſeule branche, la portion du ſecond conjoint ſe régle par la part d'un des petits-enfans.*
25. *Factum de M. Gillet, pour établir que le retranchement doit être partagé entre le ſecond conjoint & les enfans des deux lits.*
26. *Factum de M. Macé, pour établir le contraire.*
27. *Arrêt du 15 juillet 1702, qui juge que le retranchement appartient pour le tout à la fille du premier lit, à l'excluſion de la ſeconde femme, & de la fille du ſecond lit.*
28. *Trois obſervations néceſſaires à faire ſur cet arrêt.*

QUESTION LIX.

A qui vient le retranchement des avantages trop grands faits à une ſeconde femme.

1 IL eſt hors de doute, que ſi le mari donne plus à une ſeconde femme qu'à l'un des enfans du premier lit, cela eſt ſujet à retranchement. C'eſt la diſpoſition expreſſe de la loi *hac edictali, Cod. de ſecund. nup.* & du premier chef de l'édit des ſecondes nôces. Mais il n'eſt pas ſi certain qui doit profiter de ce retranchement, & ſi l'on doit l'adjuger aux ſeuls enfans du premier lit, ou en faire quelque part à ceux du ſecond lit, & à leur mere.

BIU Cujas

2 Avant que de traiter cette queſtion, nous ſuppoſerons deux poins : L'un, que ce retranchement ſe regle, non par ce que le pere a laiſſé aux enfans du premier lit ; mais par ce qu'il leur a dû laiſſer. Le legs de celui deſdits enfans auquel il a moins donné, n'étant donc pas auſſi ample que la légitime, il y faut joindre le ſupplément, & après retrancher de l'avantage fait à la ſeconde femme, ce qui ſe trouve éxceder la légitime. Le ſieur Brodeau ſur monſieur Loüet en la lettre N, nomb. 3, en rapporte des arrêts ; & ce point étant à préſent hors de controverſe, nous ne voulons pas nous y arrêter davantage.

L'autre point que nous ſuppoſons, c'eſt qu'encore que la loi *hac edictali*, ſemble déférer ce retranchement aux ſeuls enfans du premier lit, ceux du ſecond ne laiſſent pas d'y participer, quand il s'agit du retranchement des avantages faits à une troiſieme femme. C'eſt parce qu'à l'égard d'elle, ils ſont enfans du premier lit, & que le pere leur a fait la même injure qu'aux autres. Cette queſtion
3 eſt traitée par monſieur Clive du Meſnil, au livre 3, de ſes queſtions, chapitre 15, où il rapporte, que par arrêt du parlement de Toulouſe, ce retranchement a été fait auſſi-bien pour les enfans du ſecond lit, que du premier, quand il y a un troiſieme mariage, & qu'il s'agit de réduire les avantages d'une troiſieme femme, ou d'un troiſieme mari.

Mais en l'eſpece d'un double mariage, c'eſt-à-
4 dire, quand le mari n'a eu qu'une ſeconde femme, nous demandons, ſi ces avantages étoit exceſſifs, à qui doit appartenir ce qu'on en retranche ; ſi c'eſt aux enfans ſeuls du premier lit ; ſi ceux du ſecond lit y doivent participer ; & même ſi leur mere doit être dans ce partage.

La prétention des enfans du ſecond lit ſemble être
5 fondée ſur les termes de la loi, *hac edictali :* car au § *ſin vero*, elle dit que, *quod plus relictum tanquam non ſcriptum, ad liberorum perſonas defertur, & inter eos dividi debet.* Ayant donc parlé des enfans en termes généraux, & ſans diſtinction, cela ſe doit entendre de tous les enfans, leur condition étant égale & auſſi favorable. En effet, Juſtinien en la loi *quoniam*, du même titre, le décide de la ſorte, & il veut que le retranchement ſoit également partagé entre tous les enfans. C'eſt ce qui ſemble plus raiſonnable, afin que la mere ait du moins cette conſolation, que ſes enfans ſe reſſentent de ce qu'on lui ôte. Auſſi leur parti a été embraſſé par quelques interpretes, mais ſans fondement valable.

Car pour la loi *hac edictali*, elle n'établit ce re-
6 tranchement, qu'en faveur des enfans du premier lit ; & quand elle dit *ad perſonas deferri liberorum, & inter eas dividi jubemus*, elle n'entend parler que des mêmes enfans deſquels elle a ci-devant parlé ; ſçavoir, de ceux du premier lit, auſquels le ſecond mariage a fait injure. Il eſt vrai que Juſtinien en la loi *quoniam prætera*, l'avoit corrigé, & ordonné que les enfans du ſecond lit y prendroient part ; mais depuis, lui-même en ſa novelle 22, chapitre 27, a voulu abroger la loi *quoniam*, & remet l'ancien droit établi par la loi *hac edictali*. Nous avions, dit-il, jugé à propos d'appeller en part de ce profit les enfans du ſecond lit, *non tamen etiam nunc nobis placet, ſed ex priori matrimonio filiis propter quos & obſervatum eſt, detur ſolis.* C'eſt de-là qu'a été tirée l'autentique *ad eos Cod. de ſecundis nuptiis*, ſuivant laquelle le ſieur Brodeau ſur monſieur Loüet en l'article 3 de la lettre N, en rapporte un arrêt du 4 juin 1606, qui a été donné pour des parties de ce pays de Forêts. C'eſt à quoi il ſe faut tenir, & non à l'arrêt qui ſera ci-après inſéré, non plus qu'à l'arrêt 53 des arrêts de Montholon ; puiſque nous pouvons dire que ce ſont des arrêts ſolitaires, & qui choquent la diſpoſition des loix.

Pareille difficulté regarde la ſeconde femme, & 7
l'on diſpute ſi elle ne doit pas prendre ſa part du retranchement, afin que ſi elle n'eſt pas plus avantagée qu'un des enfans du premier lit, elle ait autant d'avantage. Il ſemble en effet que ce ſoit le but des loix cottées, & qu'elles ne tendent qu'à établir une égalité ; que ſi elles ne veulent pas que le mari donne plus à ſa ſeconde femme qu'à celui de ſes enfans du premier lit, qui prend le moins, elles entendent qu'elle puiſſe avoir autant que lui. Pluſieurs tiennent ce ſentiment, & ils ſont cités par Gabriel en ſes concluſions communes, au titre des ſecondes nôces, concluſion quatre.

Mais au contraire, il faut tenir que ce retranche- 8
ment n'appartient qu'aux enfans du premier lit, & que la ſeconde femme n'y peut rien prétendre. Le texte de la loi *hac edictali*, eſt aſſez clair pour cela ; il veut que ce qui eſt trop donné au vitric, ou à la marâtre, lui ſoit ôté, & déféré aux enfans du premier lit. La loi n'entend donc pas que le vitric y prenne part, & elle ne lui rend pas ce qu'elle lui ôte. C'eſt une excluſion entiere, & pour la quelle il n'y a plus de retour. Il eſt vrai qu'un mari peut autant donner à ſa ſeconde femme, qu'à un enfant du premier lit ; s'il ſuit ce temperament, la loi l'autoriſe & n'en reclame point : mais excedant le pouvoir qu'elle lui laiſſe, elle retranche ce qui excede dans l'avantage ; & comme ce retranchement eſt la peine d'une affection déreglée, & du mépris qu'on fait de la loi, la loi ne veut pas que la perſonne prohibée en ait ſa part. Au contraire, elle veut que pour réparer l'injure que les enfans ont reçue, ils ayent le retranchement entier : de ſorte qu'on peut dire en ce cas, que le mari qui donne plus à une ſeconde femme, qu'à un des enfans du premier lit, *quod potuit noluit, quod voluit non potuit.* C'eſt qu'il pouvoit avantager la femme également, & qu'il n'a tenu qu'à lui qu'elle eût autant qu'un des enfans. Mais pour avoir voulu paſſer plus avant, & lui faire un trop grand avantage, au lieu de rendre ſa condition égale, il l'a rendu moindre. En un mot, c'eſt que le mari n'ayant pas réglé ſon pouvoir aux termes de la loi, il s'eſt ôté le pouvoir qu'elle lui donne ; & comme cela *abſceſſit à bonis mariti*, ainſi qu'il eſt dit en la loi derniere, *Cod. de collatione dotis*, auſſi ne peut-il plus être conſidéré comme choſe qui dépend du mari, & faſſe part de ſon hoirie.

Ainſi quelques partiſans que le vitric, ou la ſeconde femme puiſſe rencontrer ; comme les raiſons des enfans ſont les plus fortes, auſſi ſont-ils aſſiſtés de l'opinion plus commune. C'eſt ce qu'on peut apprendre du même Gabriel à l'endroit cotté, de *Fachineus lib 3 controverſ. cap. 69*, où il allegue la déciſion de ſept cent cinquante-ſix de la rote en la troiſieme partie.

Mais quoique la loi défende de donner plus à 9
une ſeconde femme, ou à un ſecond mari, qu'à un des enfans du premier lit, elle ne défend pas pour cela de donner plus aux enfans du ſecond lit, qu'à ceux du premier. Comme le pere doit être le juge & l'arbitre de ſes enfans, comme c'eſt à lui de choiſir le ſoutien de ſa famille ; auſſi la loi n'entend pas de lui ôter ce que la nature lui donne. N'importe que la loi, *omni circumſcriptione, ſi qua per interpoſitam perſonam, vel alio quoquo modo fuerit excogitata ceſſante.*

Car

BIU Cujas

Car ce que le pere donne à ſes enfans propres, il n'eſt cenſé le donner qu'à leur conſidération, & il les regarde plûtôt qu'il ne regarde la mere. Les enfans ne ſont donc pas préſumés une perſonne interpoſée, & la fraude ne peut être où la nature joue ſon jeu. *Filio communi ut donet mater, naturalis affectio facit; privigno ut donet noverca maritalis affectio facit, non certè novercalis : privignum ſemper accipiam pro perſona ſuppoſita, & excogitatam fraudem edicto ſuſpicabor in privigno, non in filio communi.*

C'eſt ainſi que parle le docte Cujas, en ſon commentaire ſur la loi *hac edictali;* & quoique diſe *Theſaurus*, en ſa déciſion 170, quelque préjugé qu'il rapporte du ſénat de Turin, on ne doit plus douter de ce point, après les arrêts de la cour que Brodeau a cottés ſur monſieur Loüet, à l'endroit déja cité.

10 Reſte que nous touchions une difficulté qui nous a été propoſée, & qui ſert de modification à ce que nous venons de dire. En voici l'eſpece : Une femme remariée, & qui avoit des enfans de l'un & de l'autre lit, fait un avantage conſidérable à ſon ſecond mari, avec cette condition, que s'il lui étoit conteſté, & qu'il ne pût recueillir le legs entier, elle donnoit & léguoit en préciput & avantage, ce qui en pourroit être retranché à ſes enfans du ſecond lit.

L'on demande (l'avantage fait au mari étant ſujet à retranchement) à qui ce retranchement doit appartenir, & ſi le legs ou fidéicommis fait aux enfans du ſecond lit, en peut exclure ceux du premier.

11 *Fachinæus, lib. 3 controverſ. cap. 66*, agite cette queſtion; & après avoir rapporté les opinions diverſes, il ſemble pancher contre le vitric, & embraſſer le parti des enfans du premier lit. Quoi qu'il en ſoit, il tire ſa réſolution du texte de la loi *Sulpitius, ff. de donation. inter virum & uxorem.* En l'eſpece de cette loi, le juriſconſulte ayant propoſé un cas pareil, il répond, *ſi color vel titulus, ut ſic dixerim, donationi quæſitus eſt, nihil valebit traditio, id eſt, ſi hoc exegit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi ſentiret maritus; alioquin ſi ſolo ejus miniſterio uſa eſt, & id egit ut res cum omni emolumento per patrem poſteà ad filium tranſiret, cur non idem perinde ſit ratum, ac ſi cum extraneo tale negotium contraxiſſet, hoc eſt, extraneo in hanc cauſam tradidiſſet?* Il conclut donc que ſi c'eſt en fraude de la loi, & qu'il paroiſſe que ce ſoit un avantage indirect, ou plûtôt un déguiſement, il doit tomber aux enfans du premier lit. Que ſi, au contraire, le vitric n'en tire aucun bénéfice, & qu'il ne ſoit interpoſé que pour un ſimple miniſtère, il n'y écheoit point de retranchement. Par exemple, ſi la femme diſoit : je légue & donne une telle terre à celui de mes enfans du ſecond lit que mon mari voudra choiſir; il eſt certain qu'en ce cas ce n'eſt pas un avantage, mais une ſimple faculté; que la femme ne donne rien au mari, & que le choix qu'elle lui laiſſe, n'eſt qu'un honneur & un miniſtère. Bref, que l'enfant qui ſera choiſi ne tiendra rien de ſon pere: *quid eſt enim quod de ſuo videatur reliquiſſe, qui quod reliquid, relinquere omni modo debuit;* ainſi que dit le juriſconſulte, *in l. unum ex familia, ff. de legat. 2.*

Mais en l'eſpece propoſée, il en va tout autrement, & il paroît évidemment que les enfans ne ſont appellés ſous condition, que pour faire valoir l'avantage que la femme a fait à ſon mari : que c'eſt une fraude recherchée, & qui tend à rendre inutile la prohibition de l'édit. En effet, la mere ne donne a ſes enfans qu'au défaut du pere, & c'eſt plûtôt à ſa conſidération qu'à la leur, qu'elle fait cet avantage. Son intention eſt, que le pere l'ait avant les enfans, & que la choſe ne paſſe à eux que par lui. Elle veut par cet artifice fermer la bouche aux enfans du premier lit; elle croit que leur oppoſant ceux du ſecond lit, & le fidéicommis ou ſubſtitution vulgaire qui les regarde, ni les uns ni les autres ne troubleront l'avantage : que les premiers n'en reclameront point, ſe voyant exclus par les enfans du ſecond lit, & que ceux-ci ne demanderont pas, par reſpect, ce qu'ils attendent de leur pere : ainſi que ſa volonté ſera ſuivie, & que la loi demeurera illuſoire. Mais comme la loi eſt plus forte, comme on n'y peut déroger, & qu'il faut que le droit public l'emporte ſur la mere des particuliers, auſſi la mere n'a pû faire, *quin leges locum habeant in ſuo teſtamento*, & que ce qui a été donné trop avantageuſement au mari, ne ſoit retranché en faveur des enfans du premier lit, à qui l'injure a été faite.

C'eſt ainſi que le décide *Joannes à Sande*, au liv. 3 de ſes déciſions du ſénat de Friſe, tit. 2, définition 6. Il appuye ſon ſentiment ſur celui de *Boërius*, en ſa déciſion 201, & des autres auteurs qu'il cite, mais plus particulierement de Balde, en ſon conſeil 161 du volume premier, où il dit cette clauſe, *ſi marito non quæratur accedat liberis*, marque qu'il y a de la fraude. Ce que le même Balde confirme au conſeil 146 du vol. troiſieme.

Il eſt vrai que la loi unique, *Cod. de his quæ pœnæ nomine, &c.* permet au teſtateur d'impoſer une peine à ſon héritier, de le priver de ſon hoirie, & de la transférer à d'autres, en cas qu'il refuſe d'accomplir ſa volonté. Mais la même loi, pour ne pas faire une regle générale, ajoute auſſi-tôt cette exception. *Quod ſi aliquid facere vel legibus interdictum, vel aliàs probroſum, vel etiam impoſſibile juſſus aliquis eorum fuerit, tunc ſine ullo damno, etiam neglecto teſtatoris præcepto, ſervabitur.* C'eſt parce que *nemo poteſt facere quin leges locum habeant in ſuo teſtamento*, & que le pouvoir de teſter venant de la loi, il eſt bien juſte que comme c'eſt elle qui le donne, il lui ſoit auſſi ſujet.

A quoi l'on peut ajouter, que la loi appliquant aux enfans du premier lit ce qu'elle retranche à une ſeconde femme, le pere ne peut pas le leur ôter directement ni indirectement, ni par autre voye : *Quod fieri non poteſt per modum diſpoſitionis, illud ſimiliter induci non poteſt per modum conditionis, leg. ſi quis ſub conditione leg. conditiones ff. de conditionib. inſtitut.* Cela ne ſe peut non plus, *per modum pœnæ ſeu privationis, nec per modum tranſlationis ſeu ademptionis, leg. Sejus & Augerius, ff. ad legem Falcidiam.* En cette loi, les héritiers inſtitués étoient chargés d'une condition qui lors étoit contre la loi; & le teſtateur, au défaut d'y ſatisfaire, vouloit qu'ils fuſſent exclus de la ſucceſſion. Le juriſconſulte répond qu'ils pouvoient prendre l'hoirie ſans aucune appréhenſion, & qu'ils y ſeroient maintenus avec autant d'aſſûrance, *ac ſi ea conditio quæ fraudis cauſâ adſcripta eſt, adſcripta non eſſet.* C'eſt ainſi qu'il faut entendre le chapitre *Raynaldus, & ibi gloſſa in verbo, adjiciens, extra de teſtament.*

Enfin, quand nous diſons que le mari ne peut pas donner davantage à une ſeconde femme qu'à un des enfans du premier lit, il faut étendre cela aux petits-enfans. Le texte de la loi *hac edictali* le dit expreſſément: *quam obſervationem etiam a perſona avi & aviæ, nepotum & neptum cuſtodiri cenſemus.* Mais comme les petits-enfans ne viennent que par repréſentation, auſſi tous ceux qui viennent d'un 12
même pere ou d'une même mere, ne ſont cenſés qu'un, & c'eſt aſſez qu'à tous enſemble on ait fait le même avantage qu'à un ſecond mari, ou qu'à

BIU Cujas

une ſeconde femme. Il ne faut donc pas conſidérer ce que chacun emporte; mais il faut joindre leurs portions, & regler par cet aſſemblage l'avantage fait au vitric, ou à la marâtre, ainſi la' décidé le ſénat de Friſe, au rapport de *Joannes à Sande, lib. 2, tit. 2, definit.* 5 de ſes déciſions. Toutefois, Bouvot, en la premiere partie de ſes queſtions des nôces, ſur le mot, *Secondes nôces*, aſſûre que le parlement de Dijon a jugé le contraire. Mais il faut remarquer que l'édit des ſecondes nôces ſemble en ce point plus étendu que la loi; car il dit plus qu'à l'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans. On peut donc dire que l'édit a entendu qu'on ne donnât pas davantage à une ſeconde femme, qu'à l'un des enfans des enfans du premier lit. Néanmoins comme l'édit a été formé ſur la loi, auſſi croyons-nous que c'eſt par elle qu'il doit être interprété, ſur-tout en pays de droit écrit, l'intention de l'édit n'étant pas de déroger à la loi, mais de la faire valoir où elle n'avoit pas lieu.

ARRÊT.

13 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut. Comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant, le 6 jour de mars 1643, entre Claude Govignon, tuteur d'Antoinette Rouſſy, fille de feu Louis Rouſſy & de Catherine Beſſon, demandeurs, d'une part; & Jean Fraiſſon & Iſabeau Vellu ſa femme, auparavant veuve dudit Rouſſy, tuteur des enfans mineurs dudit Rouſſy & de ladite Vellu, défendeurs, d'autre; par laquelle leſdits Fraiſſon & ſa femme auroient été condamnés à délivrer audit Govignon, audit nom, la moitié de ce qui avoit été par eux reçu de la ſomme de trois mille livres, donnée pour augment par ledit feu Rouſſy à ladite Vellu ſa ſeconde femme, & les intérêts, ſuivant notre ordonnance, depuis qu'ils avoient été reçus, juſqu'à l'actuel payement, & outre la moitié de la valeur des bagues & joyaux que ledit feu Rouſſy avoit auſſi donné à ladite Vellu, lors de leur mariage, ſous l'offre faite par ledit Govignon de délivrer auſdits Fraiſſon & Vellu la moitié de ce qu'il recevroit pour ladite Antoinette Rouſſy, en qualité de cohéritiere, pour un tiers dudit feu Rouſſy ſon pere, & viendroient les parties à diviſion & partage des deniers provenus des autres bagues, joyaux & meubles de feue Honorade Roux, ayeule paternelle des enfans dudit feu Rouſſy; deſquels ſeroit délivrée audit Govignon, audit nom, la tierce partie, avec les profits, ſuivant l'ordonnance, depuis la réception juſqu'au payement, ſans dépens: Eût été par leſdits Fraiſſon & Vellu ſa femme, èſdits noms, appellé à notre cour de parlement, en laquelle, parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu, pour juger entre icelles ſi bien ou mal auroit été appellé; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle des appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance; auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, ledit intimé pourra répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens deſdits appellans : Icelui procès vû, griefs, réponſes, production nouvelle des appellans; requête du 29 août 1645, employée pour contredits par ledit intimé : Tout diligemment examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant, ſans amende; émendant, a ordonné & ordonne que partage & diviſion ſeront faits entre leſdits Govignon & Fraiſſon, èsdits noms, des biens de la ſucceſſion d'Honorade Roux, ayeule deſdits mineurs, pour être le tiers à chacun deſdits mineurs délivré; a condamné & condamne ledit Fraiſſon, audit nom, rapporter la ſomme de quinze cens livres, faiſant moitié de trois mille livres accordées par ledit Rouſſy à ladite Vellu, pour augment de la dot, & la moitié de la ſomme à laquelle ſe trouveront monter les bagues & joyaux donnés à ladite Vellu par ledit Rouſſy, par ſon contrat de mariage, pour être le tiers deſdits lots donnés à ladite Antoinette Rouſſy, aux intérêts du tiers de ladite ſomme de quinze cens livres, du jour que ladite ſomme de trois mille livres a été reçue par ladite Vellu, & les deux autres tiers donnés auſdits Rouſſy, enfans dudit Rouſſy & de ladite Vellu, ſans dépens. Si donnons en mandement au plus prochain de nos juges des lieux, qu'à la requête deſdits Fraiſſon, & Iſabeau Vellu ſa femme, mettre le préſent arrêt à dûe & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur, de ce faire vous donnons pouvoir, & au premier notre huiſſier ou ſergent, de faire tous exploits requis & néceſſaires pour l'exécution des préſentes. Donné à Paris en notre parlement le 7 jour du mois de ſeptembre, l'an de grace 1615, & de notre regne le troiſieme, par ſon jugement & arrêt de la cour. Du Tillet.

Cet arrêt a partagé le retranchement entre la fille du premier lit & les deux enfans du ſecond lit, & chacun d'eux a donné le tiers. Le même a été jugé par arrêt intervenu au procès d'entre le ſieur Jacquet & le ſieur de Mornieu, que nous voulons rapporter ci-après, quoique nous ne puiſſions pas approuver ce partage, ni nous départir de la regle que nos loix ont établie. Ce dernier arrêt ſervira pour l'excluſion du ſecond mari, que quelques-uns ont voulu faire entrer en ce partage. Nous eſpérons pourtant recouvrer des arrêts contraires, qui conſervent leur droit aux enfans du premier lit, & excluent ceux du ſecond, afin que ſur cette contrariété d'arrêts, le lecteur s'arrête à ce qu'il y a de plus certain, & ſuive plûtôt les jugemens conformes à nos loix, que ceux qui les choquent. I.

OBSERVATIONS.

Du retranchement des avantages faits à un ſecond mari ou à une ſeconde femme.

L'AUTEUR traite ici pluſieurs queſtions importantes.

1°. Sur quel pied il faut meſurer l'avantage fait au ſecond mari, ou à la ſeconde femme.

2°. A qui appartient le retranchement des avantages exceſſifs : ou aux ſeuls enfans du premier lit, ou à tous les enfans également.

3°. Si le ſecond conjoint peut avoir part dans ce retranchement.

BIU Cujas

4°. Si les conjoints remariés peuvent faire plus d'avantage aux enfans du ſecond lit, qu'à ceux du premier.

5°. Si la prohibition de la loi s'étend juſqu'aux petits-enfans, & comment ils doivent être comptés.

Sur quel pied doit être réglé l'avantage fait à un ſecond conjoint.

A l'égard de la premiere, l'auteur dit qu'il eſt certain que l'avantage fait aux ſeconds conjoints doit être réglé ſur le pied de la légitime des enfans du premier lit, & non pas par rapport à la donation ou aux legs qui a été fait à un des enfans du premier lit, quand ils ſont moindres que ſa légitime. Cette juriſprudence eſt aujourd'hui certaine au parlement de Paris, ſuivant les arrêts rapportés par M. Brodeau, ſur M. Loüet, lettre N, chap. 3; par M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 3, chap. 9, gloſ. 4; & par M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, chap. 6, ſect. 1, diſtinct. 5; elle eſt pareillement certaine au parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de M. Cambolas, dans ſes déciſions, liv. 4, chap. 18, & dans ſon traité des ſecondes nôces, nombre 22; de M. Catelan, tome ſecond, liv. 4, chapitre 60; & de M. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 333, nomb. 29. De même au parlement de Grenoble. Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 4, ch. 2.

Mais encore aujourd'hui, au parlement de Bordeaux, la portion du ſecond conjoint 15
ſe regle par ce qui a été laiſſé à l'enfant du premier lit, *de facto*, ſuivant le témoignage de Lapeyrere, lett. N, nomb. 9; & de Bechet, dans ſon traité des ſecondes nôces, ch. 30. En effet, il ſemble que cela eſt plus conforme à la loi *hac edictali*, ſuivant l'explication de M. Cujas, ſur cette loi; & de M. Durant, queſt. 16.

Si le retranchement appartient aux ſeuls enfans du premier lit.

La ſeconde queſtion ne devroit point faire de difficulté, puiſqu'elle eſt expreſſément 16
décidée par la novelle 22, ch. 27, qui attribue tout le profit provenant du retranchement de la portion exceſſive du ſecond mari, ou de la ſeconde femme, aux ſeuls enfans du premier lit : *Sed ex priori matrimonio filiis, propter quos obſervatum eſt, detur ſolis*, d'où eſt tirée l'autentique *ad eos ſolos etiam nunc pertinet*, qui eſt miſe après la loi *quoniam de ſec. nupt.*

La juriſprudence des arrêts de tous les parlemens du royaume ſemble être certaine ſur ce point. Brodeau, ſur M. Loüet, lett. N, ch. 3, nomb. 21, en rapporte un du 4 juillet 1606, qui a confirmé une ſentence arbitrale, rendue dans la ville de Lyon, qui l'avoit ainſi jugé. M. d'Olive, liv. 3, ch. 13; M. Cambolas, liv. 4, ch. 18; & Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 331, nomb. 25, aſſurent que la juriſprudence du parlement de Toulouſe eſt conſtante pour ce parti. M. Expilly, dans ſes arrêts, ch. 177, dit la même choſe de la juriſprudence du parlement de Grenoble. Idem, du parlement de Bordeaux; Bechet, ch. 32; & Lapeyrere, lett. N, nomb. 29. De même au parlement d'Aix, Boniface, tom. 2, liv. 1, tit. 32, ch. 4.

Cependant M. Ricard, à l'endroit ci-deſſus cité, nomb. 1288, & M. le Brun, au 17
même endroit, diſt. 3, nomb. 13, diſent que les enfans du ſecond lit y ont part; mais ils n'entendent parler que des pays coutumiers; car pour les pays de droit écrit, la loi eſt trop expreſſe & trop équitable pour aller contre. Cependant notre auteur rapporte un arrêt rendu au parlement de Paris le 7 ſeptembre 1645, qui a partagé le retranchement entre la fille du premier lit & les enfans du ſecond lit; dans le livre ſuivant, queſt. 63, il en rapporte un autre du 7 mars 1648, qui a jugé la même choſe; mais il s'écrie avec raiſon contre ces arrêts. Ainſi, nonobſtant ces arrêts, il faut tenir pour certain que dans les pays de droit écrit, le retranchement appartient aux ſeuls enfans du premier lit. Cela a été ainſi jugé par un arrêt ſolemnel du 24 juillet 1660, rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, après avoir pris l'avis des autres chambres. Cet arrêt eſt rapporté dans le ſecond tome du journal des audiences, livre troiſieme, chapitre 31.

Mais la difficulté eſt lorſqu'il y a des enfans de trois lits; ſçavoir, ſi tous les enfans doivent avoir part au retranchement de l'avantage exceſſif qui a été fait au ſecond mari.

Il faut d'abord dire que les enfans du troiſieme lit n'y ont aucune part, ſuivant les principes qui viennent d'être établis

BIU Cujas

Si les enfans du ſecond lit doivent avoir part au retranchement des avantages faits à un troiſieme mari, ou à une troiſieme femme.

18 Les arrêts du parlement de Toulouſe & de Bordeaux jugent que les enfans du ſecond lit doivent avoir part au retranchement. D'Olive, liv. 3, ch. 15; Cambolas, liv. 4, ch. 18; Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 331; Lapeyrere, lett. N, nomb. 29; Ricard, nomb. 1299, eſt auſſi de cet avis.

19 Cependant, ſuivant les termes de la novelle & de l'autentique *ad eos ſolos*, il faut dire que ce retranchement appartient aux ſeuls enfans du premier lit. C'eſt l'opinion de la gloſe, ſur la loi *hæc edictali, verſ. jus vero, in verbo liberorum*, & de M. Cujas, ſur le ch. 27 de la novelle 22. En effet, les enfans du ſecond lit ne ſont pas ſi favorables que ceux du premier lit, & ils n'ont pas droit de conteſter les libéralités faites par leur mere à ſon troiſieme mari. Si leur mere étoit toujours demeurée en viduité, ils ne ſeroient pas venus au monde, & par conſéquent, ils ne ſeroient pas en état de cenſurer ſa conduite, & de blâmer une incontinence qui leur a donné la vie. Pour montrer encore davantage que les enfans du ſecond lit ne ſont pas ſi favorables que ceux du premier, & qu'ils n'ont pas droit de combattre les diſpoſitions de leur mere, il faut obſerver que dans le cas d'un ſecond mariage, quand il ne reſte point d'enfans du premier lit, les enfans du ſecond lit ne peuvent pas demander le retranchement des avantages exceſſifs faits à leur pere, ſuivant le ſentiment même de M. Ricard, de M. le Brun, au même endroit, & de M. du Pleſſis, dans ſon judicieux commentaire ſur la coutume de Paris, au tit. *des donations*, ch. 12.

Si le ſecond conjoint a part dans le retranchement.

20 La troiſieme queſtion ne ſouffre point de difficulté. Il eſt certain, ſuivant la loi *hac édictali, verſ. ſin vero*, & la novelle 22, ch. 27, *verſ. & hoc*, que le retranchement doit appartenir aux ſeuls enfans, *inter eos ſolos ex æquo dividitur*; & par conſéquent, le ſecond mari n'y peut rien prétendre, ainſi que l'établit notre auteur dans cette queſtion. Dans le livre ſuivant, queſtion 63, il rapporte un arrêt du 7 mars 1648, qui l'a ainſi jugé. Boërius, déciſ. 201, nomb. 6, & Fachin, dans ſes controverſes, liv. 3, ch. 69, rapportent un grand nombre d'auteurs qui ſont de cet avis. Coquille, ſur la coutume de Nivernois, au titre des donations, art. 12; Bechet, des ſecondes nôces, ch. 35; Brodeau, ſur M. Loüet, lett. N, ch. 3, nomb. 21; & Ricard, des donat. part 3, nomb. 1319, ſont auſſi de ce ſentiment.

Cette queſtion s'étant préſentéé depuis peu, elle a été jugée en faveur de la fille du premier lit, par arrêt rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de monſieur de Fortia le 15 juillet 1702. Comme cet arrêt a été rendu avec grande connoiſſance de cauſe, & que la queſtion a été très-bien traitée par les avocats des parties, qui ſont tous deux très-habiles, & bien verſés dans les queſtions de droit, je crois que le public me ſçaura bon gré de rapporter à la fin de cette obſervation les factums qu'ils ont fait imprimer, avec l'arrêt qui eſt intervenu.

Si les enfans du ſecond lit ſont compris dans la prohibition.

21 La quatrieme queſtion ne ſouffre pareillement aucune difficulté. Il eſt certain que les enfans du ſecond lit ne ſont pas compris dans la prohibition de la loi, & que les peres & meres peuvent leur faire de plus grands avantages qu'aux enfans du premier lit, ainſi que cela eſt décidé par le ch. dernier de la novelle 22, & ſuivant la doctrine de M. Cujas, ſur la loi *hac edictali*, ſur la fin. C'eſt auſſi le ſentiment de notre auteur ſur cette queſtion, & celui de M. Ricard & de M. le Brun, dans les endroits ci-deſſus cités. Selon ce principe, l'inſtitution faite de la perſonne du ſecond mari, à la charge de rendre le fidéicommis à un des enfans du ſecond lit, eſt valable, ſuivant les arrêts rapportés par monſieur Maynard, liv. 3, ch. 75 & 76; par monſieur Cambolas, liv. 1, ch. 21, & liv. 4, ch. 18; par Bechet, ch. 27; & par Deſpeiſſes, *eodem*, nomb. 32.

Sçavoir ſi l'uſufruit, qui en ce cas appartient au ſecond mari, eſt ſujet au retranchement.

22 M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 61, rapporte un arrêt du 17 août 1695, qui a jugé que cet uſufruit n'eſt pas ſujet au retranchement; parce que la diſpoſition a pour but principal les enfans, & que l'uſufruit appartient au pere, en vertu de la loi qui lui donne la jouiſſance des biens de ſes enfans. D'ailleurs, le pere a la liberté d'anticiper la reſtitution du fidéicommis, & d'abandonner cet uſufruit à ſes enfans.

BIU Cujas

Cependant, ſi la diſpoſition eſt ſuſpecte de fraude, en ſorte que l'avantage puiſſe être préſumé fait uniquement en vûe du ſecond mari, elle ne ſera pas valable, ſuivant la loi 49, *de donat. inter vir. & ux.* & la doctrine de pluſieurs docteurs, cités par Fachin, au même endroit, ch. 66, de Papon, dans ſes arrêts, liv. 15, tit. 1, art. 9, de Ricard, & le Brun, au même endroit, & de M. Catelan, ci-deſſus.

Si la portion du ſecond conjoint doit être réglée par celle des petits-enfans.

La derniere queſtion propoſée par l'auteur regarde les petits-enfans. La loi *hac edictali* établit la même regle à leur égard, qu'à l'égard des enfans du premier degré; mais elle ne diſtingue pas s'il y a des enfans, d'un côté, & des petits-enfans, de l'autre; auſſi cette diſtinction ſeroit inutile, parce que les petits-enfans venans par repréſentation, ils ne compoſent tous enſemble qu'une tête, & par conſéquent, ils n'ont que la même légitime qu'auroit eu leur pere. Il faut dire la même choſe, quoiqu'il y ait des petits-enfans de différentes branches; parce qu'en ligne directe, la repréſentation a toujours lieu. 23

Mais la difficulté conſiſte lorſqu'il y a pluſieurs petits-enfans d'une ſeule branche; parce qu'en ce cas, ils ſuccedent par têtes; ſçavoir, ſi dans cette eſpece la part du ſecond conjoint doit être réglée à la portion de chacun des petits-enfans, ou à la portion qu'auroit eu leur pere, s'il étoit vivant. Notre auteur, dans cette queſtion, ſur la fin, panche à dire que tous les petits-enfans enſemble ne doivent avoir que la même portion que le ſecond mari; & M. Cambolas, liv. 4, ch. 18, rapporte un arrêt rendu au parlement de Toulouſe le 16 mai 1619, qui l'a ainſi jugé. Cependant, l'opinion contraire paroît mieux fondée; elle eſt appuyée d'un grand nombre d'auteurs: Bechet, des ſecondes nôces, ch. 34; Deſpeiſſes, tom. 4, pag. 329, col. 1; Ricard, nomb. 1273; le Brun, au même endroit, nomb. 21; & Brodeau, ſur M. Loüet, ch. 3, ſur la fin. Il ſemble en effet que la loi *hac edictali* le décide ainſi, puiſqu'elle ne peut point s'appliquer dans les cas où il y a des enfans & des petits-enfans, ou pluſieurs petits-enfans de différentes branches. 24

Factum, pour dame Françoiſe Perrette, femme de défunt Théodore David, ſieur de Foncraine, tréſorier de France en la généralité de Lyon, tant en ſon nom, que comme tutrice de Catherine David leur fille; ladite dame à préſent femme de meſſire Benoît Cachet de Montezan, premier préſident au parlement de Dombes, antoriſée par juſtice, au refus dudit ſieur de Montezan ſon mari, appellante. Contre Jean-Baptiſte Hugalis, tuteur de Claudine David, fille du premier lit dudit ſieur de Foncraine, & de Françoiſe Hugalis ſa premiere femme, intimé.

LA queſtion principale eſt de ſçavoir *comment ſe doit faire en pays de droit écrit le retranchement des avantages faits à une ſeconde femme.* 25

Feu Théodore David, ſieur de Foncraine, a épouſé l'appellante en ſecondes nôces; il lui a conſtitué 35000 liv. pour augment de dot, bagues & joyaux; il a laiſſé deux enfans, Claudine David du premier lit, & Catherine David du ſecond.

Les dettes payées, & toutes charges déduites, non compris les 35000 liv. de l'augment, bagues & joyaux de l'appellante, il reſte dans la ſucceſſion 26396 liv. 9 ſols à partager entre Claudine & Catherine David: C'eſt pour chacune 13198 liv. 4 ſols 6 deniers.

L'appellante ſoutient qu'il faut joindre ſes 13198 liv. 4 ſols 6 deniers de la portion de Claudine David, aux 35000 liv. de l'augment, bagues & joyaux: Les deux ſommes montent enſemble à 48148 liv. 4 ſols 6 den. qui ſont à partager également entre l'appellante & Claudine David, fille du premier lit; c'eſt pour chacune 24099 livres 2 ſ. 6 deniers.

L'intimé prétend au contraire, que l'appellante ne doit avoir que 13198 liv. 4 ſ. 6 deniers dans les 35000 livres de ſon augment, bagues & joyaux, & que le ſurplus montant à 21801 livres 15 ſols 6 deniers, appartiennent à Claudine David, fille du premier lit, outre les 13198 livres 4 ſols 6 deniers de ſa portion dans les 26396 livres 9 ſols qu'elle partage avec Catherine David ſa ſœur. La ſentence dont eſt appel l'a ainſi jugé contre la propre reconnoiſſance de l'intimé, qui avoit été obligé de convenir dans les écritures, que le retranchement doit ſe faire de la maniere propoſée par l'appellante.

Pour ſoutenir le prétendu bien jugé de la ſentence, l'intimé a fait deux propoſitions dans les réponſes à griefs.

BIU Cujas

La premiere, qu'il faut retrancher 21801 liv. 15 ſols 6 den. des 35000 liv. ſans que l'appellante prenne aucune part dans la ſomme retranchée.

La deuxiéme, que la portion de Catherine David, fille du ſecond lit, dans les biens de ſon pere, qui n'eſt que 13198 livres, 4 ſols, 6 deniers doit ſervir de régle pour fixer celle que l'appellante a droit de retenir des 35000 livres de ſon augment, bagues & joyaux.

Pour l'établiſſement de la premiere propoſition, l'on a dit que quelques interprêtes ont penſé, que le beau-pere ou la belle-mere devoient avoir dans le retranchement une portion égale à celle des enfans du premier lit; mais que ceux qui ont examiné la queſtion ont fait voir par le texte de la loi, *hac edictali*, & de la novelle 22, chap. 27, que les enfans du premier lit ſeuls doivent profiter du retranchement, ſans que le beau-pere, ou la belle-mere y prennent aucune part. L'on cite à ce ſujet, *Henrys*, *Ricard*, *Fachineus*, & quelques autres auteurs qui n'ont fait que ſe copier les uns les autres.

Il faut convenir, & l'intimé lui-même en demeure d'accord, que les docteurs ont été fort partagés ſur la queſtion qui ſe préſente; ainſi de crainte de s'égarer avec des guides qui peuvent s'être trompés, le plus ſur ſera d'aller puiſer dans la ſource même les raiſons de décider.

Le terme *ſolis*, de la novelle 22, ch. 27, & *ſolos* de l'autentique, *ad eos ſolos*, *C. de ſecund. nupt.* a été la pierre d'achoppement qui a induit en erreur les auteurs, qui pour n'avoir fait attention que ce terme n'emportoit excluſion qu'à l'égard des enfans du ſecond lit, ſe ſont imaginés que le ſecond mari & la ſeconde femme étoient pareillement exclus de prendre aucune part à l'excédant retranché

En effet, Ricard dans l'endroit cité par l'intimé, traité des donations, part. 3, n. 1319, s'explique ainſi: *Après avoir examiné de quelle maniere ſe doit faire le retranchement des avantages faits au ſecond mari, il nous reſte encore de ſavoir s'il prend part dans ce retranchement, ou s'il doit profiter aux enfans ſeuls. Le mari a en ſa faveur le ſentiment de la gloſe, ſur le mot* dividi, *de la loi* hac edictali, *& de quelques autres docteurs qui ſe ſont fondés ſur ce que cette loi, auſſi-bien que notre édit, permettent à la femme convolante en ſecondes nôces, d'avantager ſon ſecond mari autant que l'un de ſes enfans.... Mais Bertrand ſur la loi* hac edictali, *fait fort bien voir que ceux qui ont ſuivi cette premiere opinion ſe ſont trompés dans le fondement qu'ils ont pris..... Le retranchement regardant les enfans ſeuls, comme étant introduit en leur conſidération.... il eſt juſte qu'ils en profitent ſeuls, à l'excluſion du mari, leur droit ſe trouve établi par la loi*, hac edictali, *& par la novelle 22, chap. 27.* Il rapporte enſuite les termes de la loi & de la novelle, & ajoute: *ces termes ſont trop précis pour pouvoir laiſſer lieu à quelque conteſtation.* Les autres auteurs qui ont été ſuivis par Ricard, ont tous raiſonné ſur le même principe; ſavoir, que le retranchement étant donné aux ſeuls enfans du premier lit, le ſecond mari & la ſeconde femme étoient exclus d'y prendre aucune part. De ſorte que s'il eſt vrai que ce principe ſoit faux, il s'enſuivra que les auteurs qui ont cru ceux du parti contraire dans l'erreur, ſe ſont eux-mêmes trompés.

Le nœud de la difficulté eſt donc de ſavoir, ſi les termes de la loi, *hac edictali*, & de la novelle 22 ſont excluſifs à l'égard du ſecond mari & de la ſeconde femme, de même qu'à l'égard des enfans du ſecond lit.

Pour faire voir que le mot *ſolis*, de la novelle, & les termes, *ad eos ſolos*, de l'autentique, n'emportent excluſion qu'à l'égard des enfans du ſecond lit, il faut d'abord poſer une régle triviale & conſtante en matiere d'interprétation de loix ſuſceptibles d'ambiguité; qui eſt de s'attacher au ſens qui concilie leurs diſpoſitions, & de rejetter celui qui rendroit ces mêmes diſpoſitions contraires, s'il étoit ſuivi.

Il y a dans la loi, *hac edictali*, & dans la novelle 22, ch. 27, deux diſpoſitions qu'on ne peut ſéparer.

La premiere diſpoſition, eſt celle qui veut que le ſecond mari puiſſe être avantagé, & avoir des biens de ſa femme, & la ſeconde femme des biens de ſon mari, une portion égale à celle des enfans du premier lit; de maniere que s'il n'y a qu'un enfant, le beau-pere, ou la belle-mere aura autant que cet enfant ſeul; s'il y a pluſieurs enfans avantagés également, le beau-pere ou la belle-mere aura autant que l'un des enfans: que ſi au contraire ils ſont avantagés inégalement, le beau-pere ou la belle-mere n'aura qu'autant que l'enfant le moins prenant.

La deuxiéme diſpoſition, eſt celle qui porte que l'excédant retranché de l'avantage fait au ſecond mari ou à la ſeconde femme, appartiendra aux ſeuls enfans du premier lit.

Il eſt queſtion de ſavoir, ſi la loi qui exclut les enfans du ſecond lit de prendre part au retranchement, exclut auſſi le ſecond mari, ou la ſeconde femme; le doute vient de ces termes, *ſolis*, & *ad eos ſolos*, qui emportent à la vérité excluſion, mais une excluſion

BIU Cujas

équivoque, à cauſe des deux rapports ou relation dont elle eſt ſuſceptible; il s'agit de ſavoir ſi cette excluſion ne regarde que les enfans du ſecond lit ſeulement, ou ſi elle regarde & comprend auſſi le ſecond mari, ou la ſeconde femme.

L'on verra incontinent par le texte de la loi même & de la novelle, que l'excluſion n'eſt relative qu'aux ſeuls enfans du ſecond lit; mais il faut établir auparavant, que s'il étoit vrai que le texte fût ambigu, l'excluſion ne pourroit jamais être appliquée qu'aux enfans du ſecond lit, à moin de vouloir mettre dans la loi & dans la novelle, une contrariété manifeſte.

L'eſpece qui fait le ſujet de la conteſtation rendra la choſe ſenſible. Déduction faite des dettes & des charges, la part de Claudine David, & de celle de Catherine David, dans la ſucceſſion du ſieur de Foneraine leur pere, eſt fixée par la ſentence dont eſt appel, à 13198 liv. 4 ſ. 6 den. pour chacune, non compris ce qui doit revenir à Claudine David, fille du premier lit, du retranchement des 35000 liv. de l'augment, bagues & joyaux de l'appellante.

Dans le ſens que l'intimé donne à la loi, *hac edictali*, & au ch. 27 de la novelle 22, l'appellante n'auroit que 13198 liv. 4 ſols 6 den. dans les 35000 liv. & Claudine David auroit ſeule les 21801 liv. 15 ſols 6 den. retranchées, outre les 13198 liv. 4 ſols 6 den. qu'elle a d'ailleurs pour ſa portion héréditaire, égale à celle de Chatherine David ſa ſœur, fille du ſecond lit; de ſorte qu'elle amenderoit des biens de ſon pere 21801 l. 15 ſols 6 den. plus que l'appellante, quoiqu'au terme de la loi & de la novelle, elles doivent avoir autant l'une que l'autre, *tantum quantum unus filius, aut filia ſola exiſtens ex generante habeat:* ce ſont les termes de la novelle 22, ch. 27.

Il eſt certain qu'en adjugeant la ſomme entiere de 21801 liv. 15 ſols 6 den. à Claudine David, l'on contrevient ouvertement à la diſpoſition de la loi & de la novelle, qui veut que le ſecond mari, ou la ſeconde femme ait autant que l'enfant du premier lit: au lieu qu'en partageant la ſomme de 21801 liv. 15 ſols 6 den. par moitié entre l'appellante & Claudine David, l'on conſerve entr'elles l'égalité ordonnée par la loi & la novelle.

La loi, *hac edictali*, veut à la vérité que l'excédant retranché appartienne aux enfans du premier lit, & ſoit partagé entr'eux, *quod plus relictum fuerit ad perſonas deferri liberorum, & eis dividi jubemus:* mais cet excédant, ce *quod plus* ne peut conſtamment s'entendre, aux termes de la loi, que de ce qui excéde la portion que la même loi accorde au ſecond mari, ou à la ſeconde femme; portion égale à celle de l'enfant du premier lit, lorſqu'il n'y a, comme dans l'eſpece, qu'un ſeul enfant.

La portion de l'appellante doit donc être de 24099 liv. 2 ſols 3 den. pour être égale à celle de Claudine David, fille du premier lit, & l'excédent à retrancher des 35000 liv. ne peut être que de la ſomme de 10900 liv. 17 ſols 9 den. laquelle étant ajoutée aux 13198 liv. 4 ſols 6 den. de la portion héréditaire de Claudine David, le tout fait enſemble 24099 liv. 2 ſols 3 deniers, & égale la fille du premier lit, avec la ſeconde femme.

Par-là nulle contrariété dans les diſpoſitions de la loi, elle eſt exécutée en ſon entier, ſans faire aucune violence au texte; au lieu, encore une fois, que ſi on ne laiſſe à l'appellante que 13198 liv. 4 ſols 6 den. & qu'on ne lui donne aucune part dans les 21801 liv. 15 ſols 6 den. qu'on veut retrancher des 35000 livres, Claudine David ſe trouvera avantagée plus qu'elle de cette ſomme entiere de 21801 liv. 15 ſols 6 deniers contre l'intention & la diſpoſition formelle de la loi, qui veut que la ſeconde femme ait autant que la fille du premier lit.

Les termes *ſolis* de la novelle, & *ad eos ſolos* de l'autentique, ne peuvent pas non plus s'entendre qu'en conſervant l'égalité entre la ſeconde femme & l'enfant du premier lit; égalité qui n'eſt pas moins expreſſe dans la novelle, que dans la loi *hac edictali*, & c'eſt une erreur de vouloir étendre à la ſeconde femme, une excluſion qui n'a de rapport qu'aux enfans du ſecond lit.

Pour être convaincu par le texte même de la novelle, que l'excluſion ne s'applique & ne ſe référe qu'aux ſeuls enfans du ſecond lit, il faut obſerver que ſuivant la loi *hac edictali*, *C. de ſecund. nupt.* l'excédant à retrancher appartenoit aux enfans du premier lit, ſans que ceux du ſecond y euſſent aucune part; mais la loi *quoniam* du même titre, en corrigeant la loi *hac edictali*, avoit ordonné que les enfans du ſecond lit partageroient le retranchement par têtes avec ceux du premier lit, *nos corrigentes omnia quæ memorato modo revocantur, non ſolùm ad filios prioris matrimonii, ſed etiam ad eos qui ex ſecundis nuptiis nati fuerint pertinere, & in capita inter omnes dividenda ſancimus.*

La novelle 22, ch. 27, abroge à cet égard la loi *quoniam*, & rétablit la loi *hac edictali*; elle veut que le retranchement appartienne aux ſeuls enfans du premier lit: *namque ex ſecundis nuptiis filios participari etiam horum, ſcriptum quidem in quadam conſtitutione eſt;*

BIU Cujas

non tamen etiam nunc nobis placet : ſed ex priori matrimonio filiis, propter quos & obſervatum eſt, detur ſolis. Or il eſt évident que l'excluſion marquée dans le terme *ſolis*, ne ſe rapporte qu'aux enfans du ſecond lit, que la loi *quoniam* admettoit au partage de l'excédant retranché, & que la novelle veut exclure en abrogeant la loi *quoniam ;* & encore une fois, il n'eſt pas poſſible d'étendre cette excluſion au ſecond mari, ou à la ſeconde femme, à moins que de vouloir mettre, comme on a déja dit, & dans la loi *hac edictali*, & dans la novelle 22 une contrariété qui ne s'y trouve pas, & qu'il faudroit ſauver, ſuppoſé qu'elle y fût, par une interprétation d'autant plus juſte, qu'elle concilieroit d'une maniere toute naturelle ce qui pourroit paroître équivoque & douteux.

La gloſe, ſur le mot *dividi*, de la loi *hac edictali*, porte : *ſed pone quod mulier quæ tranſiit ad ſecunda vota centum tantùm habet in bonis & ea dat ſecundo viro : nunquid totum revocabunt filii primi matrimonii ? Dico quod revocant ut ſint æquales cum ſecundo viro.* Ce retranchement de ce qui a été trop donné, doit ſe faire en faveur des enfans du premier lit ; mais de maniere néanmoins qu'il en reſte au ſecond mari, où à la ſeconde femme, une portion égale à celle des enfans du premier lit. C'eſt là, ſuivant la gloſe même, le véritable ſens de la loi qui conſerve l'égalité, qui concilie les deux diſpoſitions, & ſauve une contrariété que les auteurs du parti contraire ne peuvent ſauver que par des fictions.

Henrys, dans l'endroit cité par l'intimé, tom. 1, liv. 4, queſt. 58, dit, *que le mari qui donne plus à une ſeconde femme qu'à un des enfans du premier lit*, quod potuit noluit, quod voluit non potuit ; *que n'ayant pas réglé ſon pouvoir aux termes de la loi, ce qu'il a trop donné*, abſceſſit à bonis mariti, *auſſi ne peut-il plus être conſidéré comme choſe qui dépende du mari, & faſſe part de ſon hoirie.*

Cela s'appelle ſubtiliſer & chicaner, pour ſoutenir un mauvais parti qu'on a embraſſé ; parce qu'en ne donnant au ſecond mari, ou à la ſeconde femme, aucune part dans l'excédant, les partiſans de cette erreur ne peuvent répondre à l'inégalité qui réſulte de leur opinion, contre la diſpoſition formelle de la loi *hac edictali*, & de la novelle 22 : ils ſont réduits à feindre que cet excédant ne fait point partie des biens du mari *abſceſſit à bonis mariti*, ce qui eſt une pure imagination dénuée de tout fondement : car enfin, par exemple dans l'eſpece dont il s'agit, les 21801 liv. 15 ſols 6 den. qu'on veut retrancher des 35000 liv. ſi cette ſomme de 21801 livres 15 ſols 6 den. ne fait pas partie des biens du ſieur de Foncraine, d'où provient-elle donc, & de quels biens fera-t-elle partie ?

Henrys ajoûte dans le même endroit, que *comme le retranchement eſt une peine d'une affection déréglée, & du mépris qu'on a fait de la loi, la loi ne veut pas que la perſonne prohibée en ait ſa part ; au contraire elle veut que pour réparer l'injure que les enfans ont reçue, ils ayent ce retranchement entier.* Ricard dit à peu près la même choſe.

Mais c'eſt vouloir, contre les régles, étendre les peines au-delà des bornes de la loi. En effet, & ſans ſortir de l'eſpece qui ſe préſente, quoiqu'on donne à l'appellante ſa part dans les 21801 liv. 15 ſols 6 den. la peine ordonnée par la loi ne laiſſera pas d'avoir lieu ; puiſqu'au lieu de 35000 liv. elle n'aura que 24819 liv. 2 ſols 3 den. que ſi au contraire on ne lui donnoit aucune part dans les 21801 liv. elle n'auroit que 13198 liv. 4 ſ. 6 den. ce ſeroit être plus ſévere que la loi, qui veut qu'elle ait une part égale à celle de l'enfant du premier lit.

Fachineus auſſi cité par l'intimé *contr. lib. 3, cap. 69*, après avoir cité les auteurs de l'un & de l'autre parti, dit que ceux qui ne veulent donner au ſecond mari, ou à la ſeconde femme, aucune part dans l'excédant, ſe fondent ſur ce qu'il n'eſt fait nulle mention d'eux, dans la diſpoſition qui ordonne que le retranchement appartiendra aux ſeuls enfans du premier lit. Mais cette objection ne conclut rien, par deux raiſons. 1°. Parce que la même loi veut que la portion du ſecond mari ou de la ſeconde femme, ſoit égale à celle de l'enfant du premier lit ; & pour conſerver l'égalité, il faut néceſſairement que le ſecond mari, ou la ſeconde femme ait part à l'excédant, ſans quoi l'on ne ſauvera jamais la contrariété qu'il y auroit entre la premiere & la ſeconde diſpoſition de la loi. 2°. Quoiqu'il ne ſoit pas fait mention du ſecond mari ou de la ſeconde femme, dans l'endroit qui parle du partage de l'excédant, ils n'en ſont pas non plus exclus ; & comme on l'a obſervé, l'excluſion ne regarde que les enfans du ſecond lit. La relation du terme *ſolis*, n'eſt qu'entre les enfans du premier lit, d'un côté, & les enfans du ſecond lit, de l'autre ; & par conſéquent l'excluſion ne tombe que ſur les ſeuls enfans du ſecond lit, & non pas ſur le ſecond mari, ou la ſeconde femme.

Il eſt encore à remarquer, que tout ce que les auteurs diſent d'affection déréglée, & de contravention à la loi, ne peut même avoir aucune application à l'eſpece dont il s'agit. Le ſieur de Foncraine étoit veuf, il avoit épouſé en premieres nôces la femme d'un

BIU Cujas

d'un teinturier, il épouſoit en ſecondes nôces la fille d'un ſecrétaire du roi, qui avoit une dot conſidérable; & ſuivant ce qui ſe pratique dans la ville de Lyon, il n'y a rien d'exceſſif, & qui ne ſoit d'un uſage ordinaire dans l'augment qui a été conſtitué à l'appellante.

Pour faire le retranchement, ſuivant l'eſprit de la loi *hac edictali*, & de la novelle, &c. il faut donc compoſer une maſſe de 35000 liv. de l'augment, bagues & joyaux de l'appellante, & des 13198 liv. 4 ſ. 6 den. de la portion héréditaire de Claudine David, la maſſe ſera de 48148 liv. 4 ſ. 6 den. à partager également entre l'appellante & Claudine David.

Il faut néceſſairement que le retranchement ſe faſſe de certaine maniere, non-ſeulement pour concilier les deux diſpoſitions, qui ſans cela ſeroiént contraires; mais par une raiſon qui n'eſt pas moins invincible. Qu'on ſuppoſe, par exemple, que le ſieur de Foncraine n'a laiſſé d'enfans que Claudine David, fille du premier lit, & qu'après les legs & les autres charges acquittées, & les dettes payées, il ne fût reſté pour tout bien que les 35000 liv. de l'augment, bagues & joyaux de l'appellante. En ce cas, qui pouvoit arriver, & qui peut arriver tous les jours, comment fera-t-on le retranchement? Si, comme l'intimé le prétend, le *quod plus* s'entend de tout ce qui excede la portion de l'enfant du premier lit, ce *quod plus*, cet excédant ſera de la ſomme entiere de 85000 liv. puiſque ne ſe trouvant rien au-delà qui puiſſe tenir lieu de portion héréditaire à Claudine David, il ſera vrai de dire que le ſieur de Foncraine aura donné à ſa ſeconde femme 35000 liv. plus qu'il n'a laiſſé à ſa fille du premier lit. Or, ſi l'appellante ne doit avoir aucune part à l'excédent retranché, il lui faudra ôter la ſomme entiere de 35000 liv. & elle n'aura rien; ce qui paroît non-ſeulement d'une injuſtice outrée, mais d'une abſurdité à laquelle on ne ſçauroit répondre.

Dans cette préſuppoſition, il eſt conſtant que les 35000 liv. ſe partageroient également entre l'appellante & Claudine David. M. Cujas le décide en termes formels dans ſon commentaire ſur la novelle 22. *Juſtinianus*, dit-il, *definit tempus mortis ſpectari, non matrimonii ſecundi, non teſtamenti, vel donationis: quâ de causâ ſi mortuâ uxore primâ, relicto filio, vir ſuperſtes qui habebat C. C. C. C. in bonis ſecundæ uxoris donaverit, C. C. & poſtea in tantùm decreverint bona incendiis fortè, vel naufragiis, vel morte ſervorum, aut pecorum, ut non plus quàm C. C. ſuperſint tempore mortis viri, novercæ cui donata ſunt C. C. privignus auferet C.* En ce cas, la ſomme entiere de deux cens..... ſera, ſuivant l'idée de l'intimé, le *quod plus* ſujet au retranchement; & ſi cet excédent, ſi ce *quod plus* doit être retranché, ſans que la ſeconde femme y prenne aucune part, elle n'aura rien du tout. Cependant elle en doit avoir la moitié, donc elle prend part au retranchement.

Et qu'on ne croye pas pouvoir éluder la force de cer argument, en diſant que dans le cas propoſé le mari avoit quatre cens..... lorſqu'il en a donné deux cens à la ſeconde femme, que c'eſt par des accidens imprévus, que ſon bien ſe trouve réduit à deux cens..... ſeulement, & que le mari n'ayant pas eu deſſein de frauder la loi, il eſt dans la bonne foi.

Premierement, dans l'eſpece propoſée, il eſt conſtant que la prétendue bonne foi du mari eſt un fait abſolument indifférent pour la queſtion, de ſçavoir, ſi la ſeconde femme doit, ou ne doit pas prendre part au retranchement: les quatre cens.... de bien, au tems de la donation, ne ſont dans l'eſpece que pour faire connoître & dire que quand il s'agit de régler le retranchement, il ne faut avoir égard qu'au bien qui ſe trouve à la mort du mari, & non pas à celui qu'il avoit lorſqu'il a fait la donation. En effet, ſans parler de l'inconvénient & de l'embarras où l'on ſe trouveroit, s'il falloit que la maniere de partager le rettanchement dépendît d'un fait auſſi incertain, que la pretendue diminution des biens depuis le mariage; ſi d'ailleurs la bonne ou la mauvaiſe foi doit ſervir de motif pour donner ou ne pas donner à la ſeconde femme part dans le retranchement, il ne ſe trouvera point de mari qui ne ſoit en bonne foi, lorſqu'il s'agira, comme dans l'eſpece préſente, d'un augment de dot, conſtitué par un contrat de mariage. Car quel eſt l'homme qui peut prévoir, en ſe mariant, ce qu'il laiſſera de bien, combien il aura d'enfans, s'ils trouveront ou ne trouveront pas dans ſa ſucceſſion chacun une ſomme égale à celle qu'il aura donnée à ſa ſeconde femme pour augment, bagues & joyaux; & dans le fait particulier, jamais mari ne fut de meilleure foi que le ſieur de Foncraine; il n'a vêcu que trois ans & quatre mois depuis ſon ſecond mariage: il avoit épouſé l'appellante au mois d'avril 1689, il eſt mort au mois d'août 1692, à la fleur de ſon âge. Il n'avoit qu'un enfant du premier lit, il pouvoit eſpérer d'augmenter conſidérablement ſa fortune, s'il eût vêcu à-peu-près l'âge ordinaire. Dans ces circonſtances, dira-t-on qu'il ait eu deſſein de frauder la loi, en con-

BIU Cujas

ſtituant à une ſeconde femme un augment, & des bagues & joyaux, ſuivant l'uſage ordinaire ?

Le même M. Cujas dit, ſur la loi *hac edictali*, que *ſpectatur quantùm ſit in bonis tempore mortis ejus qui iteravit nuptias, nè ſcilicèt plus ex bonis quæ morientis fuerint, remaneat apud vitricum vel novercam, quàm uni ex liberis prioris matrimonii, cui minor portio obtigerit.* Il ſe ſert encore d'une expreſſion très-remarquable dans l'endroit déja cité de ſon commentaire, ſur la novelle 22 : *Duplex eſt beneficium*, dit-il, *& nè minùs legitima, & ut nè minùs quàm novercæ, vel vitrico.* Il faut prendre les biens en l'état qu'ils ſe trouvent au tems du décès, & l'enfant du premier lit ne peut avoir moins que ſa légitime, ni moins que ſon beau pere, ou ſa belle-mere. Donc, pourvû que l'enfant du premier lit ait des biens de ſon pere, autant que la ſeconde femme, il n'a rien davantage à prétendre, & le retranchement doit ſe faire de maniere que la ſeconde femme retienne & conſerve des biens de ſon mari autant qu'il en revient à l'enfant du premier lit, *ut ex bonis quæ morientis fuerint remaneat apud vitricum vel novercam tantùm quantùm uni ex liberis prioris matrimonii.*

L'arrêt du 7 mars 1648, rapporté par Henrys, tom. 1, liv. 5, queſt. 63, ordonne que la ſomme retranchée ſera partagée également entre les enfans du premier & du ſecond lit, contre la diſpoſition de la loi *hac edictali*, & de la novelle 22. Le même arrêt a jugé que le ſecond mari n'y auroit point de part; mais Henrys, pag. 618, avertit lui-même *de ne pas faire trop de fondement ſur ce préjugé :* Ce ſont ſes propres termes, & l'on ne voit pas pourquoi le préjugé ſeroit plus fort & plus légitime pour l'excluſion du ſecond mari, que pour le partage entre les enfans du premier & du ſecond lit : *Legibus, non exemplis judicandum*

Le même Henrys, tome 1, liv. 1, queſt. 58, rapporte un autre arrêt encore plus avantageux aux enfans du ſecond lit, dont voici l'eſpece. Il eſt du 7 ſeptembre 1645.

Louis Rouſſy avoit épouſé en ſecondes nôces Iſabeau Vellu, & lui avoit donné trois mille livres pour augment de dot; l'arrêt *condamne ladite Vellu de rapporter la ſomme de 1500 l. faiſant moitié de celle de 3000 l. de ſon augment & la moitié de la valeur de ſes bagues & joyaux, pour être le tiers, tant des quinze cens livres, que de la valeur des bagues & joyaux, donné à Antoinette Rouſſy, fille du premier lit, & les deux autres tiers aux deux enfans du ſecond lit de Louis Rouſſy & de ladite Vellu.*

L'on ne voit pas qu'elle proportion a été gardée entre l'avantage de ladite Iſabeau Vellu, & la portion héréditaire des enfans. Quoi qu'il en ſoit, ſi la cour vouloit ſe conformer à ces arrêts, il faudroit donc partager par moitié entre Claudine David, fille du premier lit, Catherine David, fille du ſecond lit & les 21801 l. 15 ſ. 6 d. qu'on veut retrancher, des 35000 liv. de l'augment, bagues & joyaux. Ce ſeroit pour chacune 10900 liv. 17 ſols 9 den. & cette ſomme jointe à celle de 13098 liv. 4 ſols 6 den. de leur portion héréditaire, ces deux ſommes feroient enſemble celle de 24099 liv. 4 ſols 3 den. la même qui revient à Claudine David, fille du premier lit, en réglant le retranchement de la maniere propoſée par l'appellante, & dont l'intimé étoit lui-même convenu en premiere inſtance, comme étant en effet conforme à la loi & à l'uſage qui s'obſerve dans la ville de Lyon.

L'intimé, pour appuyer la ſeconde propoſition, dit que la part du ſecond mari, ou de la ſeconde femme, ne peut excéder celle du moins prenant des enfans du premier ou du ſecond mariage; & delà on conclut que l'appellante ne doit avoir que 15199 liv. 4 ſ. 6 den. qui eſt la même ſomme qui revient à Catherine David, pour ſa portion héréditaire dans les biens de ſon pere : l'on cite à ce ſujet Ricard, traité des donations, part. 3, nomb. 1291; mais il ne falloit pas diſſimuler que le même auteur diſtingue entre les pays de coutume & les pays de droit écrit. Il n'y a qu'à lire les nomb. 1288, 1291, 1292 & 1294 de l'endroit cité; parce que l'édit des ſecondes nôces parle des enfans en général. Les arrêts ont jugé que le retranchement devoit être partagé entre tous les enfans, tant du premier que du ſecond lit; & ſur ce principe, l'on a jugé en même tems que la portion de l'enfant même du ſecond lit, le moins prenant, devoit ſervir de regle, pour réduire l'avantage du ſecond mari, ou de la ſeconde femme. Mais cette raiſon ceſſe en pays de droit écrit, où, ſuivant la loi *hac edictali*, & la novelle 22, les enfans du ſecond lit n'étant pas admis au partage du retranchement, leur portion ne doit point non plus être conſidérée pour régler la quotité de celle du ſecond mari ou de la ſeconde femme. Que l'intimé s'accorde donc avec lui-même. Il y a de la contradiction à vouloir, d'un côté, que Catherine David, fille du ſecond lit, n'ait point de part dans les 21801 liv. 15 ſ. 6 den. qu'on veut retrancher des 35000 liv.; & à prétendre, de l'autre, que les 13198 liv. 15 ſ. 6 den. de la portion héréditaire

BIU Cujas

de cette même fille ſerve de regle pour réduire à une pareille ſomme la portion de l'appellante, au moyen de quoi la mere & la fille n'auroient chacune que 13198 liv. 15 ſ. 6 den. & Claudine David auroit ſeule 35000 liv. ſçavoir, 17198 liv. 15 ſ. 6 den. de ſa portion héréditaire, & 21801 liv. 15 ſ. 6 den. du retranchement.

Guerin, curateur de Catherine David, eſt auſſi appellant de la ſentence, ſes griefs ſont ſenſibles : Si cette injuſte ſentence pouvoit ſubſiſter, ſa mineure ſe trouveroit doublement léſée, en ce qu'elle perdroit la propriété des 21801 liv. 15 ſ. 6 den. qu'on a retranchés de l'augment, bagues & joyaux de ſa mere, & ſans avoir aucune part au retranchement. Son curateur a conclu *à ce qu'en infirmant la ſentence où la cour feroit difficulté d'adjuger à l'appellante ſa mere les concluſions qu'elle a priſes, il lui plaiſe en tout cas ordonner que la ſomme de 21801 liv. 15 ſ. 6 den. du retranchement ſera partagée également entr'elle Catherine David, fille du ſecond lit, & Claudine David ſa ſœur, fille du premier lit, conformément à ce qui a été jugé pour les pays même de droit écrit, par les arrêts des 7 ſeptembre 1645, & 7 mars 1648, rapportés dans le recueil de Henrys.*

Enfin l'appellante, par requête du conclut ſubſidiairement, *à ce qu'il plaiſe à la cour, où elle feroit difficulté, d'infirmer la ſentence & de lui adjuger, & à ladite Catherine David ſa fille mineure, les fins & concluſions par elle priſes au procès, lui donner en tout cas acte de ce qu'elle abandonne l'augment de 3000 liv. qui lui a été conſtitué par le défunt ſieur de Foncraine ſon mari, & de ce qu'elle ſe réſerve ſeulement la ſomme de 5000 liv. de ſes bagues & joyaux ; à la charge & condition, que ſans s'arrêter à la clauſe du teſtament dudit ſieur de Foncraine, par laquelle il l'a priée de prendre à compte de ſes droits pour la ſomme de 52000 liv. la maiſon, meubles & autres effets étant mentionnés audit teſtament, il ſera procédé à la liquidation de ſes droits en la maniere ordinaire, pour lui être le revenant d'iceux payé en deniers, tant en principaux qu'intérêts, ainſi que de raiſon ; & à la charge auſſi qu'elle ſera rembourſée des réparations, impenſes & améliorations par elle faites en ladite maiſon, depuis le décès dudit ſieur de Foncraine ſon mari.*

Au moyen de cet abandonnement, les 30000 liv. de l'augment venant à rentrer dans la maſſe des biens de la ſucceſſion, elle ſeroit à partager également entre Claudine & Catherine David : & en cas de difficulté pour les concluſions principales, les concluſions ſubſidiaires, ſoit de la mere, ſoit de la fille, devroient être reçues d'autant plus favorablement, qu'elles ſont ſoutenues de l'intention du pere commun, qui a inſtitué ſes deux filles ſes héritieres par égale portion, & marqué dans toutes les autres clauſes de ſon teſtament qu'il vouloit conſerver entr'elles une parfaite égalité ; & rien ne ſera plus contraire à cette intention, que de laiſſer ſubſiſter une ſentence, aux termes de laquelle Catherine David n'auroit des biens de ſon pere que 13198 liv. 4 ſ. 6 d. & Claudine David 35000 livres.

A l'égard de la condition ſous laquelle l'appellante offre d'abandonner ſon augment, cette condition eſt toute juſte : Le ſieur de Foncraine ſon mari la prie par ſon teſtament, *de vouloir bien prendre à compte de ſes droits pour 52000 liv. la maiſon de la ville de Lyon, avec tous ſes meubles meublans, vaiſſelle d'argent, nipes, hardes & linges, étant tant dans ladite maiſon, qu'au lieu de Foncraine ;* & par une autre clauſe, *il prohibe à ſes deux filles qu'il inſtitue héritieres, toute falcidie & retranchement qu'elles pourroient prétendre contraires à ſon teſtament ; auquel cas, il veut que la contrevenante ſoit réduite à ſa ſimple légitime.*

Quoique l'appellante fût très-léſée dans l'eſtimation des 52000 liv. elle a bien voulu ſe conformer à la volonté de ſon mari, & en conſidération des enfans, prendre la maiſon & les meubles pour cette ſomme à compte de ſes droits ; mais au moyen de l'offre qu'elle a fait d'abandonner ſon augment, ſi elle s'en trouvoit privée, & qu'il fût partagé entre les deux filles, il eſt certain qu'en ce cas-là elle ne pourroit être obligée de s'en tenir à l'eſtimation de la maiſon & des meubles, ſur le pied de 52000 livres : il ſeroit d'autant plus juſte de l'indemniſer de la léſion qu'elle a ſoufferte, que ſon mari ne l'a priée de prendre les choſes ſur un pied ſi haut, que dans la préſuppoſition qu'elle jouiroit des 35000 livres de ſon augment, bagues & joyaux, ſans aucun retranchement.

L'on ajoutera à toutes ces raiſons, qu'au rapport de monſieur de Benoiſe, pareille queſtion fut jugée à la premiere des enquêtes ; & après la répudiation faite par la ſeconde femme, de l'hoirie de ſon mari, dont elle étoit héritiere, l'hoirie fut partagée entre les enfans du premier & du ſecond lit. C'étoit ſur l'appel d'une ſentence rendue à Lyon, entre les enfans Chevalier & les mariés, Montagnon & Chevalier (1) Enfin l'on ſoutient qu'aucun des arrêts rapportés par l'intimé n'a jugé aucune eſpece ſemblable. Maître Gillet, Avocat.

(1) Suivant la doctrine des auteurs rapportés par M. d'Olive, liv. 3, ch. 14, ſur la fin, la renonciation de la femme ne profite point aux enfans du ſecond lit.

BIU Cujas

Factum pour Jean-Baptiſte Hugalis, capitaine, enſeigne des Arquebuſiers de Lyon, tuteur de demoiſelle Claudine David, fille de Théodore David, ſieur de Foncraine, conſeiller du roi, tréſorier de France en la généralité de Lyon; & de dame Françoiſe Hugalis ſa premiere femme, intimé. Contre dame Françoiſe Perrette, épouſe autoriſée par juſtice, au refus de meſſire Benoît Cachet, ſieur de Montezan, premier préſident au parlement de Dombes, & auparavant veuve du ſieur de Foncraine, tant en ſon nom, que comme tutrice de Catherine David ſa fille, appellante.

ÉTAT DU PROCÈS.

26 THéodore David, ſieur de Foncraine, a été marié deux fois : de ſon premier mariage avec dame Françoiſe Hugalis, eſt née Claudine David, dont l'intimé eſt le tuteur. En ſecondes nôces, le ſieur de Foncraine a épouſé l'appellante, d'où eſt iſſue Catherine David, qui eſt ſous la tutelle de ſa mere.

Le ſieur de Foncraine avoit promis à l'appellante ſa ſeconde femme, par leur contrat de mariage, un augment de 30000 liv. & 5000 liv. pour ſes bagues & joyaux. Il eſt mort au mois d'août 1692; par ſon teſtament du 11 du même mois, il a inſtitué héritieres univerſelles ſes deux filles nées du premier & du ſecond lit.

Il s'eſt formé pluſieurs conteſtations ſur les lieux, pour liquider les différens droits des parties : celles qui reſtent à juger concernent la forme du retranchement qui doit être fait de l'avantage exceſſif de l'augment & des bagues & joyaux, & le droit de viduité prétendu par l'appellante.

Les biens de la ſucceſſion du ſieur de Foncraine ſont fixés à 142250 livres : les dettes ſont liquidées à 80853 livres 11 ſols, non compris les 35000 livres, pour l'augment & pour les bagues & joyaux : ces deux ſommes de 80853 liv. 11 ſols d'une part, & 35000 liv. d'autre, prélevées ſur la maſſe des biens héréditaires, il ne reſte plus dans la ſucceſſion que 26396 liv. 9 ſols.

La ſentence dont eſt appel, rendue au bailliage de Mâcon le 3 ſeptembre 1700, réduit à 13198 liv. 4 ſols 6 ſols 6 den. l'avantage de l'augment & des bagues & joyaux; elle adjuge à Claudine David, fille du premier lit, les 21801 liv. 15 ſols 3 den. qui compoſent le retranchement. Elle ordonne que les 26396 liv. 9 ſols, reſtans des biens du ſieur de Foncraine, ſeront partagés également entre les deux filles du premier & ſecond lit : elle déboute l'appellante de la demande qu'elle avoit formée pour un droit de viduité.

Les queſtions du procès ſe réduiſent à deux principales.

1°. De ſçavoir ſi le retranchement eſt bien fait par la ſentence.

2°. S'il y a lieu d'accorder à l'appellante un droit de viduité; l'on examinera ces deux queſtions en peu de paroles.

Premiere queſtion concernant le retranchement des avantages portés par le contrat de mariage de l'appellante.

De la maniere que la ſentence a prononcé, l'on comprend ſans peine ſur quel pied s'eſt fait le retranchement. Il ne reſte dans la ſucceſſion du ſieur de Foncraine que 26396 livres 11 ſols, ce qui compoſe pour la portion héréditaire de Claudine & de Catherine Hugalis 13198 liv. 4 ſols 6 deniers. Les premiers juges ont décidé que la ſeconde femme ne devoit pas avoir plus que ce qui appartient à chacune des deux filles, en qualité d'héritieres, & que le retranchement tout entier étoit réſervé par la loi à la fille du premier lit.

L'appellante ſe plaint de cette ſentence : elle ſoutient qu'elle doit prendre autant que Claudine David, fille du premier lit : qu'il faut faire une maſſe des 35000 liv. prélévées ſur les biens du défunt, pour l'augment & pour les bagues & joyaux, & des 13198 livres 4 ſols 6 deniers, qui forment la portion héréditaire de Claudine David, que ces deux ſommes enſemble revenant à 48198 livres 4 ſols 6 deniers, doivent être coupées en deux parts égales; l'une pour l'appellante, ſeconde femme du ſieur de Foncraine, l'autre pour Claudine David, fille du premier lit. En ſorte que les 35000 liv. de l'augment & des bagues & joyaux doivent ſeulement être réduites à 24099 liv. 2 ſ. 3 d. & non à 13198 liv. 4 ſ. 6 d.

L'objection de l'appellante tend à dire qu'elle ne doit pas avoir moins que Claudine David; qu'il eſt décidé par la nov. 22, ch. 27, que les avantages du ſecond mari ou de la ſeconde femme ſe réduiſent ſur le pied de ce qui appartient à l'enfant du premier lit,

BIU Cujas

s'il n'y en a qu'un, ou à chacun d'eux, s'il y en a plusieurs : *Tantùm quantùm unus filius aut filia, solus existens ex generante habeat.* Cependant que la sentence adjuge trente cinq mille livres à Claudine David, & qu'elle réduit l'appellante à 15198 livres 4 sols 6 deniers.

Le sieur Hugalis soutient au contraire que la sentence est conforme aux principes les plus certains : Que l'appellante ne doit avoir aucune part dans les 21000 liv. qui composent le retranchement : que son avantage est réductible sur le pied de ce que chacune des deux filles prend dans la succession du pere commun.

1°. Il soutient que les 21000 liv. retranchées appartiennent à Claudine David seule, à l'exclusion de l'appellante. Cette proposition tombe dans la question générale agitée par les docteurs, de sçavoir si la portion retranchée se donne par préciput aux enfans du premier lit, ou si le beau-pere, ou la belle-mere doivent y avoir une portion virile.

Quelques interprêtes avoient pensé que le second mari ou la seconde femme devoient prendre part au retranchement. Ils fondoient leur sentiment sur ce que la loi permet de leur donner autant qu'à chacun des enfans du premier mariage. Mais l'opinion contraire a prévalu : ceux qui ont examiné la chose avec soin conviennent tous, que suivant les termes de la loi, le beau-pere ou la belle-mere ne sont point en droit de rien prétendre dans ce qui compose la réduction de l'avantage.

La loi *hac edictali, C. de secund. nupt.* & la nov. 22, ch. 27, en contiennent une décision formelle. *Si verò plus quàm statutum est, aliquid novercæ vel vitrico relictum vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque derelictum vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eos dividi jubemus.* Les enfans seuls sont appellés au bénéfice du retranchement, pour le partager entr'eux. Il n'y a aucune raison pour y appeller le beau-pere & la belle-mere, à qui la loi n'en donne rien.

Ce qui est retranché de l'avantage excessif appartient aux enfans, comme un présent de la loi, sans rien tenir de l'homme ni de sa libéralité ; ils y sont appellés de leur chef, sans avoir le titre d'héritiers. *Hæ res lucro cedunt liberis, licèt hæredes non sint patris vel matris. Auth. hæ res Cod. de secund. nupt.* Or la novelle fixe le retranchement sur le pied de ce que le moins prenant des enfans amende, comme donataire, ou comme héritier, *Aut ex novissima voluntate demissum aut in vita datum*, novelle 22, ch. 27, d'où il résulte que la portion du beau-pere & de la belle-mere ne doit point augmenter par rapport au retranchement qui est déféré aux enfans.

Il est vrai que celui qui passe à de secondes nôces peut donner à la personne qu'il épouse autant qu'à un enfant du premier lit. S'il suit cette forme de donner, la loi autorise sa conduite ; elle ne réclame point contre la donation. Pour lors, le second mari ou la seconde femme a un avantage égal à celui des enfans : *tantùm quantùm unus filius, &c.* c'est le cas de la novelle. Mais quand l'on excede son pouvoir, l'avantage est réductible. Comme le retranchement est la peine de l'action déréglée, & du mépris qu'on a fait de la loi, elle ne veut pas que la personne prohibée y prenne part. *Quod potuit noluit, quod voluit non potuit.*

C'est ainsi que raisonnent les meilleurs auteurs. *Estienne Bertrand*, dans son commentaire sur la loi *hac edictali, verbo ita tamen, n. 15 & n. 18, verbo si verò plus.* Fachineus liv. 3 de ses controverses, ch. 69. Pourquoi, disent-ils, suppléer au silence de la loi en faveur du beau-pere & de la belle-mere? *Cur ergo etiam vitricum & novercam adjungamus, eisque partem adscribamus, quos ipsa lex omittit?*

M. Guy Coquille, question 149, tient la même opinion : *Et quand on ôtera au second mari ce qui est donné de plus, outre la portion de l'enfant qui a le moins, accroîtra aux enfans seuls, & ne sera distribué* pro rata *au mari pour les faire tous égaux*

M. Claude Henrys, dont le suffrage est si considérable dans ces sortes de matieres, propose la même décision. *Il faut tenir que le retranchement n'appartient qu'aux enfans du premier lit, & que la seconde femme n'y peut rien prétendre. La loi veut que ce qui est trop donné au vitric ou à la marâtre lui soit ôté & déféré aux enfans du premier lit. La loi n'entend donc pas que le vitric y prenne part, & elle ne lui rend pas ce qu'elle lui ôte. C'est une exclusion entiere, & pour laquelle il n'y a plus de retour.*

Enfin, maître Jean-Marie Ricard, dans son traité des donations, part. 3, ch. 9, glos. 4, n. 13, 9 & 1320, soutient le même parti, & après avoir rapporté le texte de la loi & les raisons de son sentiment, il ajoute que *les termes de la loi sont trop précis pour pouvoir laisser lieu à quelque contestation.*

2°. Il est impossible, dans l'espece qui se présente, de porter l'avantage de l'appellante, seconde femme du sieur de Foncraine, au-delà des 13198 liv. 4 sols 6 den. qui lui sont adjugés par la sentence.

C'est un principe constant dans le droit Romain, que le retranchement appartient

BIU Cujas

aux enfans du premier lit seuls, sans qu'il soit communiqué à ceux nés du second mariage. La loi *hac edictali* sembloit le décider ainsi. La loi *quoniam 9, cod. de secundis nuptiis*, avoit déclaré le retranchement commun aux enfans de l'un & de l'autre lit. Mais cette loi a été corrigée par la novelle 22, ch. 27, où il est dit que les enfans du premier mariage seuls, profiteront de la portion retranchée. *Ex secundis nuptiis filios participari etiam horum, scriptum quidem in quadam constitutione est, non tamen etiam nunc nobis placet, sed ex priori matrimonio filiis, propter quos & observatum est, detur solis.*

Un autre principe aussi certain que le premier, est que le second mari ou la seconde femme ne doivent pas être avantagés plus que celui des enfans qui prend le moins. C'est le texte de la loi *hac edictali.... Non liceat plus eorum novercæ relinquere vel donare, quàm filius vel filia habet, cui minor portio derelicta, vel data fuerit, aut donata.* Disposition qui a été renouvellée par l'édit de Henry II, appellé communément l'édit des secondes nôces. *Les donations seront réduites & mesurées à raison de celui des enfans qui en aura le moins.*

La décision de la loi, & celle de l'édit s'entendent des enfans de l'un & de l'autre lit indifféremment : car l'expression générique *d'enfans* ne peut pas se limiter à ceux nés d'un mariage, plutôt qu'à ceux qui sont issus de l'autre ; comme il s'agit de réparer le tort que les secondes nôces font aux enfans, l'on doit prendre le moindre avantage de l'un & de l'autre lit, même du premier ou du second degré, pour servir de régle au retranchement.

C'est la doctrine de M. Jean-Marie Ricard, au lieu ci-dessus cité, n. 4291. *Si l'un des enfans du second lit se trouve le moins avantagé, sa part doit servir de modèle pour réduire la donation.* Il rapporte un arrêt de la cinquiéme chambre des enquêtes du 18 juin 1614, rendu après avoir demandé avis aux chambres, qui porte *que l'ordonnance interprétative de la loi* hac edictali, *se doit entendre* de liberis natis & nascituris.

Les conséquences qui naissent de ces principes sont, 1°. Que Catherine David, fille du second lit du sieur de Foncraine, ne prend aucune part dans le retranchement. En sorte que sa portion héréditaire se trouve réduite à la moitié de ce qui reste dans la succession du pere commun. L'hérédité n'est composée que de 26396 liv. 11 sols, & par conséquent il n'en appartient pour la moitié que 13198 liv. 4 sols 6 den. à Catherine David. 2°. Que l'avantage de l'appellante, seconde femme du sieur de Foncraine, ne peut pas être porté plus haut que les 13198 liv. 4 sols 6 den. puisque l'une des deux filles héritieres pour moitié du pere commun, n'a que cette somme pour sa portion héréditaire, & que le retranchement doit suivre la condition de l'enfant qui est le moins avantagé.

Après l'établissement de ces principes, la cour voit que les calculs & les raisons d'égalité proposées par l'appellante, s'évanouissent d'eux-mêmes. L'on convient qu'en confirmant la sentence il se trouvera 35000 liv. entre les mains de la fille du premier lit, & que la seconde femme n'aura que 13189 liv. 4 s. 6 d. mais cette disposition ne produit aucun inconvénient, c'est l'exécution de la loi même. Les 21801 liv. dont l'une amende à l'exclusion de l'autre, viennent de la libéralité de la loi, & du bénéfice du retranchement. C'est une indemnité du tort que la fille du premier lit souffre par les secondes nôces, qui ne peut pas lui être enviée par sa belle-mere.

Seconde question concernant le droit de viduité.

Dans l'ancien droit Romain la dot constituée en deniers comptans, *aut in rebus fungibilibus*, ne pouvoit être répétée qu'en trois payemens égaux, après la dissolution du mariage, *annuâ, bimâ, trimâ die.* Justinien a changé cet usage ; il a voulu que la dot mobiliaire ne pût être exigée qu'un an après le mariage dissous, *exactio autem dotis celebretur non annuâ, bimâ, trimâ die, sed omninò intra annum in rebus mobilibus... sin autem supersederit.... etiam usuras præstet. l. unic. parag. 7, cod. de rei uxor. act.*

Cette constitution de Justinien s'observe encore dans les provinces de droit écrit ; mais pendant l'année où l'action de dot est suspendue, l'on donne à la veuve une certaine somme par forme d'alimens, c'est ce qu'on appelle droit de viduité : l'appellante avoit demandé 4000 livres en cause principale pour son droit de viduité ; elle en a été déboutée par la sentence dont est appel : elle se plaint de ce chef de la sentence, mais elle se réduit aujourd'hui à 2000 liv.

La prétention de l'appellante est mal fondée par deux raisons, l'une de fait, l'autre de droit.

Dans le fait, l'appellante a joui des revenus équivalans aux intérêts de sa dot dès le tems de la mort de son mari arrivée au mois d'août 1692. Le sieur de Foncraine son mari lui avoit légué par son testament une maison sise à Lyon, avec tous ses meubles de

BIU Cujas

ville & de campagne pour 52000 liv. à compte de ſes conventions matrimoniales; elle a accepté ce legs par un acte du 17 ſeptembre 1692, la ſentence du 10 février 1693, qui lui a adjugé la maiſon & les meubles légués, lui donne des loyers dès le jour ſaint Jean-Baptiſte, ſeize cens quatre-vingt-douze, ce qui remonte deux mois avant la mort du ſieur de Foncraine.

La maiſon de Lyon a été eſtimée 41500 liv. La dot de l'appellante n'étoit que de 40000 liv. Les loyers de la maiſon compenſoient avantageuſement les intérêts de la dot; d'ailleurs, elle a toujours eu la jouiſſance libre de tous les meubles: ce ſont des avantages qui excedent ce qu'on auroit pu lui adjuger pour ſon droit de viduité, qui auroit été très-médiocre, par rapport aux forces de la ſucceſſion de ſon mari; auſſi a-t-elle accepté le legs purement & ſimplement, & ſans proteſter, ce qui forme contr'elle une fin de non-recevoir invincible.

Dans le droit, l'action de dot n'étoit pas ſuſpendue à l'égard de l'appellante. Le legs de la maiſon de Lyon & des meubles du teſtateur, fait à la femme, à compte de ſes droits, lui donnoit ouverture d'agir pour la répétition de ſa dot, dans le moment même de la mort de ſon mari, tel eſt l'avantage du legs de la dot, qu'il y a une action préſente pour en exercer la répétition: *verum eſt, commodum in dote relegata eſſe repræſentationis, quamvis annua die dos præſtaretur, l. prima de dote prælegata.* Perſonne n'ignore qu'en cette matiere le terme de repréſentation veut dire un payement anticipé, & une preſtation préſente, *repræſentat qui ante diem ſolvit.*

L'appellante eſt légataire d'effets de 52000 liv. à compter ſur ſes droits; ce legs remplit ſa dot & au-delà: il eſt donc vrai de dire qu'elle a en ſa faveur un legs de ſa propre dot. Elle a accepté le legs purement & ſimplement, & ſon acceptation a un effet rétroactif; les héritiers du mari ne doivent pas ſouffrir de ce qu'elle a différé quelques mois à ſe déterminer ſur l'acceptation du legs; ce ne ſont plus les intérêts de la dot qu'elle peut prétendre, mais les fruits ou les revenus des choſes léguées. Ces fruits lui ont été accordés à remonter juſqu'au jour de ſaint Jean-Baptiſte 1692, deux mois avant la mort de ſon mari; c'eſt une récompenſe avantageuſe de ſon prétendu droit de viduité.

Puiſque ſon action, pour le payement de ſes deniers dotaux n'a point été ſuſpendue, puiſque ſa dot compriſe dans un legs eſt tombée dans le cas de la repréſentation, ou de la preſtation préſente; puiſque le legs accepté a un effet rétroactif; puiſque les fruits lui ont été délaiſſés, même avant la mort du mari, & que les meubles légués ont toujours été en ſa poſſeſſion, il eſt abſurde qu'elle demande encore un droit de viduité, qui ne s'accorde que par forme d'indamnité, lorſque l'action de dot eſt en ſuſpens, & que la veuve ne jouit point des intérêts de ſes deniers dotaux.

Il y a une derniere queſtion qui eſt expliquée au procès, & qui ne mérite pas d'avoir place dans le préſent mémoire; il s'agit de ſavoir ſur qui tomberont les frais d'une eſtimation ordonnée par une ſentence confirmée par arrêt, les dépens, les épices & le coût de la ſentence; la cour verra par le mérite du fonds, qu'on a fait grace à l'appellante, de ne pas faire tomber ſur elle le payement entier de tous ces frais. Maître Macé, avocat.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: Savoir faiſons que comme de la ſentence donnée par notre ballli de Mâconnois, ou ſon lieutenant général à Mâcon le 3 ſeptembre 1700; entre dame Françoiſe Perrette, veuve de meſſire Théodore David, ſeigneur de Foncraine, tréſorier de France en la généralité de Lyon, tutrice de Catherine David, fille du ſecond lit: ladite dame appellante, femme de meſſire Benoît Cachet de Montezan, notre conſeiller lieutenant particulier, aſſeſſeur criminel en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, & à préſent, premier préſident au parlement de Dombes, autoriſée par juſtice, au refus dudit ſieur de Montezan, demanderesſe en liquidation de ſes droits & conventions matrimoniales, ſuivant ſa requête du 25 ſeptembre 1692; & exploit du 27 du même mois, & ſon avertiſſement en droit, ſignifié en l'inſtance le dix-ſept février mil ſix cent quatre-vingt-ſeize, & concluſions incidentes du vingt avril mil ſix cent quatre-vingt-dix-ſept, à ce que le contrat de mariage de ladite dame Perrette, du vingt-ſept avril mil ſix cent quatre-vingt-neuf; enſemble ſa quittance de dot du 4 juillet audit an, les deux actes reçus par Guyot, notaire royal, fuſſent déclarés exécutoires, tant contre le ſieur Hugalis, que contre le nommé Guerin, curateur décerné à ladite Catherine David, ſur les biens dudit défunt ſieur David de Foncraine; en conſéquence, ſes droits liquidés & retranchés à la ſomme de 71000 liv. ſavoir, 4000 liv. pour ſa dot, 25220 liv. à quoi devoient être retranchés ſon augment, bagues & joyaux, ſix mille liv. tant pour ſon année de viduité, que pour ſes habits de deuil, ſauf à diminuer les loyers qu'elle avoit pérçu pendant l'année de viduité, & de tenir compte de la ſomme

BIU Cujas

de 52000 liv. qu'elle avoit reçue à compte de ſes droits; ce faiſant, que tant le ſieur Hugalis, que le ſieur Muiſſon, en la qualité qu'ils procédoient, fuſſent condamnés de payer à ladite dame Perrette la ſomme de 19221 liv. reſtante de celle de 71000; & après le conſentement qu'elle donnoit, à ce que les drots de Claudine David, fille du premier lit, ſeroient liquidés à la ſomme de 18000 liv. conformément à la tranſaction du 10 février 1686; qu'elle ſeroit renvoyée quitte, avec dépens, d'une part, & Jean-Baptiſte Hugalis, capitaine-enſeigne des arquebuſiers de la ville de Lyon, tuteur de Claudine David, fille dudit défunt ſieur de Foncraine, & de damoiſelle Françoiſe Hugalis ſa premiere femme, défendeur, d'autre: & entre M. Claude Guerin, praticien à Lyon, curateur décerné au lieu de défunt M. Pierre Muiſſon à ladite Catherine David, & à la défenſe de ſes droits à l'hoirie dudit ſieur de Foncraine, contre la demande en liquidation des droits de ladite dame Perrette, auſſi défendeur d'autre: & entre ledit Hugalis, en ſadite qualité de tuteur, demandeur en liquidation des droits de ladite demoiſelle Claudine David ſa mineure, du chef de Françoiſe Hugalis ſa mere, dans les biens dudit ſieur de Foncraine ſon pere, ſuivant ſes écritures communiquées en l'inſtance le 20 octobre 1692, à ce qu'en conſéquence des offres, & conſentement dudit Hugalis, le contrat de mariage de ladite dame Perrette, avec ledit défunt de Foncraine, du 23 avril 1689, fût contre lui en ladite qualité, ſur les biens dudit de Foncraine, déclaré exécutoire, comme il étoit de ſon vivant; ce faiſant, que la dot de ladite dame Perrette fût & demeurât liquidée à la ſomme de 40000 livres, ſon augment, ſes bagues & joyaux à 24945 livres 4 ſols 6 deniers, ſes habits de deuil à 1000 livres, en donnant néanmoins par elle bonne & ſuffiſante caution, pour raiſon dudit augment, bagues & joyaux, & que ſur leſdites ſommes, revenantes à celle de 65945 livres 4 ſols 6 deniers, déduction faite de celle de 52000 livres qu'elle avoit reçue, elle fût déclarée créanciere de la ſucceſſion du ſieur de Foncraine, pour reſte de ſeſdits droits, de la ſomme de 13945 liv. 4 ſols 6 deniers, dont elle ſeroit payée concurremment avec la mineure dudit ſieur Hugalis, ſur les effets mobiliers de la ſucceſſion de ſon pere, & qu'elle fût déboutée du ſurplus de ſa demande, & ledit Hugalis renvoyé de l'aſſignation à lui donnée, avec dépens. Comme auſſi que ladite dame Perrete, en ladite qualité de tutrice de ladite Catherine David de Foncraine ſa fille fût condamnée à lui rendre & délivrer les nipes de ladite Claudine David ſa mineure, énoncées en l'état qui lui en avoit été communiqué le 4 octobre 1292, à lui remettre ſur ſon récépiſſé tous les titres & papiers de la ſucceſſion dudit de Foncraine, contenus en l'inventaire fait de ſes effets, pour les examiner pendant le tems qu'il plairoit aux juges arbitrer, paſſé lequel, il les rendroit; & en ſon nom, à lui rendre compte de 19 louis d'or, qu'elle avoit reconnu lui avoir été remis par ſondit défunt mari, quelques tems avant ſon décès, d'une part; & ladite dame Perrette, autoriſée en juſtice, comme ci-deſſus, défendereſſe, d'autre part. Par ſentence rendue ſur les concluſions du ſubſtitut du procureur général audit ſiége, la maſſe de l'hoirie dudit Théodore David de Foncraine auroit été déclarée conſiſter en la ſomme de 142250 livres; ſçavoir, 52000 livres pour valeur de ſa maiſon ſituée à Bellecour, près d'Enay, les meubles meublans, vaiſſelle d'argent, nippes, hardes & linge, ſoit ceux qu'il avoit à Lyon, ou audit lieu de Foncraine, les denrées compriſes, ſuivant l'eſtimation par lui faite par ſon teſtament ſolemnel du 12 août 1692, 30000 liv. à quoi avoient été réglées les dettes actives de l'hoirie du ſieur de Foncraine, par acte paſſé pardevant leſdits Guyot & Perrichon le 17 juillet audit an 1693, 25250 liv. à laquelle ſomme, en exécution de la ſentence interlocutoire du 23 avril 1697, le fief de Foncraine avoit été eſtimé par experts, ſuivant le rapport du 17 ſeptembre 1699, & les charges & dettes de ladite hoirie en celle de 80853 livres 11 ſols, ſavoir, 608 liv. pour frais funéraires & de maladie du ſieur de Foncraine, ſuivant la quittance communiquée, 1030 liv. pour frais de tutelle, main-levée de l'hoirie & inventaire, 72 liv. 10 ſols, payés à M. Boucher, 1615 liv. faiſant partie des 16751 liv. touchées par le ſieur Savaron pere, par quittance paſſée pardevant leſdits Guyot & Perrichon, notaires, le 26 juin 1693, pour rachat de rente conſtituée à ſon profit, 1386 liv. dûes à la veuve Cachena, 17000 liv. d'une part, & 1000 liv. d'autre, pour les droits de Françoiſe Hugalis, 40000 liv. pour la dot de ladite dame Perrette, 1143 liv. pour dettes paſſives, 1000 liv. pour le capital de la penſion de 150 liv. du pere David, religieux de l'ordre de Saint Antoine, 500 liv. pour le capital d'autre penſion de ladite dame David religieuſe au couvent de l'Anticaille, & 1000 liv. pour les habits de deuil de ladite dame Perrette, non compris dans les ſuſdites dettes & charges les 35000 liv. d'augment, bagues & joyaux donnés à ladite dame Perrette par ledit ſieur de Foncraine; en conſéquence de quoi déclarant le contrat de mariage de ladite dame Perrette, du 23 avril 1689, & la quittance de ſa dot, du 4 juillet ſuivant, paſſée pardevant Guyot, notaire, exécutoires, tant contre ledit ſieur Hugalis, tuteur de Claudine David, que contre M. Claude Guerin,

BIU Cujas

Guerin, curateur ſubrogé à ladite Catherine David, ſur les biens du ſieur de Foncraine, comme ils l'etoient de ſon vivant : les droits de ladite dame Perrette en ladite hoirie, auroient été liquidés; ſavoir, 40000 livres à elle conſtituées & reçues par ledit ſieur de Foncraine; 1000 liv. pour ſes habits de deuil, & 13198 liv. 4 ſols 6 deniers, à quoi étoit réduit ſon augment & joyaux, leſdits Hugalis & Guerin renvoyés du ſurplus deſdits avantages, & de l'an de viduité prétendu par ladite dame Perrette, laquelle en déduction deſdites ſommes ſe montant à 54198 livres 4 ſols 6 deniers, rendroit compte, ſuivant l'acceptation par elle faite de la ſuſdite maiſon de Lyon, meubles meublans, vaiſſelle d'argent, nipes, hardes, linges & denrées à elle léguée par ledit ſieur de Foncraine pour 52000 livres, & ſeroit payée des 2198 livres 4 ſols 6 deniers reſtans de ſes droits, avec intérêts depuis le décès dudit ſieur de Foncraine. Faiſant pareillement droit ſur les demandes dudit Hugalis, & déclarant le contrat de mariage de défunte Françoiſe Hugalis avec ledit ſieur de Foncraine du 28 décembre 1680, & les quittances de ſa dot des 9 janvier 1687, & 14 janvier 1682, le tout reçu par Chambard, notaire royal, exécutoire ſur les biens dudit de Foncraine & contre ladite dame Perrette, en la qualité qu'elle procédoit, auroit été ordonné que ledit Hugalis, comme tuteur de Claudine David, ſeroit payé de la ſomme de 17000 liv. pour la portion héréditaire de ladite mineure dans les biens de ladite Françoiſe Hugalis ſa mere, ſuivant qu'elle étoit réglée par la tranſaction reçue par Guyot le 10 février 1686, & celle de 1000 l. d'autre, léguée aud. ſieur de Foncraine par ladite Françoiſe Hugalis, avec intérêts, dès le décès dudit ſieur de Foncraine ſon pere : ladite dame Perrette renvoyée du ſurplus, & ledit Hugalis, en ſa qualité, débouté de la diſtraction des habits, hardes, nipes & joyaux de ladite Françoiſe Hugalis, par lui demandée lors de l'inventaire des effets délaiſſés par ledit ſieur de Foncraine : Et faiſant droit aux retranchemens demandés par ledit Hugalis pour Claudine David ſa mineure de l'excédent des avantages faits par ledit ſieur de Foncraine à ladite dame perrette, lui auroit adjugé la ſomme de 21801 livres 15 ſols 6 deniers, qui étoit retranchée ſur leſd. 35000 liv. avec intérêts de la demande, & de laquelle il viendroit à partage avec ladite Catherine David, fille du ſecond lit; de celle de 26387 liv. 9 ſols, reſtante des biens de la ſucceſſion dudit ſieur de Foncraine, les ſuſdites charges levées, en payant par moitié les autres dettes depuis ſon décès. Ladite dame Pérrette déclarée, quant à préſent, non-recevable dans ſa requête du 8 mars 1697, tous dépens compenſés entre les parties, hors ceux de l'eſtimation & rapport du fief de Foncraine, leſquels ſeroient payés par moitié par ledit Hugalis, tuteur de Claudine David, & par ledit Guerin, curateur de Catherine David : Comme de ladite ſentence eût été appellé par ladite dame Perrette, &c. Notredite cour, par ſon jugement & arrêt faiſant ſur le tout, ſans avoir égard aux lettres de reſciſion de ladite Perrette, de l'effet & entérinement deſquelles elle eſt déboutée; & faiſant droit ſur les appellations de ladite Perrette, tant de la ſentence du 3 ſeptembre 1700, que de l'ordonnance du 19 ſeptembre 1701, enſemble ſur l'appel dudit Guerin, audit nom, de ladite ſentence du 3 ſeptembre 1700, a mis & met les appellations au néant; ordonne que la ſentence, & ce dont a été appellé ſortira ſon effet; déboute ladite Perrette & Guerin de leurs demandes portées par requête du 3 juillet préſent mois, & les condamne, ès noms qu'ils procedent, en l'amende de 12 livres & ès dépens de cauſes d'appel & demandes chacun à leur égard envers ledit Hugalis; & ſur la requête de ladite Perrette du 12 juin dernier, ordonne que les parties ſe pourvoiront au bailliage de Mâcon, dépens à cet égard réſervés, la taxe de ceux adjugés à notredite cour réſervée. Mandons, &c. Donné en parlement le 15 juillet 1702. *Signé*, DU TILLET.

Il eſt fait mention de cet arrêt dans le recueil de M. Augeard; mais il ne rapporte ni les moyens des parties ni l'arrêt.

La ſentence confirmée par cet arrêt a jugé trois queſtions.

La premiere, que le retranchement appartient aux ſeuls enfans du premier lit en entier, 28 *ſans que la ſeconde femme ni les enfans du ſecond lit y puiſſent prendre aucune part.*

La ſeconde, que les bagues & joyaux ſont ſujets au retranchement auſſi bien que l'augment.

La troiſieme, que l'anneé de viduité y eſt auſſi compriſe, car la ſentence déboute la ſeconde femme de l'an de viduité; cependant le droit de viduité fait partie de la dot de la femme, puiſqu'il lui tient lieu des intérêts de ſa dot pendant la premiere année de deuil; ce n'eſt donc point une libéralité, mais une créance légitime, qui ne doit pas être ſujette au retranchement; ainſi je ne comprends pas le motif de la ſentence en ce chef, ſi ce n'eſt que le teſtateur, ayant prié la ſeconde femme de prendre à compte de ſes droits ſa maiſon & ſes meubles, & par conſéquent, la femme ayant joui de cette maiſon dès le moment du décès de ſon mari, il ne lui étoit point dû d'année de viduité.

BIU Cujas

Il y a un cas où le droit de viduité pourroit être ſujet au retranchement, c'eſt quand la femme n'a point apporté de dot. Dans le pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, l'an de viduité eſt dû ipſo jure, *quoique la femme n'ait point apporté de dot: en ce cas il pourroit être conſidéré comme une libéralité ſujette au retranchement. Cependant il y a beaucoup de doute, parce que c'eſt une grace de la loi; d'ailleurs c'eſt pour faire honneur à la mémoire du mari & à ſa famille: le droit de viduité a la même faveur que les habits de deuil qui ne ſont pas ſujets au retranchement, comme la ſentence dont il s'agit l'a jugé.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Sur la queſtion ſi le ſecond conjoint a part dans le retranchement, j'ai omis de remarquer que notre auteur, dans la queſtion 63 du livre 5, rapporte un arrêt du mars 1648, qui a jugé que le ſecond mari n'y a aucune part.

7 M. d'Olive, liv. 3, chap. 14, ſur la fin, dit la même choſe à l'égard de la ſeconde femme. Il ajoute que ſi la femme renonce à l'avantage exceſſif à elle fait, afin d'en faire profiter ſon fils du ſecond lit, ſa rénonciation eſt inutile, & que tout le retranchement appartient aux enfans du premier lit. Lapeyrere, dans ſes déciſions du parlement de Bordeaux, lett. N, nomb. 31.

A l'égard de l'uſufruit, il faut diſtinguer ſi l'uſufruit procede du bénéfice de la loi, ou de la diſpoſition de l'homme.

Dans le premier cas, les ſecondes nôces ne font point perdre cet uſufruit: ainſi, un pere qui ſe remarie ne perd point l'uſufruit des biens adventifs de ſes enfans, comme il eſt décidé dans la loi derniere, *eod. de bon. mar.* & dans la novelle 22, chap. 34.

Dans le ſecond cas, il faut diſtinguer entre la privation entiere & le retranchement. Le pere ou la mere qui ſe remarie n'eſt pas privé abſolument de l'uſufruit qui lui a été laiſſé par le prédécédé, à quelque titre que ce ſoit, à moins que le défunt n'ait expreſſément déclaré qu'au cas que le ſurvivant ſe remarie, il ſera privé de l'uſufruit à lui laiſſé, *dig. nov. cap. 32.*

Il faut encore diſtinguer entre les différens titres par leſquels l'uſufruit eſt laiſſé au ſurvivant. Si c'eſt à titre lucratif, le teſtateur peut en priver le ſurvivant, au cas qu'il paſſe à des ſecondes nôces; mais ſi l'uſufruit appartient au ſurvivant, à titre onéreux comme à titre de dot ou donation à cauſe de nôces, le ſurvivant, non ſeulement ne le perd pas par ſon ſecond mariage, mais encore le prémourant ne peut pas l'en priver en cas qu'il ſe remarie, *dig. nov. cap. 23;* & Cujas, *hîc.*

A l'égard du retranchement de l'uſufruit laiſſé par un pere ou une mere à un ſecond conjoint, nous n'avons point de loi expreſſe qui décide cette queſtion; mais la loi *hac edictali* l'a décidé par la prohibition générale qu'elle fait de donner plus au ſecond mari, ou à la ſeconde femme qu'à un des enfans qui a le moins, de quelque maniere que ce puiſſe être, *quocumque modo*, & en ordonnant que l'excédent ſoit retranché au profit des enfans. *Si verò plus quàm ſtatutum aliquid novercæ vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit, tanquam non ſcriptum neque derelictum vel donatum aut datum ſit, ad perſonas deferri liberorum & inter eas dividi jubemus.*

M. de la Rocheflavain, liv. 2, lett. M, tit. 4. art 3, dit que la prohibition de la loi *hac edictali* a lieu, non-ſeulement en la propriété, mais auſſi en l'uſufruit, & que cela a été ainſi jugé au parlement de Toulouſe pour la Mothe, procureur en la cour, contre du Pin, procureur en la ſénéchauſſée de Toulouſe.

M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 61, dit que le mari & la femme peuvent inſtituer le ſecond conjoint, à la charge de rendre à un des enfans du ſecond lit, & que cette libéralité n'eſt pas ſujette au retranchement, parce qu'elle ſe termine aux enfans communs, & que l'uſufruit que le conjoint a par ce moyen pendant ſa vie, n'eſt pas ſujet au retranchement; que cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu en la grand'chambre le 17 août 1695; mais il ajoute que l'uſufruit légué principalement & à titre d'uſufruit, eſt ſujet au retranchement.

Viduité.

J'ai dit dans mes notes ſur l'arrêt du 15 juillet 1702, que j'étois ſurpris de ce que cet arrêt avoit compris dans le retranchement le droit de viduité; que la raiſon pouvoit être, parce que le teſtateur avoit prié ſa femme de prendre à compte de ſes droits ſa maiſon & meubles, & qu'ainſi, la femme ayant joui de cette maiſon dès le moment du décès de ſon mari, il ne lui étoit plus dû aucun droit de viduité.

Depuis, j'ai vû dans le commentaire de M. Philbert Collet, ſur les ſtatuts de Breſſe, liv. 5, pag. 180, col. 1, un arrêt du parlement de Dijon du 7 février 1664, par lequel une femme, à qui ſon mari avoit légué ſes meubles & les fruits de ſes immeubles pen-

BIU Cujas

dant l'année d'après ſa mort, fut déboutée du droit de viduité, parce que le legs à elle fait par ſon mari lui en tenoit lieu.

DES RENONCIATIONS DES FILLES.

QUESTION SOIXANTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Clauſe du contrat de mariage, qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Récit du fait.*
3. *Raiſons pour établir l'égalité entre les enfans.*
4. *Les renonciations des filles ne ſont cenſées faites qu'en faveur des mâles.*
5. *Raiſons de la fille héritiere inſtituée par le pere, pour ſoutenir que les renonciations ſont favorables.*
6. *Arrêt du 28 mars 1605, qui juge la renonciation valable.*
7. *Suite de la généalogie de la maiſon de la Baume d'Holſtun.*
8. *Réflexions ſur les malheurs de la guerre.*

QUESTION LX.

Si la réſerve de l'égalité des filles, en cas qu'elles euſſent une plus ample dot que l'aînée, peut nuire à la renonciation par elle faite, & la rappeller à la ſucceſſion du pere.

1 PAR le contrat de mariage de Charles d'Apchon vicomte de Mirmon & baron de Tournelles, avec damoiſelles Lucrece de Gadagne du 3 avril 1499, Guillaume de Gadagne ſeigneur de Botheon, conſtitua pour dot à l'épouſe ſa fille, la ſomme de trente-cinq mille livres, qu'il promit payer en deux ans, ou plûtôt, en cas que ledit ſeigneur de Tournelles trouvât l'occaſion d'acquérir quelque terre & ſeigneurie; auquel cas le pere s'obligea de payer la dot, en faiſant l'emploi des derniers pour l'aſſûrance de la conſtitution. Moyennant laquelle la fille renonça à tous droits de pere & de mere, avec réſerve de loyale écheute, & d'augmentation de dot, en cas que le pere en mariant ſes autres filles vînt à leur faire ou à l'une d'elles une conſtitution plus ample.

Le même contrat de mariage porte que le ſeigneur de Botheon réſerve qu'à faute de mâles, & ce cas advenant, il puiſſe librement pour la conſervation de ſa maiſon, nommer telle, ou telles de ſes filles, mariées ou non mariées, ſon héritiere ou héritieres univerſelles, ſoit par teſtament, contrat de mariage, donation ou autrement, & laquelle nomination, inſtitution ou donation, il ne veut être compriſe ni entendue par l'avantage ci-deſſus réſervé à ladite damoiſelle future épouſe, & en tout & par tout s'eſt reſervé toute liberté d'en faire & ordonner comme il lui plaira.

2 Le comte de Verdun, fils unique dudit ſeigneur de Gadagne étant décédé avant le pere, cela l'obligea de faire un teſtament ſolemnel; & par icelui d'inſtituer héritiere ladite Lucrece de Gadagne ſa fille aînée, avec ſubſtitution graduelle & perpétuelle au profit des enfans mâles que ſadite fille pourroit avoir, & de leurs deſcendans mâles, l'aîné préferé aux autres. Et au défaut de mâles & deſcendans mâles de la fille aînée, auroit le teſtateur appellé les mâles & deſcendans mâles de ſes autres filles, mais par ordre, & de l'une à l'autre. Ayant ainſi teſté & reglé ſa ſucceſſion, il advint que le ſeigneur de Tournelles ſon gendre ayant fait une ceſſion de ce qui lui reſtoit à payer de la dot de ſa femme, & ledit ſeigneur ayant été contraint & exécuté dans la ville de Paris, à la requête du cédataire, (1) cela le piqua tellement qu'il fit un autre teſtament, & changea la diſpoſition & ſubſtitution par lui faite. De ſorte qu'au lieu qu'il avoit d'abord appellé ſa fille aînée & ſes enfans mâles & deſcendans mâles, il la mit la derniere en ordre, & lui préfera toutes les autres. C'eſt ce que nous pouvons aſſûrer, parce qu'ayant aſſiſté en qualité d'avocat du roi à la confection de l'inventaire des titres, papiers & meubles du feu ſeigneur marquis de la Baume, nous vîmes l'un & l'autre teſtament; le premier biffé & cancellé, mais tous deux conformes, & conçus en mêmes termes; bref, ſans autre difference, qu'au lieu que par le premier la dame de Tournelles étoit la premiere appellée, en l'autre elle étoit la derniere, ſe trouvant par ce moyen la femme du ſeigneur de la Baume préferée.

Etant donc ledit ſeigneur de Gadagne décédé, & ſa ſucceſſion échûe & ouverte au profit de Balthazar de Gadagne fils du ſeigneur de la Baume, & de la fille puiſnée d'icelui ſeigneur de Gadagne, il fut querellé en icelle par la dame de Tournelles ſa tante. L'hoirie étoit trop opulente pour n'être pas conteſtée, & nous voyons tous les jours qu'on s'échauffe bien pour moins. Ainſi quoique la dame de Tournelles eût renoncé, elle prétendoit que, nonobſtant ſa renonciation, elle devoit ſucceder pour une cinquieme, & que le pere n'avoit pas pû diſpoſer au préjudice de la réſerve & convention portée par ſon contrat de mariage. C'étoit donc ſur cette réſerve qu'elle établiſſoit ſon principal fondement; & c'eſt ce qu'elle oppoſoit à ſa renonciation.

Elle pouvoit dire qu'il n'y avoit rien de plus favorable que l'égalité entre les enfans; & il faut que *quos æqualis junxit natura, æqualis jungat gratia*, 3

(1) C'eſt-à-dire, ceſſionnaire.

BIU Cujas

pour parler avec un ſaint Pere. Et comme Seneque dit que *prima pars æquitatis eſt ipſa æqualitas* : il n'eſt pas auſſi raiſonnable qu'un des enfans emporte preſque tout à l'excluſion des autres. Que c'eſt pour ce ſujet que les loix ont approuvé la convention de rendre égaux les enfans ; & quoiqu'un pere ne puiſſe pas communément s'impoſer une loi qui lui ôte la liberté de diſpoſer de ſes biens, cela pourtant eſt reçu en faveur de l'égalité, & pour l'établir entre les enfans. En la loi *ſi ita ff. de condition. & demonſtrat.* le juriſconſulte donne ſon approbation à un légat, parce qu'il avoit été fait *ut conditio filiorum exæquaretur.* Et les empereurs, *in l. ſi major. C. communi dividundo*, ſur la fin, recommandent, *ut in omnibus æquitas ſervetur.*

Que c'eſt pour ce ſujet que les loix ont introduit le rapport, au titre *de collationibus ;* car comme on a reconnu qu'il n'y avoit rien qui mît plûtôt de la diviſion entre les enfans, & qui ſeparât plûtôt d'affection ceux qui ſont joints, qu'un avantage inégal, on a voulu prévenir ce qui cauſe ces déſordres. Quoiqu'il en ſoit, on a favorablement embraſſé tout ce qui tend à maintenir l'union & concorde entre les enfans ; & ſi quelques coûtumes ont autoriſé les préciputs & avantages, c'eſt en faveur des mâles, & parce qu'ils ſont l'appui & le ſoûtien des familles, qu'ils en portent le nom & les armes, & que c'eſt véritablement en eux que les peres ont une ſeconde vie. Mais cette faveur ceſſant pour les filles, l'égalité entr'elles eſt toujours la plus favorable, & l'on y doit revenir autant qu'il ſe peut.

4 Que ſi la dame de Tournelles avoit renoncé, & qu'en France les renonciations ſoient reçues, la ſienne ne pouvoit pourtant lui nuire, ni empêcher ſon concours à la ſucceſſion, d'autant que ſa renonciation n'étoit pas pure & ſimple ; mais à condition que le pere laiſſât des mâles ; & ce n'eſt qu'en leur faveur, & non de ſes ſœurs, qu'elle a entendu renoncer. C'eſt ce qu'elle a témoigné, & le pere auſſi, qu'elle n'avoit point d'autre intention, par la convention & réſerve, que venant à donner davantage aux autres filles, ladite dame de Tournelles en auroit autant, & qu'il lui ſeroit deſlors acquis, & donné ſans autre diſpoſition.

Que cette clauſe étoit à péſer, & qu'il étoit aiſé de juger par icelle ce que le pere avoit voulu, & ce que la fille avoit entendu : ſçavoir, que s'il y avoit un fils, il fût préferé ; s'il n'y avoit que des filles, qu'elles fuſſent égales. A quoi ne peut faire obſtacle la réſerve que le pere a fait de pouvoir diſpoſer de ſes biens par teſtament ou autrement, parce qu'elle ne ſe doit entendre qu'en cas qu'il y eût des mâles, & en leur faveur. C'eſt le ſens qu'on lui doit donner pour l'ajuſter avec la clauſe premiere, & il les faut concilier de la ſorte plûtôt que de les faire choquer.

5 L'héritier inſtitué pouvoit dire au contraire, que ladite dame de Tournelles ayant renoncé enſuite de la conſtitution à elle faite par ſon contrat de mariage, elle ne pouvoit rien prétendre en la ſucceſſion du pere, nonobſtant les letres par elle obtenues ; qu'il n'y avoit rien de plus favorable que les renonciations des filles ; que les arrêts les avoient autoriſées, & que c'eſt un droit François qu'on ne pouvoit plus mettre en doute. Que ladite dame le reconnoiſſoit elle-même, en ce qu'elle vouloit faire croire qu'elle n'avoit renoncé qu'en faveur des mâles, & par conſéquent que ſa renonciation n'étant pas pure & ſimple, mais conditionelle, le défaut de la condition en faiſant ceſſer l'effet ; mais en vain, puiſque ladite dame n'avoit renoncé qu'au profit du pere ; & qu'il ſuffiſoit que par ce moyen elle fût excluſe de ſa ſucceſſion.

Que ſi par une clauſe ſeparée, il avoit été convenu qu'en cas que le pere par contrat de mariage d'aucune de ſes autres filles, leur conſtituât & donnât, ou à l'une d'icelles, une dot plus ample, ladite dame auroit pareil avantage, cela ne dérogeoit pas à la force de la renonciation ; que cette réſerve ne regardoit que les avantages qui ſeroient faits plus grands aux autres filles en les mariant, & ce qui avoit été dit de leur dot, ne ſe pouvoit pas appliquer à d'autre diſpoſitions : que c'eſt une convention limitée, qui ne ſouffroit point d'extenſion, ſuivant le dire vulgaire, que *limitata cauſa limitatum parit effectum.* Que c'eſt ainſi que la dame de Tournelles l'avoit elle-même entendu par la ceſſion qu'elle avoit fait au ſieur de Murat, du vivant même du pere, de la même ſomme de laquelle la dot d'une autre fille auroit été augmentée.

Enfin que le pere en accordant cette réſerve, s'étoit lui-même aſſez expliqué ; car pour donner à connoître qu'il n'entendoit établir une égalité entre les filles que pour leurs dots & conſtitutions, c'eſt qu'au défaut des mâles, il s'eſt réſervé de pouvoir librement, & pour conſerver ſa maiſon en ſon entier, nommer telle ou telles de ſes filles qu'il voudroit pour héritiere ou héritieres par teſtament, ou autre diſpoſition. Et tant ſans faut qu'il n'ait entendu faire cette réſerve, & clauſe dérogeante à l'égalité qu'en faveur des mâles ; qu'au contraire, c'eſt au défaut d'iceux qu'il l'a faite. Il vouloit bien que pour ce qui ſeroit donné à ſes filles par contrat de mariage, il y eût de l'égalité, & qu'elles euſſent une même dot ; mais pour le ſurplus de ſes biens, il ſe réſervoit la liberté d'en diſpoſer, & il vouloit en un mot laiſſer un héritier, ou une héritiere qui pût ſoûtenir le relief & l'éclat de ſa maiſon. Auſſi la cour confirma ſon teſtament par l'arrêt qui ſuit, & qu'on peut dire un ſommaire des raiſons ci-deſſus détruites.

Sera remarqué que la clauſe du mariage qui faiſoit naître la difficulté, & ſur laquelle on ſe fondoit, portoit qu'en cas que le pere donnât une plus ample dot à ſes autres filles, ou à l'une d'icelles, il conſentoit dès à préſent comme deſlors, pour mettre en égalité ſeſdites filles, & ne voulant pas que ladite damoiſelle future épouſe ſa fille, fût de moindre condition que les autres ſes ſœurs puînées, qu'icelle damoiſelle future épouſe, & pour elle ledit ſieur futur époux eût autant que celle qui ſeroit plus avantagée, & lequel pareil avantage il lui donnoit dès à préſent. Enſuite de quoi ce ne fut pas d'un reſte de la conſtitution que la ceſſion fut faite au ſieur de Murat, ce fut de ce qu'une des autres filles avoit été avantagée par ſon mariage plus que l'aînée ; & c'eſt ce qui fut fâcheux au pere, & qui cauſa ſon caprice.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre Antoine d'Authun, chevalier de l'ordre, 6
ſeigneur de la Baume, ſénéchal de Lyon, pere & légitime adminiſtrateur de Balthazar Gadagne d'Authun héritier univerſel teſtamentaire de feu Guillaume de Gadagne, chevalier ſeigneur de Botheon, appellant d'un appointement des requêtes du Palais, du 6 août dernier, & demandeur en requête du 25 janvier dernier, d'une part ; & Lucrece de Gadagne, dame de Tournelles, veuve de Charles d'Apchon chevalier, intimée & défendereſſe, d'autre : ſans que les qualités puiſſent préjudicier. Après que Chouart pour l'appellante, de

BIU Cujas

l'appointement en droit, & Dolle, pour l'intimée, qui ont été d'accord de l'évocation du principal, par deux diverſes audiences, ont été oui ſur ledit principal & concluſions de l'intimé, à ce que nonobſtant la renonciation par ſon contrat de mariage, qu'elle prétendoit caſſée par le décès des mâles, la cinquieme partie des ſucceſſions de ſes pere & mere lui fut adjugée, du moins ſuivant la clauſe de réſervation de loyale écheute, ſupplément de légitime, ſubordinément comme ſa ſœur puînée, par tranſaction & contre-lettre, fût égale à ſes ſœurs, & à elle baillé vingt-huit mille écus, & meubles, ainſi que la puînée qui avoit auſſi-bien qu'elle renoncé: & défenſes de l'appellant, ſoûtenant que par le moyen des renonciations de l'intimée, & des ſœurs, par leurs contrats de mariage à toutes ſucceſſions, au profit non-ſeulement des freres, mais du pere & des ſiens, elles étoient excluſes; & avoit pû le pere, comme il avoit diſpoſé par le teſtament de l'an 1600, au profit de ſes petits-enfans. La cour, du conſentement des parties, a évoqué & évoque à elle le principal différend d'entre les parties; & y faiſant droit, enſemble ſur l'appel, les a mis & met hors de cour & de procès. Fait en parlement le 28 jour de mars 1605. *Signé*, VOISIN.

Il ſemble que le pere ayant conſtitué confuſément & ſans diſtinction, la renonciation ne pouvoit pas valoir pour les droits de la mere, & que ſuivant la loi, *ſi pater C. de dotis promiſſ.* le pere avoit dû payer toute la dot du ſien propre, ſans rien prendre des biens de la mere. Mais peut-être que cette queſtion ne fut pas agitée, ou que la mere étoit encore vivante, ou bien avoit diſpoſé & legitimé ſa fille. C'eſt ce qui nous obligera pourtant d'en agiter le doute, & ſi ladite loi *ſi pater*, eſt en uſage.

OBSERVATIONS.

De l'effet de la renonciation des filles, dans une eſpece particuliere.

DAns cette queſtion, l'auteur rapporte un arrêt rendu ſur une eſpece particuliere, qui a jugé que la renonciation d'une fille aînée, par ſon contrat de mariage, à tous droits paternels & maternels, avec réſerve de loyale échûte & augmentation de dot, en cas que le pere, mariant ſes autres filles, vînt à leur faire une plus ample conſtitution, étoit valable, & n'avoit pû empêcher que le pere, par ſon teſtament, n'inſtituât ſa fille puînée pour ſon héritiere univerſelle.

L'auteur remarque, que ce qui faiſoit la difficulté, étoit la clauſe du contrat de mariage, par laquelle le pere avoit promis de faire augmentation de dot à ſa fille aînée, en cas qu'en mariant les autres, il leur fit une plus ample conſtitution; mais cette clauſe ne lioit pas les mains au pere, pour l'empêcher de diſpoſer par teſtament.

A la fin de cette queſtion, l'auteur parle de la loi *ſi pater*, dont il a parlé plus amplement dans la queſtion 51, ci-deſſus.

J'obſerverai ſeulement la ſuite de la généalogie de la maiſon d'Holſtun, dont parle l'auteur. Baltazard de Gadagne, qui étoit obligé de porter ce nom, par la ſubſtitution de Guillaume de Gadagne, ſon ayeul maternel, eut deux fils, Louis & Roger; le premier, qui s'appelloit le comte de Verdun, a eu de ſon mariage avec dame Philiberte de Beſſerel de Marillac, pluſieurs enfans; l'aîné eſt meſſire Gilbert de Gadagne d'Holſtun, comte de Verdun, lieutenant pour le roi dans le pays de Forêts, dont le mérite répond à la naiſſance. Roger, qui s'appelloit le marquis de la Baume, a eu pour fils meſſire Camille d'Holſtun, marquis de la Baume, comte de Tallard, chevalier des ordres du roi, & maréchal de France. 7

Il y a eu de grands procès entre Louis & Roger de la Baume, au ſujet du teſtament de Baltazard de Gadagne leur pere, & de celui de Guillaume de Gadagne, leur biſayeul maternel. Pour couper la racine à tous ces procès, & réunir enſemble tous les biens des deux branches, M. le comte de Verdun n'ayant qu'une fille unique de ſon mariage avec dame Marie d'Albon, a pris la réſolution de la marier avec M. le Marquis de la Baume, brigadier des armées du roi, fils aîné de M. le maréchal de Tallard. Le mariage a été célébré au château de Botheon en Forêts.

C'eſt avec douleur que je me vois obligé d'ajouter ici que ce mariage, qui avoit été réſolu avec tant de prudence, & accompli ſous des auſpices ſi heureux, vient d'être rompu par la mort précipitée de M. le Marquis de la Baume, qui eſt mort à Strasbourg d'une bleſſure qu'il avoit reçue au genouil à la bataille d'Hocſtet. Ce malheur pourroit me fournir une belle occaſion de faire des réflexions ſur l'inſtabilité des grandeurs humaines, ſur l'incertitude des événemens dans les combats, & ſur les malheurs de la guerre: mais il ne m'appartient pas de porter mes penſées ſi haut; je me contente de faire des vœux ſinceres & ardens pour la paix, ſans laquelle la juſtice ne ſçauroit régner, juſtitia & pax oſculatæ ſunt. 8

BIU Cujas

DES RENONCIATIONS DES FILLES.

QUESTION SOIXANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le mariage d'une fille avant l'âge de douze ans, n'eſt pas valable.*
2. *Si la renonciation faite par une fille, qui ſe marie avant l'âge de douze ans, eſt valable.*
3. *Raiſons pour établir qu'une ſemblable renonciation n'eſt pas valable.*
4. *Raiſons pour montrer qu'une ſemblable renonciation eſt bonne.*
5. *Avis de l'auteur pour la négative.*

QUESTION LXI.

Si la fille qui ſe marie avant l'âge de douze ans accomplis, peut faire une renonciation valable.

1 IL EST ſans doute qu'avant l'âge de douze ans la fille n'eſt pas capable de contracter mariage, & que c'eſt anticiper le tems que le droit a jugé néceſſaire pour choſe ſi importante. En effet la cour a jugé que le mari ou la fille venant à mourir avant que la fille eût douze ans complets, il n'y avoit point eu de mariage, & par conſéquent point d'obligation pour l'augment, bagues & joyaux, ou pour autres avantages. Monſieur Bouguier en ſon recueil en rapporte un arrêt, c'eſt en la lettre M, chap. 2 Ce n'eſt pas auſſi en cette eſpece que nous propoſons notre queſtion; car n'y ayant point eu de mariage, la renonciation qui n'a point d'autre fondement ne ſçauroit être valable. Mais nous ſuppoſons que le mariage ſubſiſte, que ce qui n'étoit pas valable au commencement ſoit confirmé par
2 la ſuite, & même par la naiſſance d'enfans. C'eſt en ce cas que nous demandons ſi la renonciation que la fille a fait l'oblige, & ſi l'ayant faite en un tems auquel elle n'en étoit pas capable, la conſommation du mariage qui depuis s'en eſt enſuivie la peut valider.

3 Pour la fille qui s'en veut faire relever, & rechercher ſes droits, l'on peut dire qu'il eſt véritable que la fille, *quæ eſt habilis ad matrimonium contrahendum, eſt habilis ad omnia pacta*, qu'on peut apposer au contrat de mariage: que par conſéquent celle qui n'eſt pas d'âge convenable, ni habile à ſe marier, n'eſt pas auſſi capable de renoncer. Qu'en effet, il eſt certain que l'impubere n'eſt non plus capable, quant au jugement, pour faire une renonciation importante, que propre, quant au corps, pour les œuvres du mariage: que comme ce lien eſt conſidérable, & que c'eſt de lui que dépend le repos de toute la vie, auſſi les loix n'ont pas deſiré l'âge de puberté ſeulement pour le corps, mais encore pour le jugement: qu'elles ont voulu que la fille fût capable de choiſir, ou de prêter conſentement auſſi bien au choix d'un mari, qu'aux autres conventions du mariage: qu'en un mot, il répugne qu'une fille impubere, qui n'a ni jugement, ni diſcernement, puiſſe pour une légere dot, renoncer valablement à la ſucceſſion du pere.

Qu'il eſt vrai que le mariage qui au commencement n'étoit pas valable, a été validé par la ſuite, & parce qu'après l'âge de douze ans la conſommation s'eſt enſuivie. Mais qu'il ne s'enſuit pas pour cela que la renonciation ſoit confirmée, & que ce qui fait valoir le mariage, faſſe valoir cette renonciation: que la différence eſt grande; car ſi le mariage ſubſiſte, c'eſt parce que la fille faite pubere, & continuant d'habiter & de coucher avec le mari, eſt cenſée prêter un nouveau conſentement: que cela réſulte aſſez de la conſommation du mariage, & de la naiſſance des enfans. Mais que le même conſentement n'eſt ni exprès, ni tacite pour la renonciation, & qu'on ne peut pas dire que comme la femme en couchant avec le mari après l'âge de douze ans, contracte de nouveau le mariage, elle renonce derechef au profit du pere: qu'il n'y a donc pas identité de raiſon, ni ſujet d'étendre ce nouveau conſentement aux conventions auſquelles la fille ne ſonge point: que cela ſe peut dire pour celles qui regardent le mari, & qu'il y a apparence que comme elle conſent de nouveau à le prendre pour tel, elle entende auſſi conſentir aux conditions ſons leſquelles il lui a été donné. Mais pour le pere, que la fille ne fait rien de nouveau avec lui, dont on puiſſe tirer un pareil conſentement, & qu'il y a plus d'apparence de préſumer le contraire, puiſque la renonciation lui eſt déſavantageuſe.

A quoi l'on peut ajoûter que la renonciation que fait une fille ſe ſoutient ſeulement ſur la conſidération du tems du contrat de mariage: que c'eſt pour ce ſujet que le pere devenant plus riche, la fille ne laiſſe pas d'être excluſe, parce qu'il ſuffit qu'il le fût moins lors de la renonciation, ou que la choſe fût incertaine *initio inſpecto*. Qu'il faut inferer de là que ſi la renonciation eſt défectueuſe, *initio inſpecto*, ſi ſon origine eſt vicieuſe, elle ne peut être validée, quelque choſe qui ſurvienne après, mais qu'elle doit demeurer nulle, & être rejettée, *initio ſimiliter inſpecto*.

Qu'il faut encore ſuppoſer que la renonciation n'eſt reçue qu'en contrat de mariage & en faveur d'icelui; & c'eſt pourquoi, tout ainſi qu'étant néceſſaire que la cauſe d'un acte ſe rencontre en un tems certain & déterminé, il ſuffit qu'elle s'y ſoit rencontrée en ce tems-là, quoi qu'après elle vienne à manquer; qu'il faut auſſi avouer, au ſens oppoſé, que ſi elle a manqué au tems qu'il falloit, il ne peut de rien ſervir qu'elle ſurvienne après: qu'elle ne peut donc plus en ce tems produire ſon effet, par argument de la loi *ſciendum*, § *ult. ff. qui ſatisdare cogantur*. Car en cette loi le juriſconſulte ayant dit, pour juger qui eſt poſſeſſeur, *tempus cautionis ſpectandum eſſe*, il ajoûte auſſi-tôt, *nam ſicut ei qui*

BIU Cujas

poſt cautionem poſſeſſionem vendidit, nihil obeſt, ita nec prodeſt ei qui poſt cautionem poſſidere cœpit. Qu'appliquant donc cela au ſujet de la cauſe, il falloit dire que comme il étoit néceſſaire que la renonciation ſe fît lors du mariage, & en faveur d'icelui, elle ne pouvoit être valable, le contrat de mariage étant dès lors nul & de nul effet, qu'oiqu'il ait été validé depuis, ou pour mieux parler, de nouveau contracté par le conſentement mutuel des deux conjoints.

Enfin, c'eſt aſſez qu'il y ait eu nullité en l'acte, & que par un défaut de capacité la renonciation ait été nulle. Car encore que la cauſe de la nullité ait ceſſé, la nullité ne ceſſe pas pour cela, & la renonciation ne peut pas prendre ce qu'elle n'a jamais eu. Que c'eſt par cette raiſon, qu'encore que le fils préterit vienne à décéder du vivant du teſtateur, le teſtament demeure nul, *quia ab initio non conſtitit. inſtitution. de exhæredat. liberor.* § 1 : Que c'eſt encore par la même raiſon, que le teſtament fait par celui qui eſt détenu priſonnier par les ennemis, eſt toujours nul, quoique le teſtateur revienne; *l. ejus qui, ff. qui teſtamenta facere poſſint.* Que cela a lieu pareillement aux contrats & ſtipulations; & qu'en effet le juriſconſulte aſſure, *in l. 3, § 3, ff. de minorib.* que le mineur eſt toujours reſtituable, *initio inſpecto*; comme de même l'empereur Juſtinien décide *in* § 1, *inſtitutionib. de inutilibus ſtipulationibus*, que la vente d'une choſe ſacrée, ou d'un homme libre, ne vaut rien, quoi qu'après cette choſe devienne profane, ou cet homme eſclave.

4 Contre la fille, & pour le ſoutien de la renonciation, on peut dire au contraire que comme la renonciation que la loi appelle *pactum dotali inſtrumento comprehenſum*, & la conſtitution canonique, *pactum patri factum à filia dum nuptui traderetur*, dépend du mariage, & en eſt un acceſſoire, c'eſt auſſi par lui qu'elle ſe doit régler. Par conſéquent, que comme le mariage étant nul, la renonciation eſt nulle; auſſi venant le mariage à être validé, elle en tire auſſi ſa force: que c'eſt parce que l'acte principal influe ſa vigueur ou défaillance aux autres qui en dépendent; & que c'eſt de lui qu'ils empruntent leur vie ou qu'ils ſouffrent leur ruine. Que cela ſe peut établir en droit par divers exemples : car comme tant que l'inſtance dure, les cautions qu'on a données en demeurent reſponſables; au contraire, *lite mortua, cùm nulla res ſit, ideo conſtat, fidejuſſores ex ſtipulatu judicatum ſolvi, non teneri l. 2, ff. judicatum ſolvi :* de même la mineure ayant tranſigé avec ſon tuteur, *non viſis & diſcuſſis rationibus*, ou bien ayant vendu ſon immeuble ſans aucune ſolemnité, & donné un fidéjuſſeur en cas d'éviction; il eſt vrai que l'acte qu'il a fait eſt nul, & par conſéquent que l'obligation du fidéjuſſeur eſt pareillement nulle : Bref, que l'exception de nullité qu'a le mineur, & qui eſt plûtôt inhérente en la choſe même, qu'elle n'eſt perſonnelle, ſert au fidéjuſſeur, comme n'étant ſon obligation qu'acceſſoire. Mais auſſi ſi le mineur ne dit mot, s'il demeure dans le ſilence, & demeure dix ans après ſa majorité ſans reclamer; comme l'acte qu'il avoit fait prend force dès-lors, comme ſa nullité demeure converte, & que le mineur ainſi fait majeur demeure garant de la choſe en cas d'éviction; il en faut autant dire du fidéjeuſſeur, & de la promeſſe qu'il a faite, laquelle ſuit le ſort de la principale, & tombe ou ſubſiſte ſelon elle.

On peut donc inférer de-là qu'il n'eſt pas toujours véritable que ce qui a été nul au commencement le ſoit toujours, *initio inſpecto*. Qu'en effet au titre *de Regula Catoniana*, le juriſconſulte l'ayant définie, *quod ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator, inutile foret id legatum, quandocunque deceſſerit, non valere*; il en donne auſſitôt des exceptions. Par exemple, ſi le teſtateur (dit-il) te legue le fonds qui t'appartenoit au tems de ſon teſtament; & s'il arrive qu'avant ſon décès tu le vendes à quelqu'un *legatum tibi debetur, quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet.* Mais l'exemple que la loi ſeconde du même titre en donne, ſemble encore plus formel; car en l'eſpece d'icelle le teſtateur avoit fait le legs ſous cette condition, *ſi filia mea Titio nupta erit*; & il eſt décidé que c'eſt aſſez pour la ſubſiſtance du leg, *ſi mortis tempore nupta inveniatur, licèt teſtamenti facti tempore fuerit impubes* : c'eſt-à-dire lors incapable du mariage.

On peut conclure de-là, que le mariage qui eſt nul dès le commencement, étant validé par la ſuite du tems, & par la conſommation qu'elle opere, ou fait préſumer, cela porte conſéquence pour tout ce qui en dépend. Qu'en effet la fille n'eſt cenſée prêter un nouveau conſentement, qu'il ne s'étende à tout ce qui regarde le mariage par une ſuite néceſſaire, & parce que les conventions en ſont inſéparables. Et c'eſt pourquoi l'approbation formelle du principal eſt une approbation du reſte.

Cette queſtion eſt certe problématique, & quoi- 5
que nous ayons ſoutenu pour notre femme, qu'ayant renoncé avant l'âge de douze ans, ſa renonciation étoit nulle, & qu'elle devoit être reçue à partager *ab inteſtat*, avec ſes freres & ſœurs, nous voulons pourtant avouer que la choſe n'eſt pas ſans doute. Mais s'il faut prendre parti, nous nous rangerons plûtôt pour la fille que contr'elle, & notre ſentiment ira plûtôt à renverſer la renonciation qu'à la ſoutenir.

C'eſt parce qu'il nous ſemble qu'ayant été faite en un tems auquel la fille ne la pouvoit pas faire, le conſentement que la ſuite du tems opere, ne la peut pas valider, comme il fait le mariage. Ce conſentement eſt bien ſuffiſant pour l'acte principal; parce que lui-même fait le mariage; mais il ne ſemble pas ſuffiſant pour tout le reſte, lors même que l'acceſſoire n'a pas une ſuite néceſſaire. C'eſt pourquoi, comme un mariage ſe peut faire ſans que la fille renonce, & que ſa renonciation n'eſt pas toujours requiſe, elle peut bien prêter un nouveau conſentement pour le mariage, ſans l'étendre à la renonciation qu'elle a faite, & qui eſt nulle. La conſéquence n'eſt pas néceſſaire; & comme la fille pouvoit au commencement ne pas renoncer & contracter le mariage ſans quitter ſes droits, elle peut auſſi l'approuver, devenue capable de la conſommation, ſans ſonger à la renonciation qu'on lui a fait faire, & pour laquelle il n'y a pas la même ſuite qu'il y pourroit avoir pour la dot & pour l'augment.

Et quant aux exceptions rapportées *contra regulam Catonianam*, il eſt vrai nonobſtant icelles, que ce qui a un principe vicieux, ne peut pas être validé. Car comme remarque le docte Cujas ſur les queſtions de Papinien, & ſur la loi 1, *ff. de regula Catoniana*, il faut établir quelque différence entre les actes qui dès-lors doivent ſubſiſter, & ceux dont l'effet eſt ſuſpendu; & encore entre les legs qui ſont purs & ſimples, & ceux qui dépendent d'une condition, ou deſquels le droit eſt remis au tems de la mort du teſtateur. Car en ſemblables légats, *quæ cadunt tantùm à morte*, & qui ſont cenſés donnés, *magis morientè teſtatore quam teſtante*, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient valables dès-lors, c'eſt aſſez qu'ils le puiſſent être. Et c'eſt delà qu'il faut tirer la réponſe à la derniere exception qui eſt dans la loi ſeconde du même titre. Car puiſque le teſtateur

BIU Cujas

avoit dit, *ſi filia mea Titio nupta erit*, il referoit cette condition plûtôt au tems futur qu'au préſent; & il vouloit qu'en quelque tems que ce mariage ſe fît, le légat fût dû, ou du moins il entendoit qu'il ſuffiſoit que le mariage fût fait avant qu'il mourût. Il ne vouloit donc pas le régler par le tems de ſon teſtament, mais par le tems de ſa mort, autrement il y eût eu de la contradiction; car la fille n'étant pas nubile, puiſqu'elle étoit impubere, le pere n'entendoit pas que lorſqu'il teſtoit, elle fût mariée, mais il remettoit cela lorſqu'elle ſeroit d'âge; & s'il limitoit le tems, c'étoit juſques à ce qu'il mourroit.

Au reſte, notre ſentiment ne manque pas de partiſans, & il ſe trouve appuyé de grandes autorités. Parmi les étrangers ce grand évêques & célebre docteur *Covarruvias ad cap. Quamvis, de pactis, in ſexto*, tient ouvertement, que la fille impubere ne pouvant pas contracter un mariage valable, ne peut non plus renoncer valablement. En un mot, que nonobſtant le ſerment, & quoique la fille proche de la puberté puiſſe être capable de dol, la renonciation eſt nulle. *Ferdinandus Vaſquius* autre grand juriſconſulte Eſpagnol, parmi ſes controverſes illuſtres, ayant traité la queſtion, la réſout pour la nullité de la renonciation, & il détermine, que comme la fille impubere *caret judicio*, elle n'eſt pas auſſi capable de renoncer. Et ne faut pas dire que ces auteurs, & les autres qui tiennent le même parti, n'entendent cela que pour le tems que la fille demeure impubere. Car ſi cela étoit, la queſtion ne recevroit point de difficulté; & ce ſeroit en vain qu'on l'agiteroit : parce qu'il eſt bien certain que la fille ou le mari venant à mourir avant qu'elle ſoit pubere, comme il n'y a point eu de mariage, il n'y a point auſſi de convention qui ſubſiſte. Donc quand on diſpute ſi la renonciation qu'une fille impubere a faite, l'oblige à s'y tenir, on entend qu'elle vive davantage, & que la ſuite du tems confirme le mariage, parce qu'autrement il n'y auroit point de doute.

Quant aux auteurs François, maître Charles du Moulin ſur l'art. 261 de la coutume du Mans, parlant de la renonciation que fait une fille, il ſuppoſe qu'encore qu'elle ſoit mineure, elle ne laiſſe pas de renoncer valablement, pourvû, dit-il, qu'elle ait atteint l'âge de 14 ans. Ce qu'il répéte ſur l'art. 161 de la coutume de Blois, où il en rend cette raiſon. C'eſt ce que Mornac remarque ſur le § *ſed verum* de la loi 3, *ff. de minorib.* & il ajoute, *& eo jure utimur*. Il fait encore la même obſervation ſur la loi unique, *Cod. ſi adverſus dotem reſtitutio poſtul.* Enfin Automne ſur l'article 67, du titre des teſtamens de la coutume de Bourdeaux, eſt d'avis, quand on parle des renonciations, d'y mettre cette exception, qu'il dit être obſervée au Parlement de Paris, ſi la fille n'a atteint l'âge de quatorze ans. Il cite encore Mornac, & encore *Benedictus*, ſur le chapitre *Raynutius, in verbo duas habens filias num.* 29 où après avoir établi la force des renonciations, il ajoute; *fallit in filia impubere, quæ, non obſtante renunciatione, paternam poterit petere hæreditatem; quia pupillus non habet judicium*, & parce que les enfans ſont comparés aux fols, comme dit Automne, & que n'ayant ni l'enfant, ni l'enſenſé, aucun jugement, *alterum innocentia conſilii tuetur, alterum fati infœlicitas l.* 12, *ff. ad l. Corneliam de ſicariis.*

OBSERVATIONS.

Si la renonciation d'une fille impubere eſt valable.

L'Auteur dans cette queſtion, établit que la renonciation faite par une fille impubere, quoique faite par ſon contrat de mariage, & que le mariage ait continué dans la puberté, n'eſt pas valable. Il reconnoît de bonne-foi que la queſtion eſt problêmatique: cet aveu eſt d'autant plus louable, que dans l'eſpece qu'il propoſe, il s'y trouvoit intéreſſé à cauſe de ſa femme; mais il appuye ſon ſentiment par de ſi bonnes raiſons, qu'il eſt difficile de ne pas s'y rendre.

Maſuer, dans ſa pratique, titre 29, nomb. 20, eſt de cet avis, auſſi-bien que Baſmaiſon, ſur la coutume d'Auvergne, titre des ſucceſſions, article 25, au commencement.

M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8, ſect. 1, nomb. 6, établit fort bien cette maxime.

BIU Cujas

DES RENONCIATIONS DES FILLES.

QUESTION SOIXANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si la renonciation de la fille eſt valable, quand le pere décede avant que le mariage ſoit accompli.*
2. *Du Moulin a varié ſur cette queſtion.*
3. *Tous les autres auteurs tiennent pour la négative.*
4. *S'il faut porter le même jugement de la renonciation d'une fille religieuſe, quand le pere décede avant la profeſſion.*
5. *Raiſons pour établir que dans ce cas la renonciation eſt valable.*
6. *Raiſons pour montrer qu'elle n'eſt pas valable.*
7. *Quand le mariage eſt diſſous par l'impuiſſance du mari, la renonciation de la fille ne ſubſiſte plus.*
8. *A préſent la juriſprudence eſt certaine ſur la premiere queſtion.*

QUESTION LXII.

Si la fille qui a renoncé par ſon contrat de mariage, ou lors de ſon entrée & réception dans la religion, eſt excluſe de la ſucceſſion du pere décédé avant l'accompliſſement du mariage ou de la profeſſion.

1 ON a douté ſi le pere venant à décéder après la renonciation de ſa fille, mais avant l'accompliſſement du mariage, cette fille demeure excluſe de ſa ſucceſſion. Maître Charles du Mou-
2 lin a varié ſur ce point : ſur l'article 305 de la coutume de Bourbonnois, il déſire que la fille ſoit appanée & mariée ; & comme la dot ne peut être ſans le mariage, il veut que l'un & l'autre concourent enſemble : ce qu'il entend d'un mariage effectif & conſommé ; & il infere de-là que le pere venant à décéder après le traité du mariage, & avant la célébration des nôces, ſon décès rend la renonciation inutile & ſans effet : ce qu'il tient encore ſur ſes notes du conſeil treiziéme d'Alexandre & ſur les conſeils 105 & 261 de Philippe Dece. Mais ſur l'article 37, titre des ſucceſſions, de la coutume d'Auvergne, il ſemble changer d'opinion en faveur de la renonciation & de l'excluſion qu'elle opere. *Cet article de la coutume d'Auvergne porte, que fille fiancée, vivans ſes pere & ayeul paternel, ou l'un d'eux, n'eſt forcloſe des ſucceſſions de ſeſdis pere, ayeul & mere, ni autres collatéraux, ſi le mariage n'eſt accompli leur vie durant :* Et toutefois du Moulin dit, qu'il faut l'entendre quand la fille n'a été dotée, & n'a renoncé ; & qu'autrement, ſi le mariage a été conclu, & que la fille ait renoncé par le contrat en conſidération de la dot qui lui a été promiſe, il n'importe pas que le pere ou la mere décede avant l'exécution du mariage, & que nonobſtant leur prédécès, la fille ne laiſſe pas d'être excluſe, contre l'opinion d'Aymon en ſon commentaire ſur la même coutume d'Auvergne. Brodeau ſur monſieur Loüet en la lettre R, n. 18, concilie du Moulin avec lui-même, par la
3 diſtinction que fait *Benedictus in cap. Raynutius in verbo duas habens filias, n.* 153 des ſtatuts qui excluent la fille par la ſeule dotation, & de ceux qui déſirent qu'elle ſoit dotée & mariée : il conclut par-là que de droit commun, & aux coutumes qui n'en diſpoſent pas, la renonciation que la fille fait par contrat de mariage ne lui peut faire préjudice, ſi le pere à la ſucceſſion duquel elle a renoncé, vient à décéder avant la célébration du mariage. Et de fait maître Anne Robert ayant avant lui traité la queſtion, *lib.* 2, *rerum judicatarum, cap.* 4, réſout que la fille n'eſt pas excluſe, parce que le contrat de mariage ſe réfere au tems de la conſommation, & que c'eſt d'elle qu'il prend ſon effet : ce qu'il aſſure avoir été jugé par arrêt prononcé en robes rouges le 23 décembre 1569.

Auſſi faut-il avouer, que tout ce qui s'arrête par un contrat de mariage ne ſe fait que dans l'aſſûrance qu'il s'accomplira, que c'eſt à l'accompliſſement que toutes les conventions ont leur viſée, & que juſqu'à ce, le tout demeure en ſuſpends. Il eſt bien vrai que ſi le mariage vient à s'accomplir, la force des conventions recule en arriere juſqu'au jour du contrat ; mais cela ſe doit entendre s'il n'arrive point d'obſtacle entre deux. C'eſt pourquoi le pere venant à mourir avant l'accompliſſement du mariage, comme la renonciation, dont l'effet étoit ſuſpendu, ne peut pas empêcher que le droit de la ſucceſſion n'ait été acquiſe à la fille, auſſi la ſucceſſion une fois déferée, & le droit d'icelle accquis, c'eſt à tard que le mariage s'accomplit. Quant à la renonciation, c'eſt parce qu'elle ne peut plus avoir un effet rétroactif, le décès du pere l'empêche, les choſes ne ſont plus au même état, & l'incertitude qui eſt le principal fondement des renonciations, ceſſe.

Mais on demande s'il faut prendre la même réſolution de la fille qui entre dans une religion, & 4
renonce à tous droits, moyennant la conſtitution que lui fait le pere, ne faiſant la profeſſion qu'après le décès du pere. Cette queſtion s'eſt préſentée au procès de la ſucceſſion du ſieur de la Corrée : deux filles que le pere avoit fait renoncer en les mettant dans une religion, n'avoient pas fait profeſſion de ſon vivant, mais ſeulement quelques années après ſon décès : on ſoutenoit qu'elles n'étoient pas excluſes de ſa ſucceſſion, & par conſéquent que par leur profeſſion ou mort civile, leur part étoit échue à tous les autres enfans, ou bien à

BIU Cujas

ceux en faveur desquels elles avoient disposé en faisant la profession.

5 On disoit, d'une part, qu'en toutes choses il faut toujours considérer la cause & l'origine du contrat, & que c'est par le commencement qu'il faut se régler suivant l'avis du Jurisconsulte, *in l. si procuratorem ff. mandati.* C'est pour ce sujet que la ratification du mineur fait majeur prend sa force de la premiere aliénation, & que le lod est dû plûtôt au premier fermier qu'au dernier. C'est pour cette cause qu'on ne considere pas quand le tems du rachat est expiré, mais bien quand le contrat a été passé. Bref c'est par cette raison que la femme tire son hypothéque du jour du contrat de mariage, & non pas de l'accomplissement d'icelui. Le grand Papinien proposant ce doute en la loi premiere *ff. qui potiores in pignore*, ne veut pas qu'on s'arrête au tems que la dot a été payée, mais plûtôt que le jour du contrat serve de regle, *ne minus dotata mulier videatur.* Et si la loi 24, *ff. quæ res pignori*, semble contraire, en ce qu'elle restraint la force de l'obligation au tems de la numération des deniers, on peut dire avec quelques modernes, qu'elle n'est pas en usage, notamment *quando non est in potestate debitoris pecuniam non accipere*, quand le payement qu'on lui fait n'est pas volontaire; mais que c'est une suite nécessaire, comme remarque fort bien *Matthæus de Afflictis, decis.* 420: D'où il tire cette conséquence, que l'hypothéque de la dot devance le payement actuel d'icelle. Il faut bien demeurer d'accord, que le premier contrat est conditionel, que c'est de l'accomplissement du mariage qu'il tire sa substance; qu'une fille qui se rend religieuse, ne renonce aux droits du pere, que sous la condition de la profession: mais c'est une regle générale que le contrat est conditionnel; & la condition venant après l'effet du contrat, le tire en arriere: comme la condition qui n'a pas encore son existence, n'est qu'une suspension de la pureté de l'acte, aussi son événement fait que le même acte est censé pur & simple au point même de sa naissance: *l. qui balneum l. pntior § videamus ff. qui potiores in pignore:* C'est de là que nos interprêtes tirent cette maxime, *puri & purificati idem esse judicium.*

D'ailleurs on disoit qu'il y avoit plus d'apparence de faire valoir la renonciation d'une fille qui entre dans une religion, du jour du contrat de sa réception, que non pas celle d'une fille qui se marie. Celle-ci ne demeure pas long-tems à célebrer & consommer le mariage: c'est une affaire qui presse, & pour l'ordinaire la consommation suit les fiançailles de près; au lieu qu'il faut qu'une religieuse demeure novice deux ans, & quelquefois plus, avant qu'elle fasse ptofession; de sorte que l'inconvénient seroit bien plus grand, si la renonciation demeuroit suspendue un si long-tems, & que pendant cette suspension le pere ne pût pas s'assurer de la rénonciation de sa fille, ni régler la disposition de ses biens.

Aucontraire, on disoit, que comme la force
6 du contrat de mariage procéde de son accomplissement, comme il y a une condition qui suspend l'effet d'un acte qui n'est que conditionel, aussi se doit-il régler, *non ex die stipulationis factæ, sed ex die nuptiarum*, comme dit le jurisconsulte *in l. tali facta ff. de jure dotium.* Et c'est pourquoi puisque c'est la consommation du mariage, plûtôt que le traité, qui fait valoir la renonciation, il s'ensuit aussi que ce n'est pas l'entrée en la religion, mais la profession qui donne force à la renonciation d'une fille religieuse. Si cette renonciation peut être valable, si la disposition du ch. *quamvis in 6*, si l'usage & les arrêts s'y peuvent étendre, c'est parce que l'entrée en la religion est une espece de mariage, & que l'argument est valable du mariage charnel au spirituel: il faut donc les astraindre aux mêmes regles, & requérir en l'un la profession, comme en l'autre la consommation. Et n'importe pas que l'hypothéque de la dot soit tirée du jour du contrat de mariage; car c'est un passe-droit, c'est une faveur particuliere, *ne minus dotata mulier videatur*, comme parle le jurisconsulte; c'est pour obvier aux fraudes qu'on pourroit commettre entre le contrat de mariage & la bénédiction nuptiale: comme en effet, Mornac sur ladite loi premiere *ff. qui potiores in pignore*, en rapporte un exemple & un arrêt assez remarquable. Mais cette prérogative cessant, & la rénonciation étant plûtôt odieuse que favorable, on ne peut pas la faire marcher en arriere, si le décès du pere y fait obstacle; & tout ainsi que nous disons, qu'en droit aussi-bien qu'en la nature, *medium inhabile impedit conjunctionem extremorum*: aussi faut-il conclure, que le droit acquis à la fille par le prédécès du pere, ne souffre pas que la renonciation & la profession se pûissent joindre: bref, qu'une succession soit encore présumée future & incertaine, en un tems auquel elle se trouve échue & certaine.

Le procès, auquel la présente question étoit enveloppée avec plusieurs autres, ayant été terminé par accord, nous ne pouvons pas en donner autre arrêt que celui cotté par ledit sieur Robert en ses doctes plaidoyers, & que nous estimons suffisans pour l'un & pour l'autre point, y ayant identité de raison, & l'obstacle du prédécès du pere étant aussi considérable pour empêcher que la profession se tire en arriere, comme il empêche que la consommation du mariage se joigne au jour du contrat.

Depuis, nous avons trouvé que monsieur d'Olive au livre 3 de ses questions notables du droit, chap. 30, a traité amplement & doctement, à son accoutumé, notre question; il la résout pour la négative; & tient que la donation ne subsiste pas, le mariage n'étant pas exécuté. Mais il tient que la donation peut subsister comme donation à cause de mort, que le pere ne la révoquant pas, & mourant en cette volonté, la mort & le sileuce la confirme. Son opinion a été suivie en notre siége, & il a été jugé que le mariage ayant été dissous par l'impuissance du mari, la renonciation faite par la fille n'étoit pas valable, étant depuis icelle décédée le pere vivant. 7

OBSERVATIONS.

Différens cas, où la renonciation des filles n'est pas valable.

DAns cette question, l'auteur en propose quatre.

La premiere, si la renonciation faite par une fille par son contrat de mariage doit avoir son effet, quoique le mariage ne s'accompliſſe pas. Il décide que la renonciation ne doit point être exécutée.

BIU Cujas

La ſeconde, ſi le pere qui a ſtipulé la renonciation, meurt avant l'accompliſſement du mariage, cette renonciation n'aura point d'effet, M. Anne Robert, *de author. rer. jud.* liv. 3, ch. 4, eſt de même avis, & traite la queſtion fort doctement. M. Julien Brodeau, ſur M. Louet, let. R, ch. 17, nomb. 11, rapporte pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé. M. Denis le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8, ſect. 1, n. 33 & ſuivans, traite amplement & doctement toutes ces queſtions.

M. Guillaume Gueret, dans le journal du palais, traite auſſi cette queſtion avec beaucoup d'érudition & de netteté.

La troiſiéme, ſi le mariage eſt diſſous par l'impuiſſance du mari, la renonciation ne ſera pas valable, parce qu'elle a été faite en vue du mariage qui eſt préſumé n'avoir point été fait.

La quatriéme, l'auteur décide la même choſe à l'égard de la profeſſion religieuſe que du mariage; ſi la fille qui a renoncé dans la vue de ſe faire religieuſe, n'exécute pas ſon vœu, ou que ſon pere décede avant la profeſſion, la renonciation ne ſera pas valable.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA dot préſente étant le prix de la renonciation, il faut qu'elle ſoit payée comptant, ou du moins dans un bref délai; car ſi elle eſt ſtipulée payable après le décès du pere ou de la mere, la renonciation n'ayant pas un prix certain, n'eſt pas valable, ſuivant le témoignage de M. Brodeau, au même endroit, nomb. 12, & de M. le Brun auſſi au même endroit, nomb. 33. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 19 janvier 1639, rapporté dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 3, ch. 57.

Si la dot a été promiſe comptant, ou dans un bref délai, & que cela n'ait pas été exécuté, la fille qui a renoncé, eſt recevable à demander partage. Cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu le 22 février 1591, remarqué par Brodeau, ſur Louet, let. R, ch. 18, nomb. 2, & par le Brun, à l'endroit ci-deſſus, nomb. 34.

SI LA RENONCIATION COMPREND L'AUGMENT.

QUESTION SOIXANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La renonciation ne comprend pas l'augment ſans une clauſe expreſſe.*
2. *Arrêt qui a jugé que la fille peut demander ſa part dans l'augment, nonobſtant ſa renonciation.*
3. *Les avantages que le pere ou la mere perd en ſe remariant, n'eſt point compris dans la renonciation de la fille.*
4. *Diſtinction de Faber, réfutée par l'auteur.*
5. *Sentence de Montbriſon, qui appointe ſur cette queſtion.*
6. *Variation de l'auteur ſur cette queſtion.*
7. *Les arrêts des parlemens de Toulouſe & de Grenoble jugent que la renonciation, quelque générale qu'elle puiſſe être, ne comprend pas l'augment.*
8. *Sentiment de l'auteur des obſervations, qu'il faut diſtinguer, ſi la renonciation eſt faite pendant la vie du pere, ou après ſa mort.*
9. *Tous les auteurs conviennent, que la renonciation de la fille ne comprend point les avantages que le pere ou la mere perdent en ſe remariant.*

QUESTION LXIII.

Si la renonciation des filles ſe peut étendre à l'augment que la mere a gagné, & aux avantages qu'elle a perdus par ſon convol en ſecondes nôces.

CETTE queſtion en renferme deux, & nous les avons voulu joindre, parce qu'elles ont du rapport, & qu'elles ſe décident par un même raiſonnement.

Pour le premier point, quand on marie les filles, & qu'on les fait renoncer à tous droits paternels & maternels, on ne ſonge pas d'y comprendre l'augment que la mere peut gagner en ſurvivant le mari. C'eſt ce qui a fait douter autrefois s'il y pouvoit être cenſé compris, ou ſi nonobſtant la renonciation, la fille pouvoit demander ſa part de l'augment, la mere étant dé-

BIU Cujas

cedée. Nous ne voulons pas nous étendre à raiſonner ſur ce point, & rapporter ce qu'on peut dire de part & d'autre. Il ſuffit que nous aſſurions que tant en ce préſidial, qu'en celui de Lyon, il paſſe à préſent pour regle aſſurée, que pour renoncer à l'augment, il faut une clauſe expreſſe : qu'encore que l'augment vienne des biens du pere, & paſſe par les mains de la mere, il n'eſt pourtant à proprement parler, ni paternel ni maternel ; que c'eſt, *tertium genus bonorum*, que la loi donne aux enfans, & qui leur eſt acquis, *principali providentia.*

Que ce droit ne pouvant appartenir aux enfans, qu'en cas qu'ils viennent à ſurvivre la mere, & l'évenement en étant douteux, il ſe peut faire que la fille ne ſonge point à cela ; & par conſéquent il n'eſt pas raiſonnable qu'on étende ſa renonciation à ce qu'on ne lui a pas déclaré : *Nemo enim videtur conſentire in id quod ignorat l. 2, ff. de judiciis l. qui cum tutorib. l. non eſt ferendus ff. de tranſact :* Que c'eſt pour ce ſujet qu'on a douté que la renonciation générale ſe pût étendre au ſupplément de la légitime, ainſi qu'on peut apprendre de Monſieur Expilly au ch. 14 de ſes arrêts. Quoiqu'il en ſoit, par l'arrêt qu'obtint le ſieur Chappuy, conſeiller en ce Siége, contre le ſieur de Vinols prévôt de Forêts, & dont nous eſpérons parler ci-après au traité de la réverſion, il fut jugé que nonobſtant la renonciation, la fille qui avoit renoncé pouvoit demander ſa part de l'augment.

Quant à l'autre queſtion, qui regarde les avantages que la mere perd en ſe remariant, maître Julien Brodeau en ſes dernieres notes ſur monſieur Louet en la lettre N. article 3, l'a touchée. Il n'en donne point d'arrêt, mais après avoir rapporté les raiſons de part & d'autre, il témoigne aſſez qu'il panche pour l'affirmative. Que c'eſt la plus commune opinion, que cet avantage que le pere ou la mere perd en ſe remariant, n'eſt point compris en la renonciation de la fille. Il cite à cet effet Guy Pape, *Ferrerius* en la déciſion 228, Monſieur Maynard l. 4, ch. 2 de ſes queſtions notables. *Decius conſ.* 206 & *Stephan. Bertrand. ad l. hac edictali C. de ſecund. nuptiis*, où il eſt dit en termes exprès, que *filia excluſa à ſucceſſione patris, renunciatione, aut per ſtatutum, non excluditur à jure quod acquiritur in pœnam tranſeuntis ad ſecunda vota.* Outre les auteurs côtés par ledit ſieur Brodeau, nous pouvons ajouter le docte préſident de Chambery, lequel en ſa décad 14, ch. 3, *de erroribus pragmatic.* eſt de même ſentiment, & condamne d'erreur l'opinion contraire.

Il eſt vrai que le même auteur en ſon code, *lib.* 3, *tit.* 5, *definit.* 15, traitant la même queſtion, y ſemble apporter quelque modération. Après avoir diſtingué ſi la fille a renoncé avant le convol de la mere, ou ſi c'eſt après, il diſtingue enfin les termes de la renonciation, & il dit qu'il y a différence de renoncer aux biens parernels ou maternels ſimplement, ou de renoncer à tous droits qu'on pourroit avoir ſur les biens du pere & de la mere. D'autant (dit-il) qu'encore que cet avantage qui revient aux enfans, ne ſoit paternel ni maternel, mais plûtôt un bien que la loi défere, & qui leur eſt acquis par ſa puiſſance & ſon application, c'eſt pourtant un droit à prendre ſur les biens paternels ou maternels. Mais ſans bleſſer le reſpect qu'on doit à ce grand perſonnage, cette diſtinction eſt plus ſubtile qu'elle n'eſt ſolide ; & c'eſt, comme dit la loi, *verbis non rebus dumtaxat legem imponere.* Quoique le mot de droit ſoit plus étendu que celui de biens ; quoique ſa ſignification ſoit plus ample, c'eſt pourtant la même choſe de renoncer à tous droits que de renoncer à tous biens. En l'un & en l'autre cas la fille ne porte pas plus loin ſa penſée ; & il eſt vrai de dire qu'en tous les deux elle ne ſonge point à ce que la mere a perdu, ou qu'elle peut perdre par un ſecond mariage. En effet, ſi la mere n'eſt pas encore remariée, pourquoi veut-on que la fille prévoye ſon incontinence, & qu'elle préſume mal d'elle ? Pourquoi veut-on qu'elle faſſe réflexion ſur cette injure, & ſi elle l'a reçue, qu'elle réſerve le droit qu'elle en peut tirer, & par conſéquent reproche à ſa mere qu'elle n'a pas été aſſez continente ? Auſſi le même préſident ne ſe tient pas ferme ſur la diſtinction, & avoue qu'elle ne peut avoir lieu, ſi la renonciation eſt telle qu'elle ne puiſſe ſouffrir cette extention & interprétation : comme quand ce que la fille a eu, & moyennant quoi elle a renoncé, eſt aſſez modique, & qu'il n'équipole qu'à la légitime. Mais il vaut mieux, ſans chercher tant de détours, d'exceptions & de limitations, tenir pour regle certaine, qu'en quelques termes que la renonciation ſe trouve faite, elle ne peut comprendre ce que la mere a perdu en ſe remariant, qu'en tant que cela ſoit dit & exprimé. En un mot, que comme ce droit eſt extraordinaire, & vient par une cauſe ſéparée & particuliere, il a beſoin d'une clauſe ſpéciale.

La queſtion que nous traitons s'étant donc préſentée en notre ſiége, entre M. Jaquelin de Feurs & ſa ſœur, la cauſe fut plaidée avec aſſez d'appareil ; & M. Jean Relogne notre neveu & confrere étant en charge, après avoir doctement & éloquemment recueilli les raiſons de part & d'autre, prit ſes concluſions en faveur de la ſœur, & contre la renonciation. La cauſe ne fut pourtant pas vuidée en l'audience, & meſſieurs l'appointerent en droit, à cauſe du mérite & de l'importance. Car il ne s'agiſſoit pas d'un ſimple avantage, mais bien du fonds de l'hoirie. Le pere avoit été inſtitué héritier par la mere, & mariant ſa fille, l'avoit fait renoncer à tous droits de pere & mere. S'étant remarié, il avoit perdu l'avantage d'une deſtitution générale ; deſorte que la renonciation ne pouvant pas s'étendre à cela, l'hoirie étoit diviſible entre le frere & la ſœur, non à titre ſucceſſif, mais plûtôt à titre de peine, & par forme d'un fidéicommis légal, auquel le pere étoit obligé pour s'être remarié. On allegue à ce propos la loi *qui Romæ* 122 § *ultimo ff. de verbor. obligat.* ſur laquelle on peut voir le docte Cujas.

OBSERVATIONS.

Si la renonciation aux droits paternels & maternels, comprend le droit que l'enfant qui renonce a dans l'augment.

L'Auteur propoſe ici deux queſtions..

La premiere, ſi la renonciation faite par une fille à tous droits paternels & maternels, comprend ſa part dans l'augment. Il dit qu'au préſidial de Lyon, auſſi-bien

BIU Cujas

que dans son siégé c'est une maxime certaine, que pour renoncer à l'augment, il faut une clause expresse; cependant dans ce tome second, liv. 4, quest. 119, & dans son plaidoyer 18, il établit que quand la renonciation est générale de tous les droits & prétentions que la fille peut avoir sur les biens de ses pere & mere, en ce cas elle comprend l'augment, quoiqu'il n'en soit pas fait mention. Faber, *cod. de sec. nupt. def.* 15, & l'auteur des maximes, pag. 353, sont de même avis.

M. Cambolas, liv. 6, ch. 17; M. Basset, tom. 1, liv. 4, tit. 6, ch. 8; M. Chorier, 7
sur Guy-Pape, page 203, disent que la renonciation, quelque générale qu'elle puisse être, ne comprend point l'augment, sans une clause expresse.

Je crois qu'il faut distinguer, si la renonciation est faite pendant la vie du pere: dans ce cas la renonciation ne doit pas comprendre l'augment, parce qu'il ne peut appartenir aux enfans, qu'après le décès du pere; & par conséquent il est à présumer que la fille qui a renoncé n'a pas prévu ce cas. Mais quand la renonciation est faite après le décès du pere, comme le droit étoit pour lors acquis à la fille, elle n'a pu renoncer à tous ses droits sans y comprendre sa part dans l'augment. C'est le sentiment de Faber, à l'endroit ci-dessus.

Si une semblable renonciation comprend ce que les peres & meres perdent par leur convol.

La seconde question traitée par l'auteur consiste à savoir si une semblable renonciation comprend les avantages que les peres & meres perdent par leur convol en secondes nôces. L'auteur est d'avis que la renonciation, quelque générale qu'elle puisse être, ne comprend pas ces sortes d'avantages. C'est l'opinion commune de tous les auteurs. Il faut joindre à ceux qui sont cités par l'auteur, Papon dans ses arrêts, liv. 16, tit. 4, art. 9, 8
& dans ses notaires, tom. 1, liv. 4, pag. 302. Fernand, *de filiis natis ex matr. ad morg.* ch. 3, nomb. 10. Brodeau sur Louet, lett. N, ch. 3, nomb. 19. Despeisses, tom. 2, pag. 400, nomb. 75, & Faber dans l'endroit ci-dessus.

Cependant l'auteur des questions notables & maximes du droit, pag. 373 & 374, prétend qu'il faut distinguer, si la renonciation est faite après le second mariage du survivant, d'autant qu'en ce cas il s'agit d'un droit déja acquis au renonçant, qu'il ne pouvoit pas ignorer: mais cette distinction est rejettée par Faber au même endroit, & par Ferriere, sur Guy-Pape, quest. 228.

NOUVELLE OBSERVATION.

FAchin, liv. 3, ch. 78, traite la question par rapport aux statuts qui excluent les filles mariées des successions de leur pere & mere, savoir si elles peuvent prendre part dans les choses qu'ils ont perdu par leur convol en secondes nôces; il soutient l'affirmative: 9
parce que ce retranchement appartient aux enfans du premier lit, quoiqu'ils ne soient point héritiers de leur pere ou mere, pour les consoler de l'injure qu'ils leur ont fait par leur second mariage.

Stephanus Bertrandi, dans le commentaire qu'il a fait sur la loi *hâc edictali, vers. si verò plus*, n. 22, établit la même doctrine, & cite plusieurs docteurs pour ce parti.

Chopin sur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit. 3, n. 8, dit que la renonciation de la fille ne s'étend pas aux avantages que le pere a perdu par son convol. *Enimvero paternæ hæreditatis renunciatio non trahitur ad res quæ in virum liberalitate profectæ amittantur hujus secundo conjugio;* & dans sa note marginale, il est dit que cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu en la grand'chambre, au rapport de M. Boutin.

M. Expilly dans ses arrêts, ch. 14, établit que la renonciation générale à tous droits présens & à venir, exclut la fille du supplément de légitime. Il cite un arrêt du parlement de Grenoble, du 22 décembre 1543 qui l'a ainsi jugé. Il dit qu'il en est de même de l'augment.

BIU Cujas

DE L'INTÉRÊT DES LEGS.

QUESTION SOIXANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si le legs fait par le pere à ſa fille qui a renoncé, porte intérêt de droit.*
2. *Raiſons pour la négative.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Avis de l'auteur pour l'affirmative.*
5. *Avis de l'auteur, que cela ne doit pas être tiré à conſéquence pour l'hypothéque.*
6. *Le plus grand nombre des auteurs tient pour l'affirmative.*
7. *Il y en a pluſieurs pour la négative.*
8. *Diſſertation ſur la queſtion, ſi les intérêts & les fruits de legs ſont dûs de droit.*

QUESTION LXIV.

Si la fille qui a renoncé, peut avoir les intérêts du legs que lui fait le pere, du tems précédent à ſa demande & interpellation judiciaire.

DANS l'examen des deux queſtions précedentes, nous avons préſuppoſé que le legs que le pere ou la mere fait à une fille qui a renoncé à leur ſucceſſion, n'a pas plus grande étendue que celle de l'avantage qu'il porte; qu'il n'efface pas entierement la renonciation; & ſi c'eſt un rappel, qu'il n'eſt pas indéfini, mais limité à ce que le pere ou la mere leguent. Mais voici encore une autre
1 difficulté, ſçavoir ſi le legs porte revenu & profit de ſoi-même, & ſi le pere ou la mere ayant ordonné qu'il ſeroit payable un an après leur mort, la fille qui ne l'a pas demandée, & eſt demeurée dans le ſilence quelques années, en peut avoir l'intérêt, nonobſtant le défaut d'interpellation.

2 Pour l'héritier, on peut dire que ce legs eſt purement volontaire, que ce n'eſt pas par obligation que le pere ou la mere donnent; par conſéquent, qu'étant gratuit, & à titre lucratif, plûtôt qu'à titre onéreux, la fille qui reçoit cet avantage, n'en peut demander les intérêts que du jour de la demande: qu'en effet c'eſt une grace qu'on lui a faite, c'eſt une faveur qu'elle a reçue, elle étoit excluſe par renonciation, elle ne pouvoit prétendre ni légitime, ni fupplément. Ainſi, ce qu'on lui a légué, n'étant pas de même nature, il n'eſt pas raiſonnable qu'il mérite la même prérogative; il faut au contraire qu'il tombe dans l'ordre commun des legats, dont il eſt certain que l'intérêt n'eſt dû, que du jour de la demande, & de la demeure en laquelle elle conſtitue l'héritier, *l. ſi quis ſervo, l. Titia Seio, § uſuras, ff. de legat. 2, l. 3, ff. de uſuris, l. ultima, Cod. de uſuris & fructib. legat.* Ainſi ſi l'intérêt eſt dû du legs qui eſt fait pour cauſe de légitime, c'eſt parce que la légitime eſt une dette néceſſaire, que le pere ne fait que payer ce qu'il devoit, qu'il ne donne que ce que la loi, ou plûtôt la nature défere aux enfans: qu'en un mot, *nihil dat, ſed datum ſignificat.* D'où s'enſuit, qu'où cette faveur & néceſſité ne ſe rencontrent point, ou cette obligation ceſſe, celle des intérêts ceſſe pareillement, ſi la demande ne la fait naître.

3 D'autre part, & en faveur de la fille, on peut dire, qu'encore que le legs que le pere fait à la fille qui a renoncé, ne ſoit pas un rappel formel, & que par icelui le pere n'entende pas lever entierement l'obſtacle de la renonciation, mais ſimplement à proportion de ce qu'il legue; néanmoins c'eſt toujours un rappel, non du tout, mais de partie: & c'eſt pourquoi l'effet de la renonciation levé pour cette partie, la fille ne peut être cenſée rappellée, que ce qu'elle prend ne lui vienne par droit de légitime, & pour ſupplément d'icelle. Il eſt vrai que la fille eſt excluſe, & qu'elle ne peut rien plus demander: mais on ne peut pas dire qu'elle ſoit hors d'eſpoir de rien plus prétendre: elle n'eſt excluſe, qu'en tant que la renonciation ſubſiſte, & que le pere s'y veut tenir; & c'eſt pourquoi elle ne peut rien demander, s'il perſévere en la même volonté: mais comme il dépend de lui de s'arrêter à la renonciation, ou de rappeller ſa fille; auſſi c'eſt par ce changement qu'elle peut prétendre d'être rappellé, ou pour le tout, ou du moins pour quelque portion. Et ne ſert de dire, que ce que le pere donne en ce cas, il le donne volontairement; que c'eſt une libéralité, & une choſe gratuite: car il eſt bien vrai qu'il dépend de lui de ſe tenir, ou non, à la renonciation, de laiſſer ſa fille excluſe par elle, ou bien de la rappeller; & c'eſt en cette façon que l'avantage peut être cenſé grace & faveur; mais ſuppoſé que le pere reconnoiſſant que ſa fille n'a pas été ſuffiſamment légitimée, la veut rappeller pour quelque partie, il faut avouer que ce qu'il donne enſuite eſt un don en quelque façon néceſſaire. Le premier mouvement qui porte le pere au rappel, eſt un bien volontaire; mais l'effet qui ſuit l'avantage que ce rappel cauſe, a quelque néceſſité, & doit être cenſé néceſſaire, puiſque c'eſt d'une cauſe & d'une obligation néceſſaire quil procede.

De fait, le pere ne donne à ſa fille, que comme à ſa fille, c'eſt un devoir de nature qui l'oblige à faire cela: *In tam enim neceſſariis, conjunctiſque perſonis ſub liberalitatis appellatione debitum naturale perſolvitur*, comme diſent fort à propos les empereurs, *in l. unica, C. de imponenda lucrat. de ſcript.* ce qui doit ſervir pour la déciſion de la queſtion. Car puiſque la loi ne veut pas que ce qu'un pere donne à ſa fille paſſe pour une pure liberalité, mais plûtôt pour quelque néceſſité, il s'enſuit que le legs de queſtion ne ſe peut référer qu'au ſupplément de la légitime, & qu'il n'eſt pas tant volontaire, qu'ayant égard à ſa premiere cauſe, il ne doive être cenſé néceſſaire: *quod enim neceſſaria perſona neceſſariæ per-*

BIU Cujas

sonæ præstat, necessitate præstare videtur, comme raisonne le docte Godefroy sur la loi préalleguée.

Et pareillement le pere qui a doté sa fille, venant à lui donner quelque chose de plus, c'est du moins une augmentation de dot, qui emporte la même faveur, suivant le texte singulier de la loi, *inter socerum*, § *cum inter*, *ff. de pactis dotalib.* où le jurisconsulte dit que le retour stipulé pour la dot, a lieu pour ce que le pere donne en après à sa fille, *nec separatur portio dotis additamento, causâ data*, porte le texte : & c'est par la même raison, que l'emploi stipulé par le contrat de mariage des deniers dotaux, en héritages qui doivent sortir nature de propres, se doit étendre à ce que le pere ou la mere donne après à la fille par forme de supplément de dot, ainsi que remarque Brodeau sur
4 monsieur Loüet en la lett. D, n. 39. C'est ce qui nous oblige de pencher de ce côté, & de croire que comme le legs tient lieu de supplément, aussi l'intérêt en est dû, non pas depuis le décès ; mais depuis le terme échû, à cause que le terme, aussibien que la somme limite le rappel, & que c'est une condition & restriction du même supplément. Aussi la question s'étant présentée en notre siége présidial, il a été jugé de la sorte par jugement rendu au profit du sieur conseiller de la Mure, contre demoiselle Isabeau Celarier.

Il ne faudroit pas pourtant tirer cela à consé- 5
quence pour l'hypotéque du legs, ou du supplément, ni croire que parce que cela porte intérêts, *tanquam additamentum dotis*, il puisse ayoir la même hypotéque que la dot. Il y a de la difference ; car s'il n'est pas portion de la dot, il est censé portion de la légitime, & il porte toujours intérêts. Outre qu'on ne peut faire marcher en arriere une hypotéque au préjudice d'un tiers, & du droit qui lui est acquis, il fait obstacle étant entre deux, & il empêche que la dot & le supplément ne se joignent.

OBSERVATIONS.

Si les intérêts du legs fait par un pere à sa fille qui a renoncé, sont dûs de droit, & sans demande faite en justice.

DAns cette question, l'auteur décide que le legs fait par un pere à une fille qui a 6
renoncé par son contrat de mariage, produit des intérêts de plein droit, du jour du décès du pere, ou du jour du terme apposé au legs, sans qu'il soit besoin d'aucune demande en justice. Barry, *de succeff.* part. 2, liv. 16, tit. 12, est de même avis. M. Chorier, dans sa jurisprudence de Guy-Pape 198, dans ses notes cite un arrêt du parlement de Grenoble, rendu le 19 janvier 1668, par lequel il dit qu'il a été jugé que les intérêts du supplément de légitime sont adjugés dès le décès du pere, même contre les tiers-possesseurs. J'ai de la peine à ajouter foi au témoignage de cet auteur, par rapport au tier-possesseur.

Il y a plusieurs auteurs qui soutiennent que les intérêts du supplément de légitime, 7
ne sont pas dûs de plein droit ; parce que *debetur & petitur titulo singulari.* Chassanée, sur la coutume de Bourgogne, au titre des successions, rubrique 7, § 2, sur le mot *defuncti.* Boerius, décis. 3, nomb. 16. Cambolas, liv. 2, ch. 32. Le Brun, liv. 2, ch. 3, sect. 11, nomb. 7.

A la fin de cette question, l'auteur dit qu'il ne faut pas tirer cela à conséquence pour l'hypothéque ; parce que le supplément de dot n'a pas la même hypothéque que la dot même. Il a traité cette derniere question *ex professo*, sur la question 33 ci dessus, où j'ai fait plusieurs observations, que le lecteur aura la bonté de voir s'il lui plaît.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

La briéveté de ma premiere observation a donné lieu à quelques personnes de rétor- 8
quer contre moi ce que j'ai dit après M. Cujas de certains auteurs, qui évitent de traiter les questions difficiles, *in re difficili nulli.* Ces personnes ont dit que j'aurois dû en cet endroit traiter la question générale des intérêts & des fruits des choses léguées. J'avoue de bonne-foi que d'abord j'avois cru que la question étoit assez triviale & assez facile pour n'avoir pas besoin d'un traité particulier ; mais depuis ayant voulu l'étudier & l'approfondir, j'ai bien trouvé à déchanter : car de toutes les questions que j'ai traité à fond, je n'en ai point rencontré de si difficile, de si embarassée, ensorte que je me suis repenti plusieurs fois de mon entrepriſe.

Voici ce que j'ai pu faire de mieux pour concilier les loix qui paroissent contraires, & pour accorder les docteurs qui sont fort partagés. Il faut diviser la matiere en huit propositions.

La premiere, concerne les intérêts des legs de sommes de deniers.
La deuxiéme regarde les intérêts des legs de meubles meublans.
La troisiéme, les intérêts des legs de vins & autres denrées.
La quatriéme, les intérêts des legs de bestiaux.
La cinquiéme, les intérêts des billets, promesses & obligations.

BIU Cujas

La ſixiéme, concerne les fruits des héritages légués.
La ſeptiéme, regarde les fruits civils.
Dans la derniere, j'examinerai la queſtion par rapport aux pays de coutume.

PREMIERE PROPOSITION.

Des intérêts du legs d'une ſomme de deniers.

IL faut commencer par les intérêts des ſommes léguées, comme étant la queſtion la plus fréquente & la plus facile.

Par le droit du digeſte, les intérêts des ſommes de deniers légués ſont dûs du jour que l'héritier eſt en demeure de payer, l. 84 & 87, § 1, *de leg.* 2.

Par le droit du code, les intérêts ne ſont dûs que du jour de la conteſtation, l. 1, *cod. de uſur. & fruct. leg. ex eo tempore, quo lis conteſtata eſt.* Cependant Accurſe, Azon, Cujas & Faber ſur ce titre, ſoutiennent que les intérêts ſont dûs du jour que l'héritier a été en demeure, même avant la conteſtation en cauſe.

En France, les intérêts ſont dûs du jour que l'héritier eſt en demeure, mais il n'eſt cenſé être en demeure que du jour de la demande faite en jugement, ſuivant la diſpoſition de l'article 60 de l'ordonnance d'Orléans, conçu en ces termes: *contre les condamnés à payer certaine ſomme de deniers par cédule ou obligation, ſeront adjugés les dommages & intérêts requis pour le retranchement du payement, à compter du jour de l'ajournement.* Suivant ces termes, deux choſes ſont néceſſaires pour produire des intérêts, 1°. qu'ils ſoient requis, c'eſt-à-dire demandés: 2°. du jour de l'ajournement, c'eſt-à-dire de la demande judiciaire.

Cette propoſition ne ſouffre point de difficulté, mais il faut examiner les exceptions qu'elle peut recevoir.

1°. En faveur des mineurs, les intérêts des legs qui leur ſont faits ſont dûs de plein droit, *l. Titia*, 87, § *de leg.* 2, *& l.* 3, *cod. in quibus cauſis in integ. reſtitut. neceſſ. non eſt.*

Mais ce privilége ceſſe en deux cas: le premier, lorſque le mineur eſt devenu majeur; il eſt obligé alors de faire la demande des intérêts, *d. l. titia*, ainſi que cela a été jugé pluſieurs fois au ſénat de Chamberi, ſuivant le témoignage de Faber, dans ſon code ſur ce titre *def.* 12 & 14, 2: le ſecond, lorſque l'héritier eſt auſſi mineur le privilége ceſſe, ſuivant la régle, *privilegiatus non utitur privilegio adversùs pariter privilegiatum in eadem cauſa.* Peregrinus, *de fideic.* art. 4, n. 87, Barry, *de ſucceſſ.* liv. 9, tit. 22, n. 4.

2°. En faveur des legs pieux, les intérêts ſont dûs de plein droit, l. 46, § 4, *de cap. & cler. & novella*, 131, ch. 12. Tiraqueau, *de privileg. piæ cauſæ, privileg.* 141. Cujas, ſur cette novelle, & *de præſcript.* ch. 18; Faber, ſur ce titre *def.* 5, & dans ſes conjectures, liv. 7, ch. 3, Barry, *eodem.* Ces deux derniers auteurs mettent les legs pour cauſe de dot faits à de pauvres filles, au nombre des legs pieux, & décident que les intérêts en ſont dûs de droit.

M. Ricard dans ſon traité des donations, partie 2, ch. 2, n. 110, dit qu'en France les mineurs & l'égliſe ne jouiſſent point de ces priviléges. Automne, ſur la loi *ſi ex legati* 23, *de obligat. act.* & ſur la loi 1, du code, *de uſur. & fruct. leg.* fait mention d'un arrêt du parlement de Bordeaux, du 19 juin 1595, qui a jugé que les intérêts d'un legs fait à un hôpital, n'étoient dûs que du jour de la demande; mais il remarque que le contraire ſe juge au parlement de Toulouſe, & cite deux arrêts qui l'ont ainſi jugé.

Deſpeiſſes, tom. 2, pag. 213, col. 2, ſur la fin, dit que par un arrêt rendu en la chambre de l'édit de Caſtres en 1650, il fut jugé en faveur du ſyndic des pauvres de la religion prétendue réformée de Montpellier, que les intérêts étoient dûs du jour du terme du payement ſans aucune demande.

M. Catelan, tom. 1, liv. 1, ch. 8, dit que par un arrêt du 17 novembre 1670, rendu à ſon rapport, il a été jugé que les intérêts n'étoient dûs que du jour de la demande; mais il fait connoître que la choſe fut jugée contre ſon avis. Il ajoûte, que lorſqu'il y a un ſervice attaché au legs, les intérêts ſont dûs ſans demande; il cite deux arrêts qui l'ont ainſi jugé: le premier du 6 février 1681, rendu à ſon rapport: le ſecond, du 7 août 1698, rendu au rapport de M. de Prohenques.

M. Graverol, dans ſes notes ſur M. de la Rocheflavin, liv. 6, tit. 61, arr. 14, dit que les intérêts des legs ne courent pas ſans demande, ſi ce n'eſt qu'ils tiennent lieu de légitime, ou quand ils ſont faits aux mineurs, & en faveur de la cauſe pie.

3°. Si le teſtateur a ordonné, qu'en attendant le payement du principal, l'héritier payera les intérêts, liv. 3, § 6, *de ann. leg.*

Les

BIU Cujas

Les docteurs ultramontains, cités par Peregrinus *de fideic.* art. 11, n. 78, & par Fachin, *controverſ. l.* 6, ch. 72, diſtinguent, ſi le principal eſt exigible ou non : dans le premier cas, ils prétendent que c'eſt une uſure que le teſtateur ne peut pas autoriſer.

Du Moulin, dans ſon traité *des uſures, queſt.* 73, réfute fortement cette diſtinction : il prouve que l'uſure ne ſe commet que dans le prêt, & qu'elle ne peut ſe rencontrer dans les diſpoſitions de derniere volonté, parce qu'il eſt permis à un chacun d'impoſer à ſa libéralité telle loi que bon lui ſemble, le payement des intérêts en ce cas fait partie du legs.

L'opinion de ce célébre docteur a été reçue en France : le teſtateur peut ordonner que les intérêts des legs par lui faits ſeront payés ſans demande. Ricard, dans l'endroit ci-deſſus cité, nomb. 111.

4°. Si le legs n'eſt payable qu'après un certain tems.

M. Gueret, dans ſes nouvelles remarques ſur M. le Preſtre, cent. 2, ch. 89, eſtime que les intérêts ſont dûs du jour de l'échéance du terme, parce qu'en ce cas *dies interpellat pro homine.*

M. Faber, *cod. de uſur. & fruct. def.* 10, ſoutient au contraire que dans les legs *dies non interpellat*, parce que l'échéance du terme ne fait que rendre le legs pur ; il faut donc le régler comme s'il avoit été fait purement, *nam quod legati dies venerit, facit duntaxat ut legatum pro puro habeatur, non etiam ut mora contrahatur.*

Je crois qu'il faut diſtinguer ſi le terme a été appoſé en faveur de l'héritier, ou en faveur du légataire. Dans le premier cas, les intérêts ne ſont dûs qu'après le terme expiré & une demande formée. Dans le ſecond cas ils ſont dûs du jour de l'échéance du terme ſans aucune demande, l. *ſi ita*, 43, paragraphe *Pegaſus*, *de leg.* 2.

Mais la difficulté eſt de connoître, quand le terme eſt appoſé en faveur de l'héritier ou du légataire : car régulierement le terme eſt cenſé être mis en faveur de l'héritier, ſuivant la loi 17, *de reg. jur.*

Il faut diſtinguer ſi le terme regarde la perſonne de l'héritier, ou celle du légataire. Dans le premier cas, il eſt préſumé appoſé en faveur de l'héritier, pour lui donner plus de facilité pour le payement. Dans le ſecond cas, il eſt cenſé mis en faveur du légataire, comme s'il eſt payable, quand il aura atteint l'âge de puberté ou de majorité, ou quand il ſe mariera ou entrera en charge. *arg. d.* § *Pegaſus.* Papon, not. 1, des legs particuliers, pag. 741, & Faber ſur ce titre *def.* 8.

5°. Si le legs eſt fait par le pere à ſes enfans, pour leur tenir lieu de légitime. Faber, *eod. def.* 1. Cela ſe juge ainſi au parlement de Paris, ſuivant un arrêt du 2 janvier 1609, rapporté par M. Lepreſtre, cent. 2, art. 89, par M. Ricard des donat. part. 3, ch. 3, nomb. 118, & par M. le Brun, des ſucceſſ. liv. 2, ch. 2, ſect. 11, nomb. 8. Mornac, ſur le titre du cod. *de uſur. & fructib.* fait mention d'un arrêt du 22 janvier 1590, qui a jugé la même choſe.

Idem, au parlement de Toulouſe, la Rocheflavain, liv. 6, tit. 54, art. 5, & tit. 6, art. 3. Cela a lieu, quoique la fille à qui le legs eſt fait, ait renoncé par ſon contrat de mariage. Henrys, tom. 2, liv. 4. queſt. 64. Le Brun, *eodem.*

Il faut dire la même choſe des legs faits aux aſcendans, pour leur tenir lieu de légitime. Faber, *eod. def.* 12.

Je crois qu'il faut dire la même choſe de tous les legs faits aux deſcendans ouaſcendans : quoique ce ne ſoit pas pour leur tenir lieu de légitime, il ſuffit qu'ils leur tiennent lieu de leur portion héréditaire. C'eſt le ſentiment de Tronçon ſur l'article 295 de la coutume de Paris, ſur le mot, les légataires. M. Ricard, dans le nomb. 118, ci deſſus cité, dit la même choſe ; mais ſur la fin il dit le contraire. M. Gueret, ſur le ch. 89, cent. 2, dit que des legs faits en ligne directe, les intérêts ſont dûs du jour du décès du teſtateur ſans aucune demande, & que c'eſt l'opinion commune des docteurs.

SECONDE QUESTION.

Des intérêts des legs des meubles meublans.

Le juriſconſulte Papinien, dans la loi *in fideicommiſſi*, 3, § 4, *de uſur.* diſtingue ſi le legs a été fait dans la penſée que les meubles ſeroient vendus, & les deniers employés au profit du légataire, ou dans la vue que le légataire ſe ſerviroit des meubles pour ſon uſage. Dans le premier cas, les intérêts peuvent être demandés. Dans le ſecond, le légataire ne peut les demander avec pudeur : *quod ſi forte ideo reliquit, ut his vaſis uteretur, non ſine rubore deſiderabuntur uſuræ, ideoque non exigentur.*

L'intérêt peut être auſſi demandé, ſi le légataire peut tirer du profit des meubles en les louant, *l. videamus* 19, *eodem.*

BIU Cujas

M. Cujas, ſur les queſtions de Papinien, liv. 20, queſt. 1, explique ces loix avec la loi 64, *de rei vindicat.* Il eſtime que les fruits & les intérêts peuvent être dûs, *officio judicis.*

Papon, not. 2, liv. 10, tit. des dommages & intérêts, pag. 743, ſur le mot *l'autre*, à la fin, dit que ſi la dette conſiſte en grains, vins, & autres choſes qui ſe conſument par l'uſage, l'intérêt n'en peut être demandé.

Le Brun, dans ſon procès civil, liv. 1, tit. 83, nomb. 2, dit la même choſe.

Ricard, des donat. part. 2, chap. 3, n. 119, dit qu'il faut ſuivre la diſtinction des loix ci-deſſus citées. Pour moi je crois qu'il faut ſuivre le ſentiment de Cujas, & que les intérêts peuvent être adjugés par forme de dommages & intérêts, quand l'héritier eſt en demeure de faire délivrance des effets légués; mais en ce cas il n'eſt cenſé en demeure que depuis la demande formée par le légataire.

TROISIEME PROPOSITION.

Si un legs de grains, vins, & autres denrées, peut produire des intérêts.

Dans le droit, les fruits peuvent produire des intérêts, l. *oleo* 23, cod. *de uſur.* Il y a pluſieurs diſtinctions faites ſur cela par M. Cujas, ſur la loi 20 du même titre, ſur la fin. Je ne m'arrêterai pas à les rapporter ici, parce qu'elles ne ſont pas néceſſaires pour la déciſion de notre queſtion.

Il eſt certain que le legs du bled, du vin, & autres denrées, produit des intérêts du jour de la demande, auſſi-bien que le legs d'une ſomme d'argent; parce que ſi le légataire les avoit eu, il les auroit employé à ſon uſage, ou les auroit vendu, & ſe ſeroit ſervi de l'argent.

QUATRIÉME PROPOSITION.

Du legs des beſtiaux.

Dans un ſemblable legs, il faut diſtinguer les intérêts & les profits.

A l'égard des beſtiaux qui ne produiſent rien d'eux-mêmes, les intérêts n'en ſont dûs que du jour de la demande.

A l'égard des beſtiaux qui produiſent du profit, il faut les mettre dans la même cathégorie que les fruits des héritages dont il ſera parlé ci-après.

CINQUIEME PROPOSITION.

Des intérêts du legs de billets, promeſſes & obligations.

Dans le droit, l'on appelle les billets, promeſſes, obligations, *nomina*, c'eſt une troiſiéme eſpece de biens, qui n'eſt pas compriſe ſous le nom, ni dans le legs des meubles.

A l'égard de la queſtion, de ſavoir ſi les intérêts d'un legs de cette qualité ſont dûs au légataire.

1°. Il faut diſtinguer entre les intérêts échus du vivant du teſtateur & ceux échus depuis ſon décès.

Dans le premier cas, il ſemble que le légataire ne peut prétendre les intérêts échus pendant la vie du teſtateur, parce que *fructus augent hæreditatem.* Cependant le juriſconſulte Scevola, dans la loi *nomen* 34, *de leg.* 3, décide formellement que les intérêts appartiennent au légataire: *nomen debitoris in hæc verba legavit, titio hoc amplius dari volo decem aureos, quos mihi hæredes Gaii Seii debent, quos & actionem mandari volo, eique eorumdem pignora tradi. Quæro utrum hæredes tantum decem dare debeant, an in omne debitum, hoc eſt in uſuras debeant mandare: reſpondi, videri univerſam ejus nominis obligationem legatam.*

Le même juriſconſulte décide la même choſe par rapport au legs de libération, dans les loix *Aurelius* 28, § 6, & *creditor* 31, § 4, *de liberat. leg.*

Accurſe, Barthole, & les autres docteurs qui ont écrit ſur la loi *nomen*, ci-devant citée, ne doutent point que les intérêts échus pendant la vie du teſtateur, n'appartiennent au légataire. Pour abréger, je me contenterai de rapporter les paroles de Cujas, dans ſon commentaire ſur cette même loi: il dit que les intérêts échus pendant la vie du teſtateur ſont dûs au légataire, parce qu'ils ſont l'acceſſoire du ſort principal,

BIU Cujas

& que l'acceſſoire ſuit le principal : *uſura eſt acceſſio & veluti uſusfructus pecuniæ, & acceſſio ſequitur principale.*

Dans le ſecond cas, il ſemble qu'il ne puiſſe y avoir de difficulté ; car ſi les intérêts échûs pendant la vie du teſtateur appartiennent au légataire, à plus forte raiſon ceux qui échéent depuis le décès du teſtateur doivent lui appartenir. Il ſemble qu'il a moins de droit dans les premiers que dans les derniers ; cependant il y a beaucoup de difficulté : mais pour éviter les redites, voyez ce qui a été dit ſur la premiere propoſition.

2°. Il faut diſtinguer dans les cas où les intérêts ne ſont dûs que *officio Judicis* ; ſi le teſtateur en a obtenu l'adjudication pendant ſa vie, ou s'il ne l'a pas obtenue. S'il l'a obtenue, il en faut porter le même jugement comme s'ils avoient été ſtipulés, ou s'ils étoient de droit.

Mais dans le cas où les intérêts *veniunt tantùm ex officio judicis*, ſi le teſtateur n'a pas obtenu une ſentence de condamnation d'intérêts ; c'eſt une queſtion de ſavoir ſi l'héritier eſt tenu d'en former la demande après le décès du teſtateur, & ſi faute de l'avoir formée, il en eſt reſponſable envers le légataire.

Il faut diſtinguer 1°. ſi l'héritier a trouvé les titres parmi les papiers du teſtateur. 2°. S'il a laiſſé paſſer un tems conſidérable ſans les délivrer au legataire. Dans ces cas, il ſemble qu'il ſoit tenu de payer les intérêts au légataire par forme de dommages & intérêts, parce qu'il eſt en demeure & en faute : *cùm res legata eſt, ſi quidem propria fuit teſtatoris, & copiam ejus habeat hæres, moram facere non debere, ſed eam præſtare, l. 47, de leg. 1.*

Arrérages de rentes.

L'on ne ſauroit trouver la déciſion de cette queſtion dans le droit, parce que les rentes conſtituées à prix d'argent ſont de nouvelle invention.

A l'égard du droit François, il faut diſtinguer les pays où les rentes ſont meubles, d'avec ceux où elles ſont immeubles. Dans les premiers, il en faut porter le même jugement que des intérêts des promeſſes & obligations. Dans les ſeconds, il faut en porter le même jugement que des fruits des immeubles.

Je me contenterai de remarquer ici, que dans le legs d'une rente, les arrérages échûs pendant la vie du teſtateur, qui n'ont pas été par lui perçus, ſont dûs au légataire.

Mantica, dans ſes déciſions de la Rote, déciſ. 14, n. 7, dit que celui qui légue l'argent qu'il a ſur le mont de piété (qui eſt une eſpece de rente conſtituée) legue pareillement les arrérages qui ſont dûs : *ſi quis legaverit pecunias quas habet ſuper monte, videtur legaſſe etiam reditus earum pecuniarum qui vivo teſtatore fuerunt debiti.* Il appuye ſon ſentiment de l'autorité de Paul de Caſtre, d'Alexandre, & de Jaſon, ſur la loi *ſi tibi homo 86*, § 2, *de leg. 1.*

Des fruits des héritages légués.

Savoir ſi les fruits d'un héritage légué appartiennent au légataire du jour du décès du teſtateur, avant la demande faite en juſtice.

Cette queſtion eſt très-difficile : il faut d'abord diſtinguer entre les legs purs & ſimples, & les legs conditionnels & à tems.

A l'égard des legs conditionnels, *conſtat inter omnes*, que les fruits ne ſont pas dûs avant l'événement de la condition, parce que juſqu'alors le légataire n'eſt pas propriétaire de la choſe : *pendente conditione, dominium remanet apud hæredem. Peregrinus, de fideic. art. 49, n. 21.*

A l'égard des legs à tems, voyez ce qui a été dit ci-deſſus, par rapport aux intérêts.

Pour ce qui eſt des legs purs & ſimples, il faut diſtinguer quatre tems différens.

Le premier, comprend les fruits échûs pendant la vie du teſtateur, qu'il n'a pas perçûs.

Le ſecond, concerne les fruits pendants par les racines lors du décès du teſtateur.

Le troiſieme, ceux échûs depuis le décès du teſtateur juſqu'au jour de l'adition de l'hérédité.

Le quatrieme, depuis l'adition de l'hérédité juſqu'au jour de la délivrance du legs.

A l'égard du premier tems, les fruits ſont partie de l'hérédité, & par conſéquent ils appartiennent à l'héritier, ſuivant la déciſion du juriſconſulte Paul, *ſ, ſent.* tit. *de leg.* 8, paragraphe 48, & la doctrine de Cujas ſur cet endroit, & ſuivant les loix *quæſitum* 91, paragraphe 6, *de leg.* 1, & l. *quod ſervus* 38, *de leg.* 2.

BIU Cujas

Les docteurs apportent plusieurs exceptions à cette regle : si le testateur a légué l'héritage avec tous les fruits qui s'y trouveront, ou avec tous ses instrumens. Cujas, *ibid.* & peregrinus, *d. art.* 49, n. 9.

A l'égard du second tems, les fruits appartiennent au légataire, parce qu'ils font partie du fonds : *fructus pendentes pars fundi videntur*, *l.* 44, *de rei vind. l.* 27, *de usuf.* & Paul, 3 *Sent. de leg.* § 47; & en ce cas, le légataire n'est pas obligé de rembourser à l'héritier les labours & semences, parce que le testateur est présumé les lui avoir légué avec le fonds. Barry, *de succeſſ.* l. 9, tit. 21, n. 2. Ricard, des donat. part. 2, chap. 3, n. 123, sur la fin. Le Brun, des succeſſ. liv. 2, ch. 7, sect. 5, n. 11.

Quant au troisieme tems, qui s'est écoulé depuis le décès du testateur, jusqu'au jour de l'adition d'hérédité, les docteurs sont partagés. Les uns tiennent que ces fruits augmentent l'hérédité, & par conséquent, qu'ils doivent appartenir à l'héritier. Les autres soutiennent que l'adition d'hérédité ayant un effet rétroactif au jour du décès du testateur, suivant la loi 54 *de acq. vel amitt. hæred.* & la loi 195, *de reg. jur.* c'est la même chose que si l'héritier avoit accepté dès le jour de la mort; & par conséquent, les fruits doivent appartenir au légataire. Ces différentes opinions sont rapportées par Peregrinus, *de fideic.* art. 49, n. 11; par Fachin, l. 13, c. 68; & par Barry, *de succeſſ.* l. 9, tit. 17, n. 3. Je ne m'arrêterai pas à examiner quelle est la meilleure de ces opinions, parce que cela est inutile en France, où l'adition d'hérédité n'est pas nécessaire, à cause de la regle, *le mort saisit le vif*, qui a lieu dans les successions testamentaires, aussi-bien que dans celles *ab inteſtat.* Ainsi il faut examiner la question par rapport au décès du testateur.

La question de savoir si les fruits appartiennent au légataire sans demande, souffre beaucoup de difficultés. Les loix semblent contraires. La loi *si quis bonorum* 23, *de leg.* 1, décide que le legs d'une portion des biens n'emporte les fruits qu'après la demande de l'héritier : *si quis bonorum partem legaverit ut hodie sit, sine fructibus restituitur; nisi mora interceſſerit hæredis.* La loi *quæsitum*, 91 *eodem*, paragraphe 7, dit que les fruits des héritages ne sont dûs que du jour de la contestation; les loix 1 & derniere du code *de usur. & fruct.* disent la même chose

La loi *nihil* 120, paragraphe *fructus de leg.* 1, dit qne les fruits d'un fond légué purement, & perçus après l'adition d'hérédité, appartiennent au légataire qui n'est pas obligé d'entretenir le bail fait par l'héritier, sauf au fermier son recours contre l'héritier.

La loi *legatum* 80, *de leg.* 2, dit que si le legs est pur, le domaine passe de plein droit en la personne du légataire, & que l'héritier n'y a jamais eu aucun droit, *recta via dominium ad legatarium transeat, numquam falsum hæredis.* La loi *à titio* 64, *de furt.* dit la même chose, *ea quæ legantur, rectâ viâ ab eo qui legavit, ad eum cui legata sunt, transeunt.*

Les docteurs sont pareillement partagés. Accurse, sur la loi *quod servus* 38, *de leg.* 2, & sur la loi 1, *Cod. de usur. & fruct.* Barthole, sur la loi *servo legato*, *de leg.* 1. Azon sur le titre *de usur. & fruct.* n. 5, soutiennent que les fruits appartiennent au légataire de plein droit; d'autres, du jour de la demeure de l'héritier; les autres, du jour de la contestation seulement. Ils sont rapportés par Peregrinus, *de fideic.* art. 49, n. 11 & 12, qui tient que les fruits ne sont dûs que depuis la demeure; par Mantica, *de conject. ult. vol. l.* 7, tit. 10; par Fachin, *controverſ.* liv. 12, ch. 6; & par Despeisses, tom. 2, pag. 213, n. 8. Ces trois derniers soutiennent que les fruits appartieunent au légataire de plein droit sans demande. Gregorius, *Syntagm. Jur.* liv. 21, tit. 14, n. 12, dit la même chose.

Cujas, sur le même titre, & sur les sentences de Paul, liv. 3, tit. 8, paragraphe 47, est d'avis que les fruits ne sont dûs au légataire que du jour de la demeure de l'héritier, *nisi mora interceſſerit;* mais sur la loi *quæsitum* 40, *de adq. rer. dom. tract.* 7 *ad Affrican.* vers le milieu, il dit qu'ils appartiennent au légataire du jour de l'adition, *ex die aditæ hæreditatis legatarii fuisse creduntur.*

Faber, sur le même tirre, *def.* 1, soutient que les fruits ne sont dûs que comme les intérêts, du jour de la demeure de l'héritier seulement; mais dans ses conjectures liv. 7, chap. 3, il établit que pour constituer l'héritier en demeure, il n'est pas nécessaire d'une interpellation judiciaire, il suffit qu'il ait connoissance de la volonté du testateur.

Peregrinus, *de fideic.* art. 49, n. 88 & 103, dit que dans les legs qui transferent le domaine de plein droit dans la personne du légataire, les fruits lui appartiennent aussi de plein droit.

Godefroy distingue entre le genre de l'action, en vertu de laquelle le légataire a formé sa demande; si c'est par l'action personnelle, il dit qu'il ne doit avoir ces fruits que du jour de la demeure de l'héritier; si c'est par droit de revendication, il les doit avoir du jour de l'adition d'hérédité, comme étant dès ce jour propriétaire de l'héritage.

Ces deux derniers auteurs sont ceux qui ont le mieux rencontré; mais ils n'ont pas poussé leur raisonnement jusqu'à sa perfection. L'un dit que les fruits appartiennent au

BIU Cujas

légataire de droit, quand le domaine eſt paſſé en ſa perſonne. L'autre, quand il agit par l'action en revendication. Or, ces deux voies ſont aujourd'hui acquiſes à tous les légataires.

Pour l'établiſſement de cette propoſition, il faut parcourir le progrès du droit ſur la maniere de faire les legs. Dans l'ancien droit il y en avoit quatre, *per vindicationem, per damnationem, per ſinendi modum, & præceptionem, inſtit. de leg.* § 2. Dans le premier cas, la propriété de l'achat léguée paſſoit de plein droit, & ſans le fait de l'héritier, en la perſonne du légataire, ſuivant la loi *legatum 89, de leg. 2*, & la loi *Atitia 64, de furt. & Caius, inſtit. de leg.* § 2.

Juſtinien, par la loi 1, *Cod. commun. de lege*, a abrogé ces différens genres de legs; mais en même tems il a donné aux légataires toutes les actions qui naiſſoient de ces différentes formules, & entr'autres, l'action de revendication; *& non ſolùm perſonalem actionem præſtare, ſed in rem, quatenus eis liceat eaſdem res ſive per quodcumque genus legati fuerint derelictæ, vindicare.*

Il eſt donc certain qu'aujourd'hui tous les légataires ont l'action de revendication; il faut donc voir de quelle maniere ſe faiſoit le legs *per vendicationem*, & quel effet il produiſoit. Ulpien, *in fragm. de leg. 24*, § 3. Caius, *inſt. de leg.* § 2. Théophile, ſur les inſtituts de Juſtinien, *de leg 2.* Cujas, ſur le titre *comm. de leg.* & Vinnius, ſur le § 2, des inſtit. *de leg.* en rapportent la formule : *Do, lego, cupito, ſumito, habeto, vindicato.*

Tous nos legs aujourd'hui ſe font de cetre maniere : Je donne & legue, *do, lego*: ainſi, qnand Juſtinien n'auroit pas donné à tous les genres de legs le droit de révendication, & que nous ſerions encore aux tems de l'ancien droit, nos legs étant faits *per modum vindicationis*, nos légataires devroient avoir le droit de revendiquer les choſes à eux léguées.

Il n'y a perſonne qui ne ſache que l'action en revendication ne ſe donne qu'au propriétaire de la choſe, *in rem actio competit ei qui aut jure gentium, aut jure civili dominium adquiſivit*, l. 23, *ff. de rei vind. meum eſt cujus vindicandi jus habeo, l. 49*, § 1, *eod.* c'eſt pourquoi la loi feint que dans les legs *par vendication*, le domaine de la choſe léguée paſſe de la perſonne du teſtateur directement en celle du légataire, ſans le miniſtère de l'héritier, *d. l. 80, de leg. 20.* Or ſi le légataire eſt ſaiſi de la propriéte de l'héritage légué dès le moment du décès du teſtateur, il faut de néceſſité que les fruits lui appartiennent; car les fruits doivent appartenir au maître de l'héritage. A l'égard de la poſſeſſion, il eſt vrai qu'il n'a que la poſſeſſion civile; mais elle ſuffit pour gagner les fruits: au lieu que la poſſeſſion naturelle qui eſt entre les mains de l'héritier, n'eſt pas capable de lui acquérir les fruits au préjudice du légataire qui a la poſſeſſion civile, *l. nemo* 10, *Cod. de acq. & ret. poſſeſſ.*

Tout le monde ſait la différence qu'il y a entre la poſſeſſion civile & la poſſeſſion naturelle : la premiere *in jure conſiſtit*, la ſeconde *in corpore, d. l. nemo.* La premiere ne peut appartenir qu'à celui qui a un juſte titre : la ſeconde peut convenir à tous les poſſeſſeurs injuſtes, comme à celui qui poſſede *vi, clam & præcario, l.* 1, § *ult. uti poſſid. l.*

Il y a plus, l'on peut dire que l'héritier eſt en poſſeſſion, mais qu'il ne poſſede pas, de même que les locataires, les fermiers, les ſéqueſtres & les dépoſitaires, l. 10, § 1, *de adq. l. 39, vel amitt. poſſeſſ. l. 6*, § 2, *de precar.*

Mais enfin ſi l'héritier poſſede, il poſſede de mauvaiſe foi, parce qu'il retient un bien qu'il ſait qui ne lui appartient pas : car ſuivant la loi *cùm res 47, de leg.* 1°. il ne doit point différer de délivrer au légataire la choſe à lui léguée, *cum res legata eſt, ſiquidem propria fuit teſtatoris, & copiam ejus habeat hæres, moram facere non debet, ſed eam præſtare;* & ſuivant la loi *quæritur 40, de adq. rer. dom.* auſſi-tôt qu'il a connoiſſance du legs, il eſt obligé d'en faire la délivrance, ſinon il doit rendre les fruits, *ſi fundum ſuum quis legaverit, hæres qui eum legatum eſſe ſciat, procul dubio fructus ex eo ſuos non faciet.*

OBJECTIONS.

Il faut préſentement répondre aux objections que l'on peut faire.

1°. Que mon principe, pour établir que les fruits ſont dûs ſans demande, eſt fondé ſur le droit de revendication, & que ce droit appartient à tous les légataires; que cependant ſur le ſujet des intérêts des deniers, des meubles, des grains, vins & denrées, des promeſſes & obligations, j'ai décidé que les intérêts n'étoient dûs que du jour de la demande.

A cela je réponds que le droit de revendication n'appartient pas au légataire de de-

BIU Cujas

niers & de promeſſes & obligations, le legs *per vindicationem* n'avoit pas lieu pour les legs de noms & de quantité, mais ſeulement pour ceux d'eſprit ou de corps. Vinnius, *inſt. de leg.* § 2.

A l'égard des meubles, grains, vins & autres denrées, ces choſes ne produiſent rien de leur nature; ainſi les intérêts n'en peuvent être dûs que par forme de dommages, à cauſe du retardement du payement; & à cet égard, l'héritier ne peut être conſtitué en demeure que par une demande judiciaire.

2°. Que le domaine que le droit de revendication attribue au légataire ne lui transfere qu'une poſſeſſion feinte qui ne lui donne pas droit de faire les fruits ſiens.

La réponſe eſt prompte : *Fictio juris tantùm operatur in caſu ficto, quantùm veritas in caſu vero.* La poſſeſſion civile fondée ſur un titre légitime eſt plus efficace que la poſſeſſion naturelle ſans titre.

3°. Que la loi derniere, au code *de uſur. & fructib.* décide que les fruits n'appartiennent au légataire que du jour de la conteſtation, ſoit qu'il agiſſe par l'action perſonnelle ou par l'action réelle.

A cela je réponds avec la gloſe ſur cette loi, que dans ce cas il s'agiſſoit d'un legs du bien d'autrui, *legatum rei alienæ*, pour raiſon duquel l'action en revendication ne peut pas convenir, ſuivant la doctrine de Cujas, ſur le tit. *comm. de leg.* & de Vinnius, ſur les inſtit. *de leg.* § 2.

4°. Que Juſtinien, par deux conſtitutions poſtérieures, ſavoir, la loi 46, § *de ep. & cler.* & la novelle 131, ch. 12, n'accorde qu'aux legs pieux le droit de produire des intérêts & des fruits de plein droit, ſans aucune demande. Ce privilége auroit été inutile, ſi la choſe avoit été de droit commun.

A cela je réponds : 1°. Que ces deux conſtitutions ne font point partie des premieres additions du code & des novelles; elles ont été ajoutées dans les dernieres.

2°. Juſtinien, dans ces deux conſtitutions, parle de tous les priviléges des legs pieux, parmi leſquels il comprend non-ſeulement les fruits, mais auſſi toutes les acceſſions & les augmentations.

Or, il eſt certain que même dans l'ancien droit, les acceſſions & les augmentations qui arrivoient, depuis le décès du teſtateur, avant la demeure de l'héritier, appartenoient au légataire, l. 39, *de uſur.* l. 86, § 2, *de leg. 3*; ainſi il eſt certain que par rapport aux fruits, aux acceſſions & aux augmentations, Juſtinien n'a rien fait de nouveau par ces deux conſtitutions, & que le privilége ſe réduit aux intérêts des ſommes léguées, qui eſt dû de plein droit pour les legs pieux, au lieu que pour les autres, il n'eſt dû que du jour de la demande.

Il faut voir l'auteur des loix civiles, tom. 3 des legs, ſect. 8, pag. 625, où il tient que les fruits ne ſont dûs que du jour de la demande, à la réſerve des legs pieux. Il a fait une diſſertation fort judicieuſe ſur cela, où il rapporte les différentes opinions des docteurs.

5°. Que dans le droit, ſuivant la loi 1, § 2, *ff. quod legatorum*, le légataire ne peut point prendre la poſſeſſion de la choſe à lui léguée de ſon autorité, & qu'il doit la recevoir des mains de l'héritier.

Cela étoit vrai dans l'ancien droit, dans toutes les eſpeces de legs, autre que celle *per vindicationem*, & encore dans les autres legs, le teſtateur pouvoit ordonner que le légataire prendroit la choſe léguée par ſes mains, ſuivant la loi *Titia* 34, § 1. *Volo eam à ſeipſa accipere villam gazam cum impoſitionibus ſuis.*

Godefroy; dans ſa note ſur ce §, & Julius Clarus, ſect. 3, § *teſtamentum*, queſt. 68, Coquille, queſt. 230, ſoutiennent que le légataire peut prendre poſſeſſion de la choſe léguée par ſes mains, non-ſeulement par la volonté expreſſe du teſtateur, mais auſſi par une volonté tacite, comme s'il a défendu à ſon héritier d'y apporter aucun trouble ni empêchement, ou par quelque autre clauſe ſemblable. Or Juſtinien ayant donné à tous les légataires le droit de revendiquer, il leur a donné droit, du moins tacite, de prendre la poſſeſſion des choſes léguées par eux-mêmes.

En effet, aujourd'hui dans les pays de droit écrit, la formalité de demander à l'héritier la poſſeſſion de la choſe léguée, où la délivrance du legs n'eſt plus en uſage, ſuivant le témoignage de Guy Pape, queſt. 483, & de Ranchim, *ibidem*; & de Maynard, liv. 7, ch. 1; *idem*, au parlement de Bordeaux, ſuivant l'art. 174 de cette coutume.

6°. Que la choſe léguée n'appartient au légataire que du jour qu'il a reconnu ou accepté le legs; & que l'on ne peut pas ſçavoir s'il l'acceptera, que par la demande qu'il en fait, & qu'ainſi juſqu'au jour de la demande, le domaine appartient à l'héritier, & par conſéquent les fruits.

A cela je réponds, que juſqu'au jour de la déclaration du légataire, la choſe demeure en ſuſpens; mais dès le moment qu'il a reconnu le legs, ſon acceptation a un effet rétroac-

BIU Cujas

tif au jour du décès du teſtateur, de la même maniere que l'adition d'hérédité. Cela eſt ainſi décidé à l'égard des legs, dans les loix 17, § 1 & 35, *ad leg. Aquil.* dans la loi 8, *de reb. cred.* dans la loi 44, § 1 & 86, § 2, *de leg. 1*, & dans la loi 15, *de reb. dub.*

SEPTIEME PROPOSITION.

Des fruits civils.

Ce qui a été décidé par rapport aux héritages doit avoir lieu par rapport aux fruits civils.

1°. A l'égard des loyers des maiſons, qui ſe reglent en cela de la même maniere, l. 39, § 1, *verſ. Cod. de leg. 1*, & l. 36 & 39, § 13, *de uſur.*

2°. Par rapport aux gages & émolumens des offices, *ar. leg. Patronus 35, de leg. 3.*

3°. De même par rapport aux arrérages des rentes; cela a été ainſi jugé par un arrêt du parlement de Toulouſe du mois de juin 1563, cité par la Rocheflavain, liv. 6, tit. 61, art. 14, ce qui eſt confirmé par Graverol, dans ſa note ſur cet art.

4°. A l'égard des profits des beſtiaux, dans l'ancien droit, l'on diſtinguoit entre les legs d'eſpeces, c'eſt-à-dire, de beſtiaux ſinguliers, & de genre, c'eſt-à-dire, d'un troupeau. Dans le premier cas, les petits, que l'on appelle en droit *fœtus animalium*, & parmi nous le croît, appartenoient à l'héritier, quand il n'étoit pas en demeure : dans le ſecond cas, ils appartenoient au légataire par droit d'acceſſion, & comme faiſant partie du troupeau, l. *equis 8*, & 39, *de uſur.* l. *grege 21*, *de leg. 1*, l. *ſervi 81*, § 4 & 5, *de leg. 3*, & *inſtit. de leg.* § 18.

A l'égard des autres profits, comme de la toiſon des brebis, du lait des vaches & autres, je n'ai point vu de loix ſur ce ſujet. Nous en avons deux par rapport à l'acquéreur de bonne foi : la premiere eſt la loi *bonæ fidei 48*, § 2, *de adq. rer. dom.* qui dit que le lait & la laine des brebis dérobées appartiennent à l'acheteur de bonne foi : la ſeconde eſt la loi 4, § 19, *de uſurpat. & uſuc.* qui dit que la toiſon des brebis dérobées ne peut pas être acquiſe par uſucapion, par celui qui les a dérobées, mais bien par celui qui les a achetées de bonne foi du larron.

A l'égard des legs, je crois que depuis la conſtitution de Juſtinien, tous les profits, auſſi-bien que le croît, ſans diſtinction d'eſpeces ou de genre, doivent appartenir au légataire du jour du décès du teſtateur, même avant la demande; c'eſt le ſentiment d'Azon, dans ſa ſomme, ſur le titre du code *de uſur. & fructib.* n. 3, *fœtus equarum, ſi fuerint teſtatoris, tranſit dominium in legatarium ab adita hæreditate, ergo ab adita hæreditate fructus pertinent ad legatarium.*

Pour montrer que le légataire eſt maître des beſtiaux dès le jour du décès du teſtateur, quoiqu'il n'en ait point formé de demande, il ſuffit d'obſerver que s'ils viennent à mourir, ſans la faute de l'héritier, & avant qu'il ait été conſtitué en demeure, la perte tombe ſur le légataire, comme ſur le véritable maître, l. 53, § 3, *de leg. 1*, & l. 49, *de leg. 2*, de la même maniere que ſi le fonds légué vient à périr, l. 47, § 6, *de leg. 1.* Cela étant, les fruits & les profits doivent appartenir au légataire, comme étant le véritable propriétaire de la choſe.

HUITIEME PROPOSITION.

Concernant les pays coutumiers.

Ce n'eſt pas mon deſſein ni ma coutume de mêler les queſtions de coutume avec celles du droit; car j'ai remarqué dans pluſieurs auteurs, ſur-tout dans Papon, Brodeau & Lapeyrere, que cela ne fait pas un bon effet : l'on ne réuſſit ni dans les unes ni dans les autres; mais dans les matieres du droit coutumier, qui tirent leur origine du droit Romain, j'ai cru pouvoir me diſpenſer de cette regle, parce que dans ces occaſions, les queſtions du droit coutumier doivent être décidées par les principes du droit.

Les auteurs du pays coutumier ſont partagés ſur cette queſtion.

Pour la négative.

Chopin, *de morib. Pariſ.* liv. 2, tit. 4, *de teſt.* n. 16, vers la fin, dit que les fruits ne s'adjugent au légataire que du jour de la conteſtation, *cæteroquin legati prædioli fructus actori tantùm adjudicantur ex die conteſtata cum hærede judicii.*

Mornac, ſur le titre du code *de uſur. & fruct.* dit la même choſe : *legatorum ſeu fideic. uſuras & fructus rerum ex eo tempore quo lis conteſtata eſt, exigi poſſe manifeſtum;* il cite un arrêt rendu en la chambre de l'édit, le 11 mars 1606, qui l'a ainſi jugé.

BIU Cujas

Tronçon, sur la coutume de Paris, art 295, au mot les légataires, dit qu'il faut une demande expresse pour faire courir les intérêts des sommes de deniers léguées, il ajoute: *il en est ainsi des fruits d'un héritage légué, lesquels ne sont point dûs, s'ils n'ont été demandés.*

Soefve, tom. 2, cent. 4, chap. 42, fait mention d'un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, de relevée le 2 décembre 1669, par lequel il a été jugé que les fruits d'un immeuble légué n'étoient dûs au légataire que du jour de sa demande; mais il marque que monsieur l'avocat général Talon avoit conclu en faveur du légataire.

Ricard, des donations, partie 2, ch. 3, n. 99 & suivans, soutient fortement ce parti. Il se fonde 1°. sur ce que le légataire ne peut être dit propriétaire de l'héritage à lui légué, jusqu'à ce qu'il ait déclaré qu'il accepte par une demande en délivrance de legs.

Cela est vrai; mais dès le moment que le légataire a accepté le legs, son acceptation a un effet rétroactif au jour du décès du testateur, *ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hæreditas adita est, leg. 44, § 1, de leg. 1*, ce qui est répété dans plusieurs autres loix ci-dessus citées.

2°. Cet auteur se fonde sur ce que la possession de l'héritier étant légitime, la connoissance qui lui peut survenir, que la chose ne lui appartient pas, n'est pas capable de lui ôter les fruits, jusqu'à ce qu'elle lui ait été demandée; & pour fondement de cette question, il cite la loi 25, paragraphe 2, *de usur.* où il est dit que l'acheteur de bonne foi, qui a ensemencé l'héritage par lui acquis, fait les fruits siens, quoique avant de les recueillir il ait eu connoissance que l'héritage n'appartenoit pas à celui qui le lui a vendu.

Cette loi ne peut point servir à l'héritier: car elle est dans l'espece d'un acquéreur de bonne foi, qui a le titre pour lui; au lieu que le titre est contre l'héritier, son titre reclame toujours contre son usurpation. Ainsi comme il ne peut pas prescrire l'héritage légué, parce que son titre s'y oppose; *à pari*, il ne peut pas faire les fruits siens: il y a plus, quoique la mauvaise foi qui survient n'empêche pas celui qui a acquis de bonne foi, de prescrire, elle l'empêche de faire les fruits siens, suivant la loi *bonæ fidei 48*, paragraphe 1, *de adq. rer. dom. verendum ne non sit bonæ fidei possessor, quamvis capiat.* Et suivant la doctrine de Cujas, sur le paragraphe en question, & sur la loi 40, *de adq. rer. dom. ad Affric. Tract. 7.*

Enfin la question est nettement décidée à l'égard de l'héritier par le jurisconsulte Affricain dans cette loi: *Non esse*, ait, *ut hic bonâ fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere cœperit: quia fundum suum quis legaverit, hæres qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet.*

Le Brun, des successions, liv. 2, chap. 7, sect. 5, n. 3, est aussi du sentiment que les fruits ne sont dûs que du jour de la demande, parce que les legs n'étant pas moins sujets à délivrance dans le droit Romain que dans notre usage, il suit que jusqu'au jour de la demande, l'héritier gagne les fruits, comme étant possesseur de bonne foi.

A l'égard du droit Romain, j'y ai suffisamment répondu ci-dessus. Pour ce qui est de l'usage de la demande en délivrance des legs, quand cette formalité seroit essentielle, elle ne rendroit pas l'héritier possesseur de bonne foi, comme il vient d'être montré.

Pour l'affirmative.

Bacquet, des droits de justice, ch. 8, n. 25, dit qu'on a coutume d'adjuger au légataire les fruits des héritages, & les arrérages des rentes depuis le jour du décès du défunt, parce que dès ce jour l'héritier a sçu & connu par le testament, que ces héritages & ces rentes ne lui appartenoient pas; au moyen de cette connoissance, l'héritier ne peut de bonne foi prétendre les fruits: il dit que, *fictione Juris legatarius censetur dominus rei legatæ à die mortis Testatoris, sicut aditio ad eum diem fictione Juris retrò trahitur. Ideoque fructus rei legatæ cedunt legatario à die mortis Testatoris.*

Ferrieres, dans ses remarques sur cet endroit, & dans son commentaire sur la coutume de Paris, art. 297, n. 43 & 44, est du même sentiment; il se fonde sur ce que l'héritier ne peut point être de bonne foi, puisqu'aussi-tôt qu'il a connoissance du testament, il sçait que l'héritage légué ne lui appartient pas; & par conséquent, sa possession étant vicieuse dès son commencement, il ne doit point avoir les fruits. Il cite l'ordonnance de 1539, art. 94, qui dit, *qu'en toutes matieres réelles, pétitoires & personnelles, intentées pour héritages & choses immeubles; s'il y a restitution de fruits, ils seront adjugés, non-seulement depuis contestation en cause, mais aussi depuis le tems que le condamné a été en demeure & mauvaise foi:* ainsi, d'abord que l'héritier a connoissance du testament, il sçait que l'héritage légué ne lui appartient pas, & par conséquent il est de mauvaise foi.

Gueret

BIU Cujas

Gueret, dans ses nouvelles remarques sur le Prestre, cent. 2, chap. 89, soutient que même les intérêts des sommes léguées sont dûs du jour de la demeure de l'héritier qui se commet du jour de l'échéance du legs, *dies interpellat pro homine.*

Je prends encore la liberté de dire, qu'aucun de ces auteurs n'a rencontré juste. Il faut distinguer entre les coutumes qui admettent la tradition civile, & celles qui ne reconnoissent que la tradition réelle.

Dans les premieres, il me semble qu'il n'y a point de difficulté à dire, que le domaine passe de plein droit en la personne du légataire. Car si cela est vrai à l'égard d'un donataire entre-vifs, quoique le donataire retienne la possession réelle par la réserve de l'usufruit, cela doit être de même à l'égard du légataire, qui suivant la constitution de Justinien, a le droit de revendication, & par conséquent une propriété parfaite.

A l'égard des coutumes qui ne reconnoissent que la tradition réelle, la question est plus difficile : car il me semble que le légataire n'a aucun droit en la chose auparavant, & jusqu'à ce qu'il en est pris possession.

Cependant je crois que les fruits lui appartiennent dans ces coutumes, aussi-bien que dans les autres. Car il n'est pas nécessaire d'avoir pris la possession réelle d'un héritage pour faire les fruits siens, autrement il arriveroit que les acheteurs ni les donateurs ne pourroient pas jouir des héritages par eux acquis ou à eux donnés, qu'ils n'en eussent pris la possession réelle. L'obligation de la saisine ou du vest ne concerne que le droit d'hypothéque entre les créanciers ou donataires ; mais cela ne sert de rien pour la perception des fruits.

Il faut encore distinguer les coutumes qui ont des dispositions particulieres sur cette matiere.

Il y a plusieurs coutumes qui disent que les légataires ne sont point saisis des choses à eux léguées, & qu'ils ne peuvent les prendre de leur autorité, mais qu'il faut qu'elles leur soient données par les héritiers ausquels ils sont obligés de demander la délivrance. Meaux, art. 22, Melun, art. 149, Sens, art. 73, Auxerre, art. 131, Troyes, art. 114, Laon, art. 63, Châlons, art. 72, S. Quentin, art. 26, Peronne, 166, Blois, 176.

La plûpart de ces coutumes distinguent entre les meubles & les immeubles. A l'égard des meubles, elles disent que l'exécuteur du testament les peut délivrer, mais que la délivrance des immeubles doit être faite par l'héritier.

Cette distinction sert à faire connoître que l'esprit des coutumes n'est pas que l'héritier soit le maître des choses leguées, puisqu'elles donnent la liberté à l'exécuteur du testament de faire délivrance des legs mobiliers, mais elles ont voulu que les légataires prennent la possession des choses à eux léguées par les mains de l'héritier, ou de l'exécuteur du testament pour éviter les voies de fait, & non pas pour attribuer à l'héritier le droit de jouir des fruits des choses léguées, jusqu'au jour de la délivrance.

La coutume de Bourbonnois, art 293, dit que les légataires ne peuvent prendre de leur autorité les choses à eux léguées ; mais qu'il faut qu'elles leur soient délivrées par les mains des exécuteurs ou des héritiers : dans l'article 297, elle dit qu'après la délivrance faite verbalement par l'exécuteur, les légataires se peuvent dire saisi : ainsi aux termes de cette coutume, l'héritier n'est point saisi des choses leguées, & par conséquent il n'a aucun droit de jouir des fruits.

La coutume de Nivernois au titre des testamens, art. 5, dit que les légataires ne sont pas saisis des legs à eux faits pour les prendre par leurs mains : si ce sont des meubles ou conquêts, ils les doivent prendre par les mains de l'exécuteur du testament ; & si ce sont des immeubles anciens, *par les mains de l'héritier*, si le testateur n'en a autrement *disposé*. Coquille, sur ces mots, dit que non-seulement le testateur *peut ordonner* par une disposition expresse, que le légataire prendra le legs de son autorité, mais aussi par une volonté tacite, en faisant le légataire exécuteur du testament. Dans ses questions, ch. 230, il établit la même maxime très-solidement : il dit que le légataire, en acceptant son legs, devient propriétaire, *cùm effectu retroacto ad tempus mortis testatoris ;* en sorte que l'héritier est présumé n'avoir jamais été saisi.

Il faut porter le même jugement de la disposition de la coutume de la Marche, qui dit dans l'article 259, que la tierce partie dont le testateur peut disposer, se doit prendre par la main de l'héritier *ab intestat*, & en saisit le donataire ou le légataire ; & de celle de la coutume d'Auvergne, qui dans l'art. 42 du ch. 12, dit que le quart se doit prendre par la main des héritiers *ab intestat*, sans que les légataires s'en puissent dire saisis.

M. Ricard des donations, part. 2, ch. 1, sect. 2, nomb. 8 prétend que le testateur n'a pas la liberté d'ordonner que le légataire sera saisi de plein droit, par cette raison qu'il dit être décisive, *que la possession de droit étant en faveur de l'héritier, & contre la liberté du testateur, il s'ensuit qu'il n'est pas en son pouvoir de se dispenser lui-même d'une loi qui lui est imposée, de ne pouvoir saisir de plein droit ses légataires, & qu'il faut nécessaire-*

ment qu'après son décès la possession de ses biens passe entre les mains de ses héritiers.

Cette raison ne peut militer que dans les coutumes qui ont sur cela une disposition prohibitive, comme celle de Poitou qui dit dans l'article 273 : *L'on ne peut faire par testament où legs, quelque peine qui y soit apportée, que l'héritier ne soit saisi des choses que le défunt tenoit & exploitoit au tems de son trépas.*

Dans toutes les autres coutumes, qui n'ont point de disposition formelle, le testateur peut ordonner que le légataire sera saisi de plein droit. En effet, tous les auteurs qui ont parlé de cette matiere, sont de ce sentiment. Chopin, *de morib. Paris.* liv. 2, tit 4, n. 16. Baquet, des droits de Justice, ch. 8, nomb. Masuer, tit. 11, des matieres possess. 21, 36. Mornac, sur le titre du dig. *quod leg.* Tronçon, sur la coutume de Paris, art. 295. sur le mot, *légataires,* vers la fin.

La coutume de Berry a sur cela une disposition très-judicieuse, l'article 7, du tit. 18 des test. porte : *Bien que l'héritier testamentaire, qui ne doit avoir que la moitié, ne fût habile à succéder ab intestat, & conséquemment non saisi par la rigueur de la coutume générale du royaume, néanmoins, pour éviter circuit, sera saisi.* Du Moulin, qui n'a pas coutume de dire du bien de M. Liset, réformateur de cette coutume, dit pourtant dans sa note sur cet article, qu'il a eu raison de faire cette addition, & moi je dis qu'elle devroit être générale pour toutes les dispositions testamentaires dans toutes les coutumes.

Mais enfin, quand le légataire ne seroit point saisi de droit, & qu'il seroit nécessairement, indispensablement obligé de prendre la possession des mains de l'héritier, cela n'empêche point que la délivrance du legs qui lui est fait, n'ait un effet rétroactif, au jour du décès du testateur, & par conséquent que les fruits ne lui appartiennent dès ce jour. L'héritier n'a ni titre ni qualité pour les retenir : au contraire son titre le met hors d'état de pouvoir les prétendre ; puisqu'il lui annonce perpétuellement que l'héritage légué ne lui appartient pas, & cette connoissance le rendant possesseur de mauvaise foi, le rend en même-tems incapable de profiter des fruits.

Il faut ajouter, que si l'on adjugeoit les fruits à l'héritier, ce seroit autoriser & récompenser sa mauvaise foi ou sa négligence. L'héritier a presque toujours connoissance du testament, au lieu que le légataire le plus souvent l'ignore, & quand il en auroit connoissance, il ne peut pas former sa demande avant le tems prescrit par l'ordonnance pour faire l'inventaire, & pour délibérer.

Enfin, en obligeant l'héritier à rendre les fruits, on ne lui fait aucun tort, puisque le fonds ne lui appartient pas, au lieu que ce seroit faire un préjudice considérable au légataire que de les lui ôter.

Je ne m'arrêterai pas à examiner, si en ce cas le légataire est obligé de rembourser les labours & semences à l'héritier ; cela est juste & certain, *fructus intelliguntur deductis impensis*, l. 36, §. 5, *de hæred. petit. leg.* 46, *de usur. & leg.* 1, *Cod. de fructib. & lit. expens.*

DE L'ADULTÈRE.

QUESTION CINQUANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Le droit permet plutôt au pere de tuer sa fille surprise en adultère, qu'au mari.*
2. *Le mari n'a pouvoir de tuer sa femme surprise en adultère, que dans certains cas.*
3. *Les Romains ont emprunté cette loi des Grecs.*
4. *Histoire tragique arrivée à Montbrison sur ce sujet.*
5. *La peine de l'autentique*, sed hodie, *est pratiquée en France.*
6. *Arrêt du 21 juin 1684, qui permet à une femme autentiquée de sortir du monastère après le décès de son mari, & de se marier à un autre, avec les plaidoyers des avocats, & celui de M. l'avocat-général Talon.*

BIU Cujas

QUESTION LXV.

Si le mari, qui par un deſſein prémédité, tue ſa femme ſurpriſe en adultère, doit être puni, & de cela exemple mémorable.

1 PAR les loix civiles, le pere pouvoit plûtôt tuer ſa fille ſurpriſe en adultere, que le mari ſa femme: *Patri datur jus occidendi adulterum cum filia quam in poteſtate habet, & nemo alius idem jure faciet*, dit le grand Papinien, *in l. 20, ff. ad l. Juliam de adulter.* On l'avoit plûtôt permis au pere qu'au mari, d'autant qu'on avoit bien crû que le pere auroit plus de tendreſſe que le mari, & que l'affection paternelle s'oppoſeroit toujours à cette vengeance. C'eſt la raiſon qu'en rend le même juriſconſulte, en la loi, 22, ſur la fin du même titre. Au lieu, dit-il, que le nom de pere, & la force du ſang, eſt capable d'arrêter ſon ſentiment, le mari s'emporteroit, & c'eſt pourquoi, *mariti calor & impetus facilè decernentis fuit refrænandus.*

2 On n'en eſt pourtant pas demeuré là, & depuis, la loi permit au mari, auſſi-bien qu'au pere, de tirer vengeance de cette injure, & de tuer ſa femme & l'adultere, les ayant ſurpris enſemble. C'eſt ce qu'un autre juriſconſule aſſure en la loi 24, du titre cotté; mais non pas avec autant de liberté que le pere. Au lieu que le pere le pouvoit en quelque lieu qu'il ſurprît ſa fille, & ſans diſtinction des perſonnes, le mari ne le pouvoit qu'en ſa maiſon propre, & avec des perſonnes de condition vile. C'eſt ce qui eſt confirmé en la loi 38, § 8, au titre ſuſdit, & le juriſconſulte en rend cette raiſon: *cùm ſit difficillimum juſtum dolorem temperare.* En effet n'y ayant aucun de plus offenſé que le mari, & ſon reſſentiment étant plus preſſant, ainſi que plus juſte, il y a lieu de s'étonner qu'il ait eu moins de pouvoir que le pere. Mais c'eſt qu'on a crû que celui qui pourroit plus, en feroit moins, & qu'au contraire, il falloit permettre moins à celui qui ſans doute feroit plus. Enfin, pourvû que l'adultere ne fût de condition illuſtre, la loi *Gracchus, Cod. eodem titulo ad l. Juliam, de adulter.* permet au mari de le tuer, & la femme impunément: *quod enim legitimè factum eſt, nullam pœnam meretur.*

3 Ce n'eſt pas ſeulement par les loix romaines, que cela avoit été établi, elles l'avoient emprunté des grecs, & comme ils ont jugé qu'en cette occaſion un mari ne peut pas contenir une ſi juſte douleur, ni arrêter le mouvement qu'elle cauſe, ils ont auſſi excuſé la vengeance qu'il tire de cet affront. La loi des Atheniens étoit conçue en ces termes: *ſi quis adulterum in ipſa turpitudine deprehenderit, de eo quod libuerit ſtatuat.* Plutarque, en la vie de Solon, dit que par la loi qu'il avoit établie, il étoit permis au mari de tuer l'adultere. Mais comme remarque *Samuel Petitus ſuper leges Atticas, lib. 6, tit. 4*, il falloit ſurprendre l'adultere *cum uxore in ipſa turpitudine*, ainſi que dit Ulpien, *in lege 23, & in leg. 29, ff. ad leg. Juliam de adulter.* Ou, comme parle un autre, *in ipſis rebus venereis.* Ce qu'il faut pourtant entendre auſſi-tôt des approches que de l'acte, & du lit que du coït; autrement la preuve en ſeroit bien mal-aiſée, & le mari ne pourroit pas établir ce qu'on ne fait qu'en ténébres. Il ſuffit donc qu'il trouve ſa femme & l'adultere couchés enſemble, ou du moins fermés dant une chambre à heure indue, & dans une diſpoſition qui marque l'action paſſée ou proche. C'eſt afin qu'un mari ne ſe précipite point, & que par un jugement trop prompt, il ne ſe jette point dans un malheur dont après il ſe repente. L'hiſtoire de Gernande eſt aſſez connue, & les théâtres n'ont que trop ſouvent retenti de ſemblables évenemens funeſtes, par une chaleur téméraire & indiſcrete. Il vaut mieux qu'un mari ſe trompe en ſuſpendant ſon jugement, qu'en le précipitant, & il eſt plus à propos qu'il en croye moins que trop. Il peut toujours ſatisfaire à ſa douleur & à ſon honneur en étant bien informé, mais il ne peut pas réparer une mort injuſte & précipitée, & quand il s'en pourroit excuſer envers la juſtice, il ne pourroit pas s'exempter d'un ver éternel qui ronge. Le bon prélat *Yvo Carnotenſis*, écrivant à un ſeigneur qui l'avoit conſulté, *de ſuſpecto uxoris partu*, lui donne ce conſeil ſur la fin de ſon epître 74: *his & hujuſmodi ſententiis correptus, tempera Zelum tuum, ne te & uxorem tuam & ſobolem tuam immoderata ſeveritate trudas in infamiam, quam ſedare non poteris, cùm aliquando pœnitentia ductus multo ſudore ſedare ſtudueris.*

Mais pour paſſer de la théſe générale à l'hypothéſe que nous voulons propoſer, comme on excuſe plûtôt le mari qui tue ſa femme ſurpriſe en adultere, qu'on ne lui permet de la tûer; auſſi l'on doute ſi le mari ayant ſçû la mauvaiſe vie de ſa femme, & lui ayant plûtôt dreſſé un piége pour la ſurprendre qu'il ne la ſurprend, eſt coupable s'il la tue. C'eſt ce qui arriva dans la ville de Montbriſon; & voici l'hiſtoire.

4 Maître Pierre Imbert prevôt des maréchaux au pays de Forêts, ayant épouſé une femme aſſez belle, mais de complexion amoureuſe, connut auſſi-tôt que la beauté n'eſt pas la dot la plus avantageuſe des femmes. Comme il étoit obligé de faire ſes chevauchées, il apprit par divers rapports, que pour ſuppléer à ſon défaut, ſa femme lui ſubrogeoit d'autres cavaliers, & c'eſt ce qui l'obligea de la maltraiter, juſqu'à lui donner le fouet ou les étrivieres. Après cela il s'écoula quelque tems qu'il la tenoit plus ſage & retenue, & qu'il s'en aſſuroit ſur ſes promeſſes. Mais n'ayant diſſimulé & reculé que pour mieux aſſurer ſon jeu, ledit ſieur Imbert fut averti qu'elle renouvelloit ſa faute, & que le nombre de ſes amans étoit plus accrû que diminué. Ennuyé donc de cette mauvaiſe & ſcandaleuſe vie qui le rendoit l'opprobre de ſa ville, il réſolut de ſurprendre ſa femme, & d'en faire un châtiment exemplaire. En effet, une parente de ſa femme l'étant venu viſiter, & s'en voulant retourner, il feint de l'accompagner juſqu'à Rouane; mais après l'avoir conduite juſqu'à la Botereſſe, il lui donne un laquais pour l'accompagner, & lui s'en revient à Montbriſon, où il ſe tient caché avec quelques archers dans une maiſon proche de la ſienne, & de laquelle ils pouvoient voir ceux qui entroient. Non content, il poſe des ſentinelles & des eſpions, pour prendre garde ſi quelqu'un entreroit chez lui.

Ce qu'il avoit ſoupçonné arriva: car un nommé Louis Greyſolon, auquel ſa femme avoit donné aſſignation, étant venu coucher avec elle, dans la croyance que le mari fût plus loin qu'il n'étoit, à peine y fut-il entré environ l'heure de dix, aux petits jours, que la maiſon fut inveſtie, tant du côté de la rue que du jardin, par le mari & ſes archers. Ayant frappé rudement à la porte d'une ſalette qui répond ſur le jardin, & menacé la ſervante ou maquerelle; elle ouvrit la porte, & par ce moyen expoſa à la rage d'un mari for-

BIU Cujas

cené, & sa maîtresse, & son amoureux, lesquels en effet il auroit tué, l'un d'un coup de pistolet, & lautre à coups de poignard. Ce funeste accident arriva la nuit du samedi au 4 janvier 1603, en la maison dudit sieur Imbert, située en la rue saint Jean dudit Montbrison.

A l'instant ayant fait venir le châtelain ou son lieutenant, il lui fit sa plainte, & par icelle lui déclara tout ce qui s'étoit passé. Il reconnut qu'ayant appris que sa femme continuoit ses impudicités, il auroit feint son voyage, & qu'il se seroit tenu caché pour le mieux surprendre. Qu'ayant sçu par ses espions que ledit Greysolon étoit entré chez lui, & s'étoit couché avec sa femme, il y seroit venu pour en tirer raison & s'en défaire. Il est vrai qu'il auroit ajouté que ledit Greysolon lui auroit le premier tiré un coup de pistolet.

Le châtelain de Montbrison ayant informé du tout, & trouvé dans le coffre dudit Greysolon quelques missives écrites par la femme dudit sieur Imbert, & qui témoignoient assez ouvertement l'intelligence qui étoit entr'eux, & le pouvoir qu'il avoit sur elle, ledit sieur Imbert obtint lettres de grace, & un de ses archers avec lui pour lui avoir aidé; en conséquence desquelles il fut ordonné que les parties se pourvoiroient à la cour suivant l'adresse desdites lettres, & que le procès y seroit porté.

Mais comme la servante avoit été compriſe dans la procédure comme maquerelle, & complice de l'adultere, par sentence du châtelain, du 13 février 1603, elle fut condamnée à faire amende honorable, à être battue & fustigée de verges, & bannie à perpétuité, dont elle appella. Elle avoit avoué presque le tout, sçavoir, qu'elle avoit souffert que ledit de Greysolon vînt coucher avec sa maîtresse; mais en déniant d'avoir porté aucunes lettres ni fait aucuns messages, elle s'étoit excusée du reste, sur ce qu'elle n'osoit pas scandaliser sa maîtresse, & découvrir le fait au mari.

Par arrêt de la cour, que nous avons eu en main, contenant le récit du tout, comme y étant les lettres de grace inserées, lesdites lettres furent enterinées; mais non sans peine & sans difficulté, à cause que le mari avoit donné occasion de faire mal, & qu'il avoit plûtôt dressé un piege à sa femme, à dessein de la surprendre, qu'il ne l'avoit surprise inopinément. Nous voulions ajoûter l'arrêt, c'est une piéce qui le mériteroit; mais il s'est trouvé égaré, sa date ne peut être que de ladite année 1603, & jusqu'au mois d'août.

Quant à la servante, la sentence du châtelain fut infirmée, & la cour la renvoya sans autre peine. C'est ce qu'on pourra trouver étrange, puisqu'il semble qu'ayant été complice du crime & du malheur qu'il avoit causé, elle méritoit quelque châtiment, même pour servir d'exemple aux autres servantes, & prévenir leur ministére.

OBSERVATIONS.

Du mari qui tue sa femme surprise en adultére, & des peines de l'adultére.

CEtte question n'est pas ici placée dans son lieu naturel. L'auteur dans les questions 20 & 38 du sixieme livre, tome 3, parle de la même matiere.

Dans cette question il rapporte le fait arrivé dans la ville de Montbrisson, d'un mari qui tua sa femme surprise en adultére, ensemble son complice. Les lettres de grace furent entérinées: la cour y fit quelque difficulté, parce que le mari avoit tendu un piége à sa femme.

La même affaire est arrivée dans la même ville depuis environ dix ans. L'entérinement des lettres n'a point fait de difficulté.

M. Papon, dans son recueil d'arrêts, liv. 22, tit. 8, parle de la peine de l'adultére. Il rapporte plusieurs arrêts, sur-tout il rapporte fort au long le fait de celui de Martin Guerre si célèbre.

5 En France la peine des femmes adultéres, est conforme à celle établie par l'autentique, *sed hodie*, au code, *de adulter. sed hodie adultera verberata in monasterium mittatur: quam intra biennium viro recipere licet: biennio transacto, vel viro, priusquam reduceret, mortuo: adultera tonsa monastico habitu suscepto, ibi dum vivit, permaneat.*

6 Mais au parlement de Paris, quoique la femme condamnée pour crime d'adultére, porte le nom de autentique; (car on l'appelle une femme authentiquée) néanmoins on se relâche tous les jours de la rigueur de l'authentique: car il y a long-tems que l'on ne condamne plus les femmes adulteres à être fustigées, & à présent on leur permet de sortir du monastere après la mort de leur mari. Cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu à la tournelle, le 21 juin 1684; & comme cet arrêt établit une nouvelle jurisprudence, je crois qu'il est a propos de le rapporter ici, avec les plaidoyers des avocats, & celui de monsieur l'avocat général Talon, qui contient toutes les autorités que l'on peut trouver pour & contre.

Sommaire du fait & de la procédure.

PAr arrêt du 9 mars 1673, damoiselle Marie Joisel fut condamnée, entr'autres choses, pour crime d'adultere, sur les poursuites du Sr. Gars son mari, à être mise dans un couvent, où elle seroit rasée & autentiquée après deux ans, au cas que son mari dans le tems de deux ans ne la retirât point. Et l'arrêt portoit, qu'elle seroit recluse le reste de ses jours. Le mari laisse non-seulement passer les deux ans portés par cet arrêt, mais même vit sept ans entiers sans retirer sa femme du réfuge, où elle avoit été mise. Après

BIU Cujas

le décès du ſieur Gars, damoiſelle Marie Joiſel demande ſa liberté. Le tuteur de ſes enfans s'y oppoſe, attire de ſon côté des parens de ſon mari, qui ſe joignent avec lui. D'autre côté les parens d'elle ſe joignent à elle, pour lui faire obtenir la liberté; cela formoit la matiere d'une inſtance au rapport de M. Dubois du Menillet, Conſeiller, laquelle n'a point été jugée. En cet état, le Sr. Thomé, médecin de la faculté de Montpellier, donne ſa requête à la Tournelle, afin d'avoir la liberté d'épouſer Damoiſ. Marie Joiſel. Cette requête ſur la quelle il y eut un vienne, fut ſignifiée au procureur de damoiſelle Marie Joiſel. L'affaire portée entr'eux à l'audience, intervint arrêt, le 29 janvier 1684, ſur les concluſions de monſieur l'avocat général Talon, qui leur permet de ſe marier en préſence de l'huiſſier de ſervice, après qu'il aura été fait un traité de mariage entr'eux, & que les trois bans auront été publiés. En exécution de cet arrêt, les parties font un contrat de mariage, & font publier deux bans. Cela vient à la connoiſſance du ſieur Gars, tuteur des enfans mineurs de damoiſelle Marie Joiſel, qui forme oppoſition à la publication des bans, & à l'arrêt du 24 janvier 1684.

Il réveille les parens de ſon défunt frere, qui ſe joignent avec lui, comme ils avoient fait dans l'inſtance au rapport de M. Dubois. Damoiſelle Marie Joiſel de ſon côté fait intervenir ſes parens, qui ſoutiennent la juſtice de l'arrêt qui lui donne ſa liberté & le pouvoir de ſe marier; & l'affaire portée pour la ſeconde fois à l'audience avec ces différentes parties, intervint ſecond arrêt le 21 juin 1684 encore ſur les concluſions de M. Talon, qui confirme la liberté de damoiſelle Marie Joiſel, & qui lui permet pour la ſeconde fois de ſe marier avec ledit Thomé.

Il faut ici ſuppoſer le plaidoyer qui fut fait par le ſieur Fournier, lorſqu'il plaida la premiere fois la requête du ſieur Thomé, qui tendoit à avoir permiſſion d'épouſer damoiſelle Marie Joiſel : ce fut dans cette audience, qu'après avoir établi ſes qualités & ſes concluſions, il dit que ſa partie l'avoit chargé de faire un compliment pour lui à la cour, & de lui demander en mariage une femme, dont il n'y avoit que le Parlement qui pût diſpoſer, comme le ſeul maître de ſon état & de ſa liberté; qu'il ne ſeroit pas long, parce que dans ces ſortes de demandes en mariage, le compliment le plus court étoit toujours le meilleur, & qu'il devoit ſeulement conſiſter à faire l'éloge de celui qui ſe préſentoit pour épouſer une femme, & à remarquer en même-tems les bonnes qualités de celle dont il faiſoit la recherche.

Que le ſieur Thomé étoit un médecin le plus employé, & de l'une des meilleures familles de la ville de Lyon. Que la demande qu'il faiſoit étoit d'autant plus favorable, que ce n'étoit ni le bien ni les richeſſes qui le faiſoient agir en cette occaſion; puiſque l'arrêt qui avoit condamné damoiſelle Marie Joiſel, lui ôtant ſa dot & ſes conventions matrimoniales, ne lui avoit laiſſé pour tout patrimoine, que les larmes & la douleur en partage : Qu'enfin il eſpéroit que la cour lui permettroit d'exercer la plus haute charité chrétienne qui ait jamais paru dans aucun tribunal de la Juſtice.

Qu'on ne pouvoit aſſez exagérer les qualités de celle qu'il demandoit pour femme; que par dix ans de pénitence & de religion, elle étoit devenue un modéle de ſa ſageſſe & de dévotion.

Qu'une vie ſi exemplaire étoit une dot, qui venant de la main de Dieu, étoit infiniment plus précieuſe que celle que les hommes lui avoient ôtée. On plaida enſuite les moyens par leſquels on prétendoit que le mariage & la liberté ne pouvoient être refuſés à damoiſelle Marie Joiſel : ces moyens ſeront repris dans le plaidoyer que le ſieur Fournier a fait pour le ſieur Thomé & damoiſelle Marie Joiſel conjointement, pour défendre à l'oppoſition que le tuteur des enfans & les parens formerent à l'arrêt du 24 janvier, qui ordonnoit le mariage.

Cependant voici comme maître Vincent, avocat, répondit pour damoiſelle Marie Joiſel, en la demande en mariage du ſieur Thomé.

Plaidoyer, pour damoiſelle Marie Joiſel, veuve de maître Pierre Gars, procureur du Roi au ſiége de Meulan, défendereſſe & demandereſſe. Contre monſieur le procureur général, & maître Jean-Baptiſte Thomé, Médecin, demandeurs & défendeurs

VINCENT A DIT;

MEſſieurs, comme la liberté eſt le plus grand & le plus précieux de tous les biens, il ne faut pas s'étonner ſi ma partie en ayant perdu l'uſage depuis dix ans, joint ſes prieres à celles du demandeur, pour la recouvrer, & pour la rétablir dans un droit que la nature lui a accordé, & que les ſoupçons de ſon défunt mari lui avoient ravi.

Après la mort du ſieur Gars, elle commença de rompre le ſilence, pour demander

BIU Cujas

permiſſion de ſortir du lieu où elle eſt, pour ſe retirer dans une communauté, qui ne fût pas une religion, comme aux filles de la croix ou ailleurs : ſes parens y donnerent leurs conſentemens.

Ce changement de maiſon qui auroit contribué à ſa ſatisfaction, ne réparoit point ſon honneur, ni celui de ſa famille. Elle ne demandoit lors qu'une ſimple liberté, qui n'étoit point accompagnée de tous les avantages qui ſe préſentent aujourd'hui par un bonheur ineſpéré.

Le ſieur Thomé, pour qui on vient de vous plaider, touché de ſes diſgraces, demande à l'épouſer, afin que l'honneur d'un ſecond mariage, couvre les taches honteuſes dont un premier mari avoit voulu flétrir ſa réputation.

J'ai à vous montrer, que ce mariage & cette liberté n'ont rien qui bleſſe la loi divine & humaine, & qu'au contraire les veux mutuels & réciproques qu'ils font, pour jouir de ces deux avantages, ſont conformes à l'eſprit de Dieu, & aux maximes de la politique.

Ma partie vous avoue, que ſi ſon honneur a reçu atteinte, ce n'eſt que par les efforts de quelques vapeurs noires & malignes, qui s'étoient emparées de l'imagination foible du défunt ſieur Gars ſon mari.

Quelques traits agréables, dont la nature a raiſonnablement partagé cette demoiſelle, faiſoient tout ſon crime, & la défiance de ſon mari ne pouvant lui permettre de croire que la beauté & la vertu puſſent ſe rencontrer dans un même ſujet, le jetta dans une horrible jalouſie.

Ceux qui ſçavent ce que c'eſt que cette paſſion, l'ont toujours regardée comme une fiévre, dont on ne ſçauroit guérir ; parce que ſes accès & ſes redoublemens portent ceux qui en ſont malades à la derniere fureur, & aux plus grandes violences.

Quand un mari croit que ſa femme eſt corrompue, il ſe fait un jeu de corrompre des témoins pour la perdre ; & c'eſt dans ces ſortes d'occaſions que la juſtice, qui ne voit que par les yeux des témoins, (qui peuvent être ſubornés) condamne ſouvent l'innocente comme la coupable.

Le ſieur Gars, le plus jaloux de tous les maris, mit toutes choſes en uſage pour perdre celle pour qui je parle, & la fit condamner comme adultere par arrêt du 9 mars mil ſix cent ſoixante treize.

Cet arrêt portoit, qu'elle ſeroit miſe dans une maiſon Religieuſe au choix de ſon mari, qu'il la pourroit voir, même la retirer, ſi bon lui ſembloit, pendant deux ans ; ſinon les deux ans paſſés, qu'elle ſeroit raſée & voilée.

Le mari a vécu ſept années entieres après le tems de cet arrêt ; il y a dix ans que ma partie en a éprouvé la rigueur en ſa perſonne : elle a toujours demeuré depuis ce tems dans le couvent où elle eſt encore aujourd'hui. Les bons exemples qu'elle a donnés de ſa dévotion & de ſa conduite, ont attiré les éloges de ſa ſupérieure & de ſon confeſſeur ; je vous ſupplie, meſſieurs, de me permettre la lecture des atteſtations qu'ils en ont données.

C'eſt une lettre que la ſuppérieure du Refuge écrit à la dame préſidente Gars, parente de celle pour qui je ſuis.

Tout pour Dieu. L'on nous demande quelquefois la conduite des perſonnes que nous avons ; pour mademoiſelle Joiſel, elle eſt bien raiſonnable, & dans le bon deſſein de faire ſon devoir, & de vous donner du contentement à l'avenir. Enfin, madame elle travaille à devenir une véritable chrétienne ; le certificat de monſieur notre eccléſiaſtique vous le fera parfaitement connoître.

Voici encore le certificat que le ſieur Leblanc donne de ſa bonne conduite & de ſa piété.

Je Jacques Leblanc, chargé depuis pluſieurs années de la conduite ſpirituelle de la communauté du Refuge de cette ville de Paris, atteſte à tous qu'il appartiendra, que damoiſelle Marie Joiſel, laquelle eſt dans ladite communauté, y donne depuis long-tems un bon exemple par ſa piété, dévotion & obſervance des réglemens dud. lieu ; que ſes mœurs & vie bien réglés ont obtenu que je la confeſſe & communie preſque toutes les ſemaines. En foi de quoi j'ai ſigné ce preſent certificat, pour rendre le témoignage que je dois à la vérité, & ſervir à lad. Joiſel, aujourd'hui 3 juin 1680. Signé, Leblanc.

Vous ne doutez pas, après la lecture de ces deux certificats, de la conduite de ma partie, & que d'une perſonne qui mene une vie ſi ſainte & ſi réguliere, on n'en puiſſe faire une femme fort accomplie, & qu'elle n'ait toutes les qualités néceſſaires pour rendre un mari fort content.

A l'égard de ſon défunt mari, l'arrêt lui donnoit pouvoir de la faire rafer & voiler, ce qu'il n'a pas fait ; parce que ſon deſſein étoit de la reprendre, comme il l'avoit témoigné pluſieurs fois ; ce qu'il auroit fait, ſi la mort ne l'eût prévenu.

BIU Cujas

Je vous ai remarqué, meſſieurs, que ma partie avoit demandé à ſes parens la permiſſion de ſe mettre dans une communauté non religieuſe, & que ſes parens y conſentirent: & comme ces conſentemens ſont importans, parce que ne conteſtant pas la liberté, le mariage qui eſt une action libre & permiſe à un chacun, ne lui peut pas être interdit: permettez-moi, s'il vous plaît, d'en lire quelqu'un.

Aujourd'hui ſont comparus en perſonnes pardevant Nicolas Doule, notaire royal à Meulan, Jean Gars, écuier, conſeiller ſecrétaire du roi, maiſon & couronne de France & de ſes finances, demeurant audit Meulan, oncle de damoiſelle Marie Joiſel, veuve de défunt monſieur Pierre Gars, vivant, procureur du roi audit Meulan: Charles-François Gars auſſi écuyer, demeurant à Mante, couſin germain: Jean Gars, écuyer conſeiller du roi, prévôt châtelain de la ville & comté de Chaumont en Vexin, couſin germain: Jean de Mouſſeaux, procureur du roi à Chaumont, couſin germain: & Louis Frémont, couſin, & ci-devant tuteur de ladite Joiſel. Leſquels s'étant aſſemblés pour délibérer des affaires de ladite damoiſelle; informés qu'ils ont été par la connoiſſance qu'ils ont priſe de la conduite qu'elle a tenue depuis qu'elle a été miſe par l'autorité dudit défunt Gars ſon mari, dans la maiſon du refuge, & de ſa vie exemplaire; & encore après avoir vu la miſſive de la ſupérieure de lad. maiſon, datée du 4 juin 1680 & le cerrificat du ſieur Leblanc, par leſquels ils ſont confirmés dans la connoiſſance qu'ils ont de ſa vie très-réguliere; & même lad. demoiſelle les ayant prié de trouver bon qu'elle ſe retire dans quelque communauté de piété, ce qui les oblige de conſentir, comme ils font par ces préſentes, & donnant pouvoir au porteur d'icelles, de conſentir pardevant noſſeigneurs de parlement, & partout où beſoin ſera, que ladite damoiſelle ſoit miſe en liberté, pour ſe retirer dans une communauté de piété, comme aux filles de la Croix, ou chez madame de Miramion, qui a témoigné l'agréer, & pour ce faire tout ce qui ſera requis & néceſſaire. Fait & paſſé audit Meulan.

Voilà des conſentemens pour notre liberté: quant au mariage, je n'ai point d'autre partie que monſieur le procureur général, qui ne m'en refuſera pas la permiſſion; puiſque ma demande eſt fondée ſur la loi de Dieu, ſur celle des hommes, ſur l'honneur de notre famille, & ſur ce que ma partie a ſatisfait à ſon mari & à la juſtice.

Par la loi divine, rien ne nous eſt ſi fort recommandé que le mariage & la procréation des enfans.

La genèſe retentit de ce précepte que Dieu a donné aux hommes ſur ce ſujet. Un ſavant homme qui a commenté ces endroits, en rend une belle raiſon. C'eſt, dit-il, parce que Dieu ayant pris plaiſir à créer l'homme à ſon image & reſſemblance, il l'excite & l'encourage à lui donner des créatures, où cette image ſe perpétue pour ſa gloire.

La loi de politique imite en cela la loi de Dieu: donner des hommes à la république, des ſoldats aux princes, des enfans aux peres, eſt ſon unique but, & la plus agréable de ſes eſpérances.

Il y a beaucoup de loix & d'ordonnances, qui ont donné de grands avantages à ceux qui par le nombre de leurs enfans, avoient marqué dans le mariage leur fécondité.

Pouvons-nous parmi les François trouver une preuve plus forte de la conſidération qu'ils en ont toujours eu, qu'un arrêt de cet auguſte parlement, rapporté par Papon, du 12 février 1515, par lequel il fut permis à une femme d'épouſer un homme condamné au dernier ſupplice, qui par la ſainteté du mariage fut garanti de la mort qu'il alloit ſouffrir avec infamie.

Ma partie pourroit dire, ſi je ſuis coupable d'une faute qui ne mérite pas la mort, expiée d'ailleurs par tant de larmes & de ſoupirs, puniſſez-moi de même peine que vous impoſez au coupable du dernier ſupplice: ſi je ſuis innocente, l'aiſſez-moi les droits de l'innocence & de la liberté.

Les loix civiles & canoniques n'interdiſent le mariage qu'à ceux qui par un vœu ſolemnel ſe ſont dévoués à Dieu, ou aux perſonnes impuiſſantes.

Ce n'eſt point là l'eſpece de cette affaire; ma partie ne s'eſt engagée par aucun vœu à l'égliſe, & n'étant âgée que de trente ans, elle eſt en état de marquer ſa puiſſance.

L'arrêt qui la condamnoit n'eſt plus à conſidérer, pour deux raiſons. La premiere eſt, que celui qui l'a fait rendre, & qui ſeul pouvoit, comme mari, pourſuivre ſa femme, n'eſt plus au monde. La ſeconde, la cour ſçait la différence qu'il y a de l'adultere, & des autres crimes: dans les derniers, monſieur le procureur général en peut demander la vengeance en tout tems: mais à l'égard de l'adultere, le ſilence & le repentir du mari fait ceſſer toutes ſortes de plaintes. Tant que le défunt mari de ma partie a vécu, il a eu la malheureuſe ſatisfaction de la retenir dans une priſon; il eſt mort dans le tems qu'il vouloit lui rendre la liberté. Il ne faut pas appréhender qu'il perce l'horreur de ſon tombeau pour venir dire, je ne veux pas que ma femme ſe marie. Il ſçait qu'un mari mort fait place à un autre qui eſt vivant.

BIU Cujas

Mais ſi ma partie a ſatisfait à ſon mari par ſa détention, n'eſt-il pas vrai que par dix ans de retraite elle a ſatisfait entierement à la juſtice.

Vous ſçavez la différence qui eſt entre la juſtice de Dieu & celle des hommes; plus on s'accuſe devant Dieu, plus il pardonne; plus on confeſſe aux hommes, plus ils puniſſent. Tout cela s'appelle juſtice; ma partie a fait pénitence dans le lieu où elle eſt depuis l'arrêt de 1673, elle croit que Dieu lui a pardonné & lui pardonnera. Elle eſpere que les Juges lui pardonneront: puiſque celui qui excitoit leur colere, ne leur demande plus rien.

Ajoûtez, meſſieurs, à ce que j'ai l'honneur de vous dire, deux conſidérations, par leſquelles je finis.

La premiere ſe tire du conſentement des parens, dont je vous ai fait lecture, leſquels conſentant à ſa liberté, la rendent maîtreſſe de ſon ſort, pour pouvoir contracter mariage.

La ſeconde conſidération eſt, que l'honneur de ma partie, celui de ſes enfans & de toute ſa famille, dépend de ſon mariage & de ſa liberté.

Ils ont eu le déplaiſir ſenſible de la voir condamner comme une femme de déſordre: ils auront le plaiſir de la voir vivre avec fidélité avec celui qui ſe préſente pour couvrir leur honte.

Un mari a cauſé tous les malheurs, un mari les répare; le mariage qui lui fut ſi funeſte devient ſon ſalut: elle trouve le port où elle a fait naufrage, & un aſile aſſuré, où ſa perte & ſa ruine paroiſſoient inévitable.

Que le Perſée de l'antiquité, qui n'eſt qu'une invention de la poéſie, devienne par votre moyen une vérité pour le ſieur Thomé: permettez qu'il arrache celle pour qui je ſuis, du couvent où elle eſt attachée depuis dix années, comme à un rocher fatal, ſur lequel elle étoit expoſée aux chagrins & au remord les plus cuiſans.

Le ſieur Thomé ſe préſente pour le vaincre, trouvez bon qu'il remporte la victoire. Si vous lui accordez cette grace, ma partie vous proteſte qu'elle employera tous les momens de ſa vie à remercier la juſtice des faveurs qu'elle lui aura faites, & à marquer par ſa conduite la conſidération qu'elle doit toujours avoir pour ſon libérateur.

Je conclus à ce qu'il plaiſe à la cour permettre à ma partie d'épouſer le ſieur Thomé.

Extrait des regiſtres du parlement.

ENtre Jean-Baptiſte Thomé, docteur en médecine de la faculté de Montpellier, demandeur en requête par lui préſentée à la cour, le ſept de ce préſent mois de janvier; tendante à ce qu'il lui plût lui permettre d'épouſer damoiſelle Marie Joiſel, veuve de défunt Maître Pierre Gars, vivant procureur du roi au ſiége royal de Meulan, détenue dans la maiſon de Sainte-Pélagie en vertu de l'arrêt de la cour même dans ledit couvent, enſuite de quoi ladite damoiſelle Joiſel pourra ſortir pour vivre maritalement avec le demandeur, d'une part, & ladite damoiſelle Marie Joiſel, veuve dudit défunt maître Pierre Gars, vivant procureur du Roi au ſiége royal de Meulan, défendereſſe, d'autre, ſans que les qualités puiſſent préjudicier aux parties. Après que Fournier, avocat dudit demandeur, & Vincent, avocat de la défendereſſe, ont été ouis pendant une audience, enſemble Talon, pour le procureur général du roi: la cour ayant égard à la requête, permet aux parties de contracter mariage; & à cet effet, ordonne que les articles & contrat de mariage ſeront ſignés à la grille du Refuge où eſt la partie de Vincent; laquelle, après la publication des trois bancs, ſera conduite du Refuge en la paroiſſe dud. lieu par du Mur, huiſſier en la cour, qui s'en chargera, pour, en ſa préſence, être procédé à la célébration dud. mariage, & ce fait, être remiſe entre les mains de ſon mari; quoi faiſant, la ſupérieure en demeurera bien & valablement déchargée. Fait en parlement, le 29 janvier 1684.

Contre cet arrêt il y a eu oppoſition formée par le tuteur des enfans mineurs de Marie Joiſel. Il y a eu des interventions de parens, tant du défunt ſieur Gars, que de Marie Joiſel, les uns conteſtans, les autres approuvant ſa liberté & ſon mariage.

Cela a donné lieu à une ſeconde & ample plaidoyrie.

On n'a pas pû avoir le plaidoyer de M. Alier, avocat du tuteur des enfans mineurs & des parens paternels; mais au lieu de ce, on a trouvé le factum ſuivant, qui contient les mêmes moyens que ſon plaidoyer.

Factum

BIU Cujas

Factum, ſervant de plaidoyer, pour M. Denis Gars, ſubſtitut de monſieur le procureur général à Meulan, tuteur des enfans mineurs de défunt Pierre Gars, avocat au conſeil, & de Marie Joiſel, défendeur. Et encore, pour le ſubrogé tuteur, & ſix autres parens paternels de ces mineurs, intervenans. Contre Marie Joiſel, & Jean-Baptiſte Thomé, demandeurs en requête. Et encore contre ſix parens maternels de Marie Joiſel, qui ſont intervenans.

QUESTION.

IL s'agit de ſavoir ſi une femme qui a vêcu dans un continuel adultere, (1) & qui, pour réparation de ce crime, a été condamnée à être autentiquée, peut prétendre que ſa peine ſoit finie par la mort de ſon mari, & demander à être affranchie de cette peine, ſous prétexte d'un mariage qu'un particulier veut bien contracter avec elle.

(2) La ſentence de condamnation (3) porte, que Marie Joiſel ſera miſe dans un couvent, au choix de ſon mari, pour y demeurer pendant deux ans en habit ſéculier, pendant leſquels il pourra la voir, même la reprendre, & après les deux années y être raſée & voilée, pour y demeurer le reſte de ſes jours, & y vivre comme les autres religieuſes. Cette ſentence a été confirmée (4) par un arrêt rendu au rapport de monſieur Hervé, qui a été exécuté.

(5) Il y a eu depuis un autre arrêt, qui a ordonné qu'elle ſeroit renfermée dans le réfuge : c'eſt le lieu d'où elle demande la liberté de ſortir, pour contracter mariage avec ce particulier, ſoi-diſant médecin en la faculré de Montpellier, qui veut bien l'épouſer.

(6) On ne peut le lui permettre, parce qu'il ſe trouve une incompatibilité inſurmontable entre la peine à laquelle elle a été condamnée, & ce mariage qu'elle veut contracter. Sa peine eſt d'être renfermée le reſte de ſes jours dans un monaſtère, pour y vivre comme les autres religieuſes : on ne peut pas un état plus contraire à cette peine que celui du mariage, & ſi on lui accordoit ce qu'elle demande, ſa peine qui devroit être auſſi longue que ſa vie, ſe trouveroit finie par ce moyen : l'incompatibilité eſt évidente.

Premiere propoſition.

Pour la lever, il faudroit deux choſes également prohibées. 1°. Révoquer les arrêts qui ont été juſqu'à préſent exécutés, & contre leſquels il n'y a point d'ouverture, ni dans la forme ni dans le fonds, ou de réviſion de procès. 2°. Révoquer une peine (7) prononcée en connoiſſance de cauſe, ce qui excede (8) le pouvoir des magiſtrats, *nè quidem Senatui libertas ad pœnitendum fuit*, parce que c'eſt une grace, & que le pouvoir de l'accordet à une perſonne condamnée eſt la marque la plus eſſentielle & la plus conſidérable de la ſouveraineté, & pour ainſi dire, le plus beau fleuron de la couronne.

Seconde propoſition.

D'ailleurs, il ſeroit d'un pernicieux exemple dans le public (9) de donner lieu aux

(1) Avant l'accuſation, avec des voleurs & Danabert ; pendant le procès dans les priſons mêmes où elle étoit détenue, & depuis le procès, pendant le peu de libeité qu'elle eut après ſon évaſion des Madelonnettes.

(2) *Sentence de condamnation, du 14 ſeptembre 1672.*

(3) Condamnation conforme à l'autentique, *ſed hodie : adultera verberata in monaſterium mittatur, quam intra biennium viro recipere licet ; biennio tranſacto, vel viro priuſquam reduceret ream mortuo, ibi dum vivit permaneat, l. 30 ; paragraphe, ſed hodie ad legem Juliam de adult. Jubemus adulteram mulierem, competentibus vulneribus ſubactam, in monaſterium mitti : & ſi quidem intra biennium recipere eam vir ſuus voluerit, poteſtatem ei damus hoc facere, & copulare ei, nullum periculum ex hoc metuens, & nullatenùs, propterea quæ in medio tempore facta ſunt nuptias læsi : ſi verò prædictum tempus tranſiverit, aut vir priuſquam recipiat mulierem moriatur, tondere eam & monachicum habitum accipere, & habitare in eo monaſterio, in omni propriæ vitæ tempore, nov. 134, paragraph. ſi quando.*

(4) Arrêt confirmatif du 9 mars 1673.

(5) *Second arrêt du 28 mai* 1674.

(6) *Caſtitati temporum meorum convenit, de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perſeverare, l. 9, C ad leg. Jul. de adult.*

(7) C'eſt une peine afflictive, parce que ſur l'appel on interroge ſur la ſellette celle qui y a été condamnée par les premiers juges, *ord. 70, parag. 4, art. 21.*

(8) M. le Bret, en ſon traité de la ſouveraineté du roi, liv. 4, chapitre 6 ; Bodin en ſa république, livre 1, pag. 173.

(9) La punition des criminels eſt abſolument néceſſaire, *ut tollatur malum de medio veſtri, & univerſus Iſrael audientes pertimeſcat. Deut. 19 & 21.*

BIU Cujas

femmes, que l'adultere a comme retranchées de la ſociété civile, d'eſpérer que les peines auſquelles elles auroient été condamnées pourroient finir avec la vie de leurs maris, parce que ce ſeroit leur donner une plus forte paſſion de s'en défaire par le fer ou par le poiſon, ce qu'ils ne pourroient éviter qu'en ſacrifiant au ſilence la vengeance du plus cruel affront qu'ils puiſſent recevoir.

OBJECTIONS.

On oppoſe deux choſes : 1°. *Que dans le fait particulier, les arrêts n'ont point été exécutés.* 2°. *Que ſi Marie Joiſel s'étoit remariée, ſon mariage ſeroit valable, d'où l'on tire cette conſéquence, qu'on ne peut pas l'empêcher de le contracter, & que les crimes dont elle a été convaincue, non plus que les peines auſquelles elle a été condamnée ne peuvent y apporter aucun empêchement dirimant.*

Réponſes à la premiere objection.

La premiere objection tombe d'elle-même. Premierement, parce que bien loin que l'on puiſſe dire que le mari ait eu la lâcheté ou même le deſſein de reprendre ſa femme, on ne peut diſconvenir 1°. qu'il n'ait conſommé le choix que l'arrêt lui donnoit d'un couvent pour renfermer ſa femme, en choiſiſſant la maiſon des Filles de la Magdeleine. 2°. Qu'il ne l'ait effectivement renfermée. 3°. Qu'après ſon évaſion de ce monaſtère, il n'ait fait les pourſuites néceſſaires pour la reprendre; & qu'ayant enfin découvert le lieu de ſa retraite, il ne l'ait fait arrêter & renfermer dans le Refuge, où la cour, par un arrêt du 28 mai 1674, avoit ordonné qu'elle ſeroit miſe.

En ſecond lieu, parce que le ſurplus de l'exécution de cet arrêt ne concernoit point le mari, & que la cérémonie du voile n'étoit point de ſon fait. L'arrêt prononce, qu'après les deux années elle ſera raſée & voilée; *quid juris*, ſi le mari n'avoit pas vécu ces deux années? L'autentique dit, *biennio tranſacto, vel viro priuſquam reduceret ream mortuo, adultera tonſa, Monaſtico habitu ſuſcepto, ibi dum vivit permaneat.* Ainſi jugé par arrêt (2) de l'année 1674, du parlement de Bordeaux, où la queſtion s'étoit préſentée. Par arrêts (3) des 16 décembre 1604, & 6 ſeptembre 1584, il avoit été arrêté que les deux années expirées, la femme condamnée ſeroit fuſtigée de verges par la ſupérieure du monaſtère où elle auroit été renfermée, & qu'elle ſeroit tondue & voilée : on ne voit pas que le miniſtère du mari fût requis dans cette cérémonie, qu'il fallût aucune déclaration de ſa part avant l'exécution de cette derniere partie de la peine; il n'y a ni loi ni ordonnance qui en preſcrive d'autre formalité : de ſorte que l'on peut dire, qu'après ces deux années expirées ſans que le mari l'ait repriſe, elle devient eſclave de la peine, & que le ſurplus regarde la ſupérieure du lieu où elle eſt renfermée.

Troiſiemement, c'eſt qu'il faut obſerver que le lieu de ſa détention a été commué par un arrêt, & qu'au lieu d'un couvent, parce qu'il étoit impoſſible d'en trouver un, dans lequel on voulût recevoir une femme ſi corrompue, il a été ordonné qu'elle ſeroit renfermée dans le Refuge. Ce n'eſt pas un lieu régulier, il n'y a point de religieuſes; donc il ne s'agiſſoit plus de ſçavoir ſi elle ſeroit voilée, & ſi elle ſeroit tenue de vivre régulierement comme les autres religieuſes; il ne reſtoit plus de ſa premiere condamnation que cette clôture perpétuelle dans laquelle ſon mari l'a tenue renfermée juſqu'au jour de ſon décès.

D'ailleurs, on peut dire que l'habit qu'elle porte lui tient lieu d'habit de religieuſe : les femmes qui ſont dans le Refuge ſont vêtues en pénitentes, d'habits noirs à grandes manches, avec une jupe griſe, leurs cheveux ſont raſés ou cachés, & ne paroiſſent point. Cette maniere de vêtement eſt bien différente de celle dont pluſieurs demoiſelles qui ſont renfermées dans cette maiſon ſe ſerviroient, ſi elles étoient dans le monde, ou ſi elles ſe pouvoient diſpenſer de ſuivre la regle de cette maiſon. Il faut donc la regarder comme revêtue d'un habit de pénitente, au lieu de celui de religieuſe dont elle auroit été couverte, s'il n'en avoit été autrement ordonné; & cet habit eſt plus convenable à ſa peine que le premier, qui n'a été inventé que pour diſtinguer tant de femmes qui ont renoncé volontairement au monde & à ſes plaiſirs, pour faire vœu de chaſteté, & dont les adulteres ſont indignes. (4)

(2) Rapporté par Peyrere, en ſes déciſions, lett. A, N.

(3) Rapportés par Jouet, en ſa bibliothéque des arrêts, lett. A, ch. 5, n. 9.

(1) Le pape Pélagius, qui occupoit le ſaint ſiége en 555, ne put approuver qu'on enfermât les femmes impudiques avec les religieuſes, *ad quid devirginata cum virginibus, polluta cum puris, corrupta cum integris, adultera cum caſtis, & Deo dicatis ?*

BIU Cujas

De ſorte que l'on peut dire que le mari a exécuté les arrêts en tout ce qui étoit de ſon fait, & autant que faire le pouvoit.

Réponſes à la ſeconde objection.

A l'égard de la ſeconde objection, il ſeroit difficile de s'imaginer ſur quel fondement on peut faire une pareille propoſition, puiſqu'elle manque par le principe, & que lorſque la queſtion s'en eſt préſentée, il a été jugé qu'il y avoit abus en un mariage contracté avec une femme autentiquée, & qui avoit trouvé le moyen d'échaper de ſon monaſtère. Cet arrêt a été rendu ſur un procès évoqué du parlement de Bourgogne, & eſt rapporté par Fevret, (1) en ſon traité des appellations comme d'abus, liv. 5, ch. 3, nomb. 15: on a jugé à propos de le faire tranſcrire dans les propres termes que l'auteur l'a donné au public.

Demoiſelle Marie N, femme de Simon N, ſeigneur de Saint Cyr, ayant été condamnée par arrêt du 20 janvier 1622, pour réparation du crime d'adultere, à être battue & fuſtigée de verges ſous la cuſtode; ce fait, être miſe dans un monaſtère pour y être recluſe, tondue, raſée & vêtue de l'habit de religieuſe, pour y vivre le reſte de ſes jours religieuſement, fut tirée de la priſon le 22 février enſuivant, par autorité de la cour. Six ſemaines après, elle débauche (2) deux religieuſes, & s'évade du monaſtère, par intelligence. Le mari fait de rechef informer de cette évaſion, & meurt avant le procès inſtruit. Alors elle penſe de nouveau à ſe marier; & ayant attiré & ſéduit un jeune homme de maiſon honorable, (3) elle l'épouſa à Paris, en une paroiſſe égarée, ſans publication de bans, & en préſence de perſonnes ſuppoſées, qu'elle diſoit être parens de ſon mari. Cela venu à la connoiſſance des parens de ce jeune homme, ils interjettent appel comme d'abus de ce prétendu mariage, & font renvoyer le procès au parlement de Dijon, où les appellans fondoient leur abus: *Sur ce que cette femme adultere, condamnée à demeurer perpétuellement recluſe en un monaſtère, étoit incapable de tous actes civils: que ſon prétendu mariage étoit pour rendre illuſoire & ſans effet l'arrêt qui portoit qu'elle ſeroit recluſe & renfermée à perpétuité*; que cette condamnation emportoit une mort civile, *Barth. ad leg. 2, D. de public. judic.* Que les loix Romaines, avant que l'adultere fût puni de mort, marquoient d'une telle infamie la femme condamnée pour ce crime, qu'elles ne lui permettoient plus de contracter mariage, & même puniſſoient celui qui la prenoient pour femme: *Is in legem committit qui publicè damnatam adulterii recipit uxorem. L. ſine metu C. de adult. de jure connubiali.* Que ſi cette femme n'étoit pas religieuſe, elle étoit pourtant incapable de ſe marier, ſoit parce qu'elle étoit condamnée pour crime d'adultere, ſoit parce que ſon arrêt de condamnation l'obligeoit à demeurer recluſe tout le tems de ſa vie; qu'elle n'avoit plus ni la puiſſance de ſon corps ni la liberté de ſa volonté: que quant au corps, il étoit comme confiſqué par cette eſpece de mort civile; & pour la volonté, dont la liberté étoit abſolument requiſe audit mariage, qu'elle l'avoit perdue, *quia pœnæ ſervus neque voluntatem, neque jus eligendi, aut conſentiendi libertatem habere poterat. Cujacius, obſervat. lib. 3, cap. 10* (4). Qu'il lui falloit une abolition du prince, ou des lettres de commutation de peine: qu'elle s'étoit dérobée à la juſtice par ſon évaſion, & avoit contracté mariage, au lieu de finir ſes jours dans un monaſtère, ſinon en qualité de religieuſe, du moins comme pénitente

(5) Que la clandeſtinité & nullité de ſon prétendu mariage étoit apparente, pour n'y avoir gardé les ſolemnités preſcrites par le concile de Trente, & par les ordonnances du royaume, d'où réſultoit un abus notoire. Par ainſi, qu'elle devoit être rétablie dans le monaſtère d'où elle s'étoit évadée, & juſqu'à ce déclarée incapable d'eſter en jugement. La cauſe plaidée par trois audiences audit parlement de Dijon, à huis clos en la grand'chambre.

(1) Arrêt qui a jugé la queſtion. Fevret, en ſon traité des appellations comme d'abus, l. 5, ch. 3, n. 15.

(2) *Marie Joiſel en a fait autant; il eſt juſtifié par les informations, qu'en ſe ſauvant des Madelonnettes, elle emmena avec elle une jeune novice.*

(3) On ne dit point qu'il fût mineur, ni en puiſſance de pere & mere, ce n'étoit point auſſi le complice de l'adultère qu'elle avoit commis du vivant du mari.

C'eſt ce qui a été plaidé.

(4) *Cela a été plaidé.*

(5) Son mari n'étant point mineur, ni en puiſſance de pere & mere, ce défaut n'eût pas été ſuffiſant.

BIU Cujas

31 *janvier* 1634. *Dispositif de l'arrêt.*

Il y eut arrêt donné le mardi dernier janvier 1634, par lequel il fut dit qu'il avoit été mal, nullement & abusivement procédé, le mariage déclaré nul & abusif, & non-valablement contracté, les intimés condamnés en l'amende de l'abus & aux dépens. *Cependant que cette femme seroit rétablie dans le monastère de Sainte-Magdeleine de Paris, suivant l'arrêt du 20 janvier 1622, pour y demeurer le reste de ses jours, en lui fournissant par ses enfans 500 liv. à elle adjugées par le même arrêt* (1). Tellement qu'il a été jugé que la femme condamnée par adultère à la peine contenue en l'autentique, *sed hodie* (2), en cas que son mari ne la reprenne dans les deux ans, ne peut plus après la mort d'icelui se soustraire à la peine qu'elle a mérité, ni quitter le monastère auquel elle a été recluse pour le reste de sa vie, pour passer à un nouveau mariage. Il y avoit encore cela de particulier au fait du mariage nouvellement contracté, qu'on accusoit (3) cette femme d'avoir voulu attenter à la vie du sieur de Saint Cyr son premier mari.

Plaidoyer, pour maître Jean-Baptiste Thomé, Médecin de la Faculté de Montpellier; & damoiselle Marie Joisel, veuve de maître Pierre Gars, substitut de M. le procureur général au bailliage de Meulan, défendereſſe en opposition & en intervention. Contre le sieur Gars, tuteur des enfans mineurs du feu sieur Gars, & de damoiselle Marie Joisel, opposans, & quatre parens paternels, intervenans. Et encore six parens maternels, intervenans pour damoiselle Marie Joisel.

FOURNIER A DIT:

MEssieurs, puisque la cour par l'arrêt qu'elle a rendu en connoissance de cause, & avec messieurs les gens du roi, a autorisé l'union de ceux pour qui je parle, en leur permettant de contracter & de célébrer mariage: J'ai cru, que n'ayant plus qu'un seul intérêt à soutenir, je ne devois pas diviser leur défense, comme j'avois fait la premiere fois que cette cause a paru en votre audience.

C'est dans cet esprit, que faisant réflexion pour mes parties sur les qualités de ceux sous le nom de qui on conteste la liberté de l'une & le mariage de tous les deux; quand je me représente ce tableau infâme où l'on a dépeint une mere chargée de tout ce que l'adultère, l'assassinat & le poison ont de plus criminel & de plus odieux: que pour commencer ce même tableau, on a mis le pinceau à la main de ses propres enfans: que pour le travailler & le finir, on leur a fait employer les couleurs les plus noires, pour tracer les traits les plus horribles que l'art ait pu inventer: Je suis obligé d'avouer que cette cause ma paru sans exemple, & que voilà la premiere occasion où l'on ait vu un tuteur abuser avec tant d'emportement de la voix du sang, qu'il semble que par son moyen l'honneur se révolte contre l'honneur avec injustice; les enfans se soulevent avec impiété contre leur mere, & la nature s'oubliant & se méconnoissant, s'arme avec inhumanité contre elle-même.

Cependant comme la peinture, aussi-bien que la poésie, n'est que la production d'une imagination échauffée, que l'une & l'autre étant les enfans de la fiction & du mensonge, ne trompent les yeux & les oreilles que pour un bien petit espace de tems, sans avoir jamais le secret de s'établir dans le cœur de l'homme comme des vérités solides; je suis persuadé que ce tableau, tout artificieux qu'il est, n'a laissé aucune impression dans vos esprits.

Les mouvemens de tendresse & de respect que la naissance inspire aux enfans pour ceux qui leur ont donné la vie, ne permettent pas de présumer que tout ce qu'on vous a plaidé pour les filles de damoiselle Marie Joisel, parte véritablement ni de leur main, ni de leur cœur. La nature se faisant justice à elle-même de l'outrage qui lui est fait, efface avec plaisir tous les traits qu'on leur impute, & dans le moment qu'elle montre & découvre au public ce tuteur passionné comme le véritable peintre, & le seul auteur de l'ouvrage par lequel on a prétendu les déshonorer, elle désavoue hautement pour eux le langage qu'on leur a fait tenir.

Ces sentimens, que même les plus injustes conçoivent, ont jetté ce tuteur dans la con-

(1) C'est ce qui est à juger.

(2) *Marie Joisel n'en a pas moins fait, elle a fait prendre trois fois du poison à son mari; comme il est mort à 44 ans, il y auroit lieu de présumer que ce seroit le venin qui auroit fait enfin son effet.*

(3) Mais il y a apparence que cette accusation étoit mal fondée, puisqu'elle a été renvoyée dans son monastère.

BIU Cujas

fusion ; c'est ce qui l'a obligé de mandier le secours de trois ou quatre parens paternels qui étant dans sa dépendance, se mêlent indiscretement dans le combat avec lui.

Mais comme la guerre qu'on nous livre est injuste, comme les armes dont ils se servent sont aussi foibles qu'elles sont honteuses, il faut qu'en moins d'une heure de combat de ma part, lui & ses troupes auxiliaires souffrent la défaite que mérite la témérité de leur entreprise.

Pour en venir à bout ; on ne sçauroit disconvenir que les actions qui sont portées en justice, ne se soutiennent que par l'intérêt public, ou par l'intérêt particulier de ceux qui les intentent.

Dans l'espece de cette cause, tout ce qu'il y a de raisons, soit naturelles, soit politiques, concourent à faire voir la justice qu'il y a dans la demande que nous faisons, pour la liberté & pour le mariage. En cela nous ne blessons ni l'intérêt public, ni l'intérêt particulier; c'est ce que j'ai à vous établir ; & c'est en quoi consiste toute ma défense.

Il est de l'intérêt public, que ceux qui sont nés libres ne perdent pas ce bien précieux que la nature leur a donné, & on ne peut le leur ôter sans injustice & sans crime.

Il est de l'intérêt politique, que les mariages qui donnent des sujets aux princes qui sont sur la terre, & des créatures à celui qui est dans le ciel, puissent être librement contractés. Et ceux qui veulent s'y opposer, à moins qu'ils ne fassent voir des obstacles légitimes, sont coupables de plusieurs homicides, dont le nombre se compte par celui des (1) enfans qui auroient vû le jour si on ne s'étoit point opposé à leur naissance.

Mais pour vous montrer encore plus sensiblement, que l'intérêt public ni l'intérêt politique ne résistent point à notre demande : Je passe légerement les raisons dont je me suis servi la premiere fois pour en établir la proposition, pour aller plus vîte au détail des raisons solides dont s'est servi celui de messieurs les gens du roi, qui nous a donné ses conclusions lors de l'arrêt, auquel on demande d'être reçu opposant.

» Tout le monde est instruit de la maniere avec laquelle dans tous les tems, dans la » plus pénible & l'une des plus glorieuses fonctions de la magistrature, ce grand homme » a fait voir avec autant de zéle que de force ; qu'il n'y avoit que l'intérêt du roi & du » public qui l'animoit dans toutes ses actions.

Je toucherai donc succintement ses raisons & les miennes, & je prétens que ç'en sera trop pour servir de réponse aux mauvaises objections qui m'ont été faites, & dont la plus forte est de dire, que damoiselle Marie Joisel est devenue une esclave de la peine, & que c'est une femme retranchée de la société civile par l'arrêt qui l'a condamnée pour adultére.

La premiere raison qui fut touchée, est tirée d'une loi que Dieu a lui-même prononcée par la bouche de celui de tous ses apôtres, auquel il avoit communiqué plus de lumieres & de connoissances. St. Paul parlant aux Romains dans le chapitre septiéme, a préciſément borné à la vie du mari la puissance qu'il avoit sur sa femme, ne voulant pas qu'après sa mort on pût faire revivre son autorité éteinte, pour continuer contre la femme qui le survivroit.

Le premier verset du ch. 7, le décide formellement par ces termes, qui sont dignes de la majesté de votre audience : *nam quæ sub viro est mulier, vivente viro alligata est legi; si autem mortuus fuerit vir ejus, soluta est à lege viri.*

Et comme si ce judicieux & sçavant apôtre, pénétré de cette vérité qui lui étoit inspirée par le premier de tous les législateurs, eût cru qu'il ne s'étoit pas encore assez nettement expliqué ; il reprend dans le verset suivant la même doctrine, par une maniere de conclure en philosophe & en jurisconsulte : *Igitur vivente viro vocabitur adultera, si fuerit cum alio viro ; si autem mortuus fuerit vir ejus : soluta est à lege viri.*

Par toutes les subtilités des jurisconsultes, cette jurisprudence, qui est puisée dans la source féconde de tout ce qu'il y a jamais eu de raisons & de loix, cette sage décision n'a pû être changée ni par l'aveuglement des enfans, ni par la malice des parens d'un mari qui n'est plus.

La mort a ses droits, aussi-bien que la vie ; tant qu'un mari est vivant, il n'est pas juste que sa femme pour l'avoir trahi, devienne à sa confusion la femme d'un autre, sa douleur & sa vengeance ne peuvent finir qu'avec lui ; mais dès le moment que la mort l'a enlevé à sa douleur & à son ressentiment, elle affranchit le femme de l'esclavage auquel il avoit le pouvoir de la soumettre pendant sa vie ; & quand il n'est plus au monde, ses enfans ni ses héritiers ne doivent pas compter dans sa succession, & parmi les biens de son patrimoine, les chagrins qui lui étoient personnels, & que la terre couvre pour toujours après lui. Aussi le sçavant Grotius l'un des plus éclairés hommes du siécle, sur ces mots de saint Paul, *soluta est à lege viri*, dit fort à propos, (*id est à pœna adulterii*) la mort du mari est une abolition & une amnistie pour la femme qui le survit.

(1) *Irnerius, lib. 2, cap. 6.*

BIU Cujas

Des autorités si fortes & si illustres que celles-là, servent de réponse à ces deux actes qui ont été faits par le défunt sieur Gars, & qui sont sous signatures privées & non reconnues en justice. Que le sieur Gars ait transcrit tant qu'il lui a plu dans son cabinet la disposition de l'autentique *sed hodie*; qu'après une sombre & noire méditation, il ait mis au dos de cette autentique, par un mauvais latin accompagné de soléciſmes, qu'il vouloit qu'elle fût exécutée après sa mort; que d'un ton de magistrat il ait prononcé ces grands mots: *est lex de Maria Joisel, quam, me mortuo, sequi volo*, lui qui parloit pour ainsi dire, la loi à la main, ne devoit-il pas sçavoir que sa magistrature, aussi-bien que son pouvoir finissoit avec sa vie?

Il faut que lors du second acte il fut devenu plus sçavant qu'il n'étoit lors du premier: car dans le second acte il pardonne à sa femme; & quand il dit, que c'est sans préjudice de l'exécution de sa sentence & de son arrêt, cela ne se peut entendre que de la confiscation qu'il prétendoit appartenir à ses enfans, de la dot, & des conventions matrimoniales, en quoi il n'entend pas leur faire de préjudice par le pardon qu'il lui accorde; & tout homme de bon sens ne se persuadera pas qu'il demande une peine aussi dure & aussi cruelle qu'est celle d'une religion forcée, pour celle à laquelle il déclare qu'il pardonne.

Quoi qu'il en soit, ce n'est point le mari qui doit décider après sa mort du sort de sa femme, c'est la loi: la loi borne à la vie du mari la puissance qu'il a sur sa femme; c'est la premiere raison qui fut touchée.

Une seconde raison qui vous fut remarquée, fut de vous dire, que la clôture perpétuelle, non plus que la prison, n'étoient point des peines parmi les François.

Nous avons en cela suivi la disposition du droit civil dans cette loi, *aut damnum ff. de pœnis*, qui ne vouloit pas que la prison fût imposée comme une peine aux condamnés.

L'empereur Adrien en avoit fait un édit particulier, comme il se voit par la loi *mandatum*, au même titre.

L'empereur Antonin, dans la loi 6, au code *de pœnis* va plus loin: il dit, qu'il ne peut pas croire qu'on ait jamais condamné un coupable, non pas même un esclave, à une prison perpétuelle.

De tout cela il faut tirer cette conséquence, que la religion forcée étant une véritable prison, & n'étant point une peine ni du droit civil, ni de notre droit François, les juges qui avoient prononcé que damoiselle Marie Joisel demeureroit en religion, peuvent l'en faire sortir. On remet aisément une peine qui n'a pour titre aucune Ordonnance, particulierement dans le cas de l'adultere, où les condamnations sont plus de fait que de droit, comme le soutient monsieur Louet (1) dans ses arrêts, & se jugent suivant le sentiment de maître Anne Robert, *ex variis causarum figuris*.

Mais particuliérement encore, quand il intervient des raisons nouvelles qui n'avoient pas pû être prévûes lors de l'arrêt de condamnation.

Premiérement, lors de l'arrêt qui avoit condamné damoiselle Marie Joisel, la cour ne pouvoit pas prévoir le cas qui est arrivé, que la femme survivroit le mari: au contraire, l'arrêt présuppose que le mari survivroit sa femme, qui eut été le sujet de la continuation de la peine contre la femme, pour la satisfaction du mari.

La seconde raison nouvelle, est la longueur des peines & des souffrances que sa femme avoit endurée depuis dix ans de religion & de pénitence.

La troisieme raison nouvelle, qui ne pouvoit pas pareillement être prévue lors de l'arrêt de condamnation, est que la cour ne prévoyoit pas que le mari étant mort, on rechercheroit sa femme en mariage; pour la célébration duquel sa liberté ne lui peut être contestée.

Mais une derniere réfléxion que je fis, fut de vous soutenir, que pour empêcher par proviſion qu'un mariage ne pût être célébré, il faudroit avoir les mêmes raisons qui seroient nécessaires pour le rompre, s'il avoit été fait.

Cet endroit est le véritable point de notre cause, permettez que je vous l'explique nettement & solidement, en remettant succintement les véritables maximes que nous enseignent sur ce sujet le droit civil, le droit canonique, la discipline de l'église & notre droit François.

Quant au droit civil, je ne prétens pas vous rappeller les différentes jurisprudences touchant les peines qui se prononçoient contre les adulteres.

Il me suffira de vous observer que par le dernier droit, qui est celui des novelles, par l'autentique, *sed hodie*, la peine de la femme adultere consistoit à la priver de son bien, & à l'enfermer dans une religion: sa rigueur, que le pape Pelage a blâmé, ne va pas plus avant: de sorte que quand nous supposerions que notre cause se devroit juger suivant toute la rigueur de cette autentique; rien ne s'opposeroit à la liberté que la femme, quoique condamnée pour adultere, prétend justement avoir, de contracter mariage quand son mari est décédé.

(1) Lettre A, nomb. 18, & son commentaire.

BIU Cujas

L'autentique ne dit point qu'une femme convaincue d'adultere ne pourra jamais ſe remarier ; les loix penales, comme eſt cet autentique, ne ſont point ſujettes à extenſion, au contraire, comme ce ſont des déciſions odieuſes, elles doivent être reſtraintes & limitées, ſuivant l'opinion des juriſconſultes & des empereurs.

Que ſi le droit civil dans ſa derniere juriſprudence, n'ôte point à la femme adultere la faculté de ſe remarier, la loi canonique, qui eſt celle que nous ſuivons pour le mariage, ne lui eſt pas moins favorable : nous pouvons dire même ſur ce ſujet, que la loi canonique a pour fondement la loi de Dieu.

L'écriture nous apprend, que Dieu commanda au prophête Ozée d'épouſer une femme de débauche. Le prophête l'épouſe, & il en eut trois enfans. C'eſt de-là que ſont venus les enfans d'Iſraël, dont le nombre, ſelon la parole du ſeigneur, doit ſurpaſſer celui des grain de ſable (1) de la mer, *dixit Dominus ad Ozée, vade, ſume tibi uxorem fornicationis, & fac tibi filios fornicationum.*

Le précepte que Dieu donna à ce prophête qui a été exécuté, eſt peut-être le ſujet pour lequel le pape Clément III, ch. 20, *de ſponſalibus & matrimoniis*, compte comme une grande œuvre de charité à celui qui ſe choiſit pour femme dans un lieu de débauche une perſonne qui eſt actuellement dans une proſtitution publique. Il veut même qu'une action ſi chrétienne ſoit ſuffiſante pour obtenir la rémiſſion de ſes fautes ; parce qu'il remet dans la voie du ſalut celle qui marchoit dans le chemin de la perdition. *Inter opera caritatis non nimium eſt errantem ab erroris ſui ſemitâ revocare. Statuimus ut omnibus qui publicas mulieres de lupanari extraxerint, & duxerint uxores, quod agunt, in remiſſionem poſiciat peccatorum.*

Que ſi ſuivant la déciſion de ce pape, bien loin qu'il y ait quelque choſe à redire dans un mariage que l'on contracte avec ces victimes d'infamie, qui ont un écriteau ſur le front, il éleve ſi haut la vertu de ceux qui les épouſent ; que peut-on trouver à redire dans le mariage que vous avez permis au ſieur Thomé de célébrer avec damoiſelle Marie Joiſel.

Il la trouve dans un lieu ſaint, où elle fait depuis dix ans des exercices continuels de piété & de vertu.

Le couvent de ſainte Pelagie eſt la priſon où, pour parler le langage de l'écriture, elle mange le pain de tribulation & boit de l'eau de douleur (2) *mittite eum in carcerem & ſubſtentate eum pane tribulationis & aqua anguſtiæ.*

Depuis ce long eſpace de tems, elle lave ſes fautes paſſées dans les larmes qu'elle a continuellement verſé comme une véritable repentie.

Ce n'eſt plus aujourd'hui ce vaiſſeau corrompu par les ordures du péché, c'eſt un vaiſſeau purifié par les eaux ſalutaires de la pénitence & de la grace.

Le pape Innocent III conſulté ſur la queſtion de ſçavoir ſi un muet & un ſourd peuvent contracter mariage avec d'autre perſonnes, réſoût préciſément que leur mariage eſt valable.

La raiſon qu'il rend de ſa déciſion eſt celle qui doit aujourd'hui ſervir à décider notre cauſe.

On doit convenir (dit ce grand pape, & tout enſemble grand juriſconſulte) que l'édit qui permet ou qui défend de contracter mariage eſt un édit prohibitoire ; il faut donc voir (continue-t-il) ſi dans le nombre des empêchemens marqués par le droit, le défaut de la parole, ou la ſurdité y ſont compris ; & après avoir montré que l'Edit n'en a point parlé, il conclut que le ſourd & le muet peuvent valablement ſe marier.

Cùm apud ſedem apoſtolicam ſane conſuluiſti nos, utrum mutus & ſurdus aliqui poſſint matrimonialiter copulari, ad quod taliter reſpondemus, quod cùm prohibitorium ſit edictum de matrimonio contrahenda, ut quicumque non prahibetur, per conſequentiam admittatur.

Voilà comme la cour voit une déciſion trop belle & trop avantageuſe, pour n'en pas faire l'application à ma cauſe : ſouffrez que je raiſonne à la maniere de ce pape qui l'a prononcé.

Voulons nous ſçavoir ſi une femme condamnée pour adultere, ſon mari mort, peut en épouſer un autre, voyons ſi ce cas eſt compris dans le nombre des obſtacles & des empêchemens que les loix & les canons ont propoſé pour rendre des mariages nuls, & puiſqu'il n'y a point de loi ni civile ni canonique, point d'ordonnance qui défende à une femme adultere de ſe remarier, quand elle a perdu ſon premier mari, concluons hardiment, qu'une femme adultere a la liberté & la faculté toute entiere de ſe choiſir un ſecond mari, au lieu du premier qui n'eſt plus : *ad quod taliter reſpondemus, quod cum pro-*

(1) *Oſée, cap. 1, v. 1, 2, & 3.* Et au verſet 10, *& erit numerus filiorum Iſrael, quaſi arena maris quæ ſine menſura eſt non numerabitur.*

(2) Livre 3, des rois, ch. 22, v. 27.

BIU Cujas

hibitorium ſit edictum de matrimonio contrahendo, ut quicumque non prohibetur, per conſequentiam admittatur.

Voilà donc comme la cour voit le droit civil & le droit canonique entiérement pour mes parties.

Ils ont encore en leur faveur notre droit françois.

Ce qui eſt conſtant, c'eſt que généralement parlant, les loix Romaines ne nous ſervent point de loix, ce ſont tout au plus des modèles & des exemples que nous ſuivons ou que nous rejettons par le ſecours de la raiſon, qui ſeule nous doit ſervir de guide & de régle.

Ce qui eſt encore conſtant en particulier, eſt que tous les peuples d'Italie, qui ſuivant la déciſion de la rote, ſe font honneur de ſuivre les loix Romaines, & qui portent aujourd'hui plus que pas une autre nation la jalouſie juſques à la fureur, ont généralement abrogé toutes les peines capitales contre les adulteres, ils ne les puniſſent que d'une amende pécuniaire, encore faut-il pour cela que l'adultere ſoit qualifié, & accompagné de quelque mauvaiſe circonſtance; & ſi cela ne s'y rencontre point, on en laiſſe la punition à Dieu. C'eſt la remarque de Julius Clarus, ce fameux criminaliſte, ſur le § *adulterium*, où il reprend fort à propos ces paroles du ſatirique, *ubi nunc lex Julia dormis?*

En France nous ne ſuivons pas toutes les parties de l'autentique, & ſi elle n'y eſt pas abrogée, nous pouvons néanmoins dire qu'elle n'y eſt pas obſervée.

Par la loi *quamvis* l'homme qui commet adultere eſt puniſſable de mort; c'eſt ce qui ne ſe pratique point en France: *Numquam enim* (dit le docte Jean Faber) *auditum fuit quod in regno Franciæ adulterium puniretur pœna juris.*

Par cette même loi, tous les biens de la femme condamnée pour adultere étoient confiſqués, partie en faveur de ſes enfans, partie en faveur du monaſtere où elle étoit recluſe.

C'eſt encore ce qui n'eſt point obſervé parmi nous, nous n'admettons point la confiſcation généralement de tous les biens de la femme adultere; il n'y a que la dot & les conventions matrimoniales qui appartiennent en uſufruit au mari, & en propriété aux enfans: les autres biens ne leur ſont point ôtés, ſelon le ſentiment de tous nos juriſconſulte François, & notamment de M. le Prêtre (1): elles ſont capables d eſucceſſion, de teſtamens, de legs, de donations; ce ne ſont donc point des perſonnes retranchées de la ſociété civile, comme on vous l'a plaidé.

Allons plus loin, nous ne pouvons pas dire comment inſenſiblement dans les derniers arrêts de ce parlement on y a gliſſé, qu'une femme convaincue d'adultere ſeroit miſe dans un monaſtere, que ſon mari la pourroit retirer dans deux ans, & que s'il ne la retiroit pas, elle demeureroit récluſe le reſte de ſes jours.

Les peines parmi nous ſont de l'ordonnance: Y en a-t-il quelqu'une qui ait ſtatué, que la femme pour peine d'adultere ſera récluſe?

Allons encore plus avant, cela s'obſerve-t-il à la rigueur? un mari qui n'auroit pas retiré ſa femme de la religion pendant deux ans, en ſeroit-il exclus après les deux ans, & lui refuſeroit-on ſa femme, s'il la demandoit?

Que ſi le mari la peut retirer après deux ans pour continuer un mariage, où eſt l'inconvenient qu'après la mort de ce mari, on la donne à un autre qui la veut épouſer, & qui lui tend les bras pour la ſoulager dans le pitoyable état où elle ſe trouve réduite? Que ſi des femmes condamnées pour adultere ne ſont point privées des principaux droits de la vie civile; pourquoi prétendra-t-on qu'elles ne ſont pas libres pour contracter mariage?

L'eſclave, auſſi-bien que la perſonne libre, participe aux ſacremens de l'égliſe, qui eſt ſans diſtinction la mere commune de tous les fidelles.

Le pape Adrien dans le chapitre premier *de conjugio ſervorum*, en a fait une très-belle déciſion au ſujet du mariage des eſclaves qui ſont ſous la puiſſance de leurs maîtres, en ces termes: *Dignum eſt ſanè juxta verbum apoſtoli, ſicut in Chriſto Jeſu neque liber, neque ſervus eſt à ſacramentis removendus, ita nec inter ſervos matrimonia debent ullatenus prohiberi; & ſi contradicentibus Dominis & invitis contracta fuerint, nulla ratione ſunt propter hoc diſſolvendenda.*

Le pape Alexandre III. au ch. 3, *qui clerici vel voventes matrimonium contrahere poſſunt*, décide en termes formels, que le mariage contracté par une perſonne, après avoir fait vœu d'entrer en religion, eſt un mariage valable: *verum ſi nec habitum ſuſcepit, nec profeſſionem, ſed votum ſolummodò fecit, & ſe ad religionem tranſiturum promiſit, licet poſtea matrimonium contraxerit, non eſt cogendus ad religionem tranſire, & matrimoniale votum reſcindere.*

Ici, meſſieurs, celle qui a obtenu de vous la permiſſion de ſe marier, n'eſt plus une eſclave, elle n'a point fait de profeſſion, elle n'a pas même fait de vœu pour la religion.

(1) *Seconde centurie*, ch, 22.

Elle

BIU Cujas

Elle avoue que tant que ſon mari a vécu, elle étoit devenue l'eſclave de la peine à laquelle il l'aſſujettiſſoit pour contenter ſon imagination bleſſée : aujourd'hui la mort du patron a briſé les chaînes de l'eſclavage ; dès le premier pas qu'il a fait dans le tombeau, on a vu périr ſa vengeance, ſon ame n'a plus été agitée comme elle étoit ; elle eſt demeurée dans la quiétude & dans le repos, exempte de paſſion & de mouvement, pour tout ce qui regarde ſa femme.

Y a-t-il quelqu'un qui ſoit en droit aujourd'hui de prendre ſa place ? Y a-t-il quelqu'un de ceux pour qui on a plaidé qui puiſſe ſe dire avec juſtice le digne héritier de ſa colere & de ſon reſſentiment ?

L'adultere eſt-il parmi les François un crime public, comme il étoit parmi les Romains ? Les parens & les proches ſont-ils parmi nous, comme ils étoient parmi eux, autant de maris qui s'élevoient en foule comme des tyrans domeſtiques, & comme autant de juges ſans pitié, pour punir la foibleſſe des femmes, & pour tirer raiſon d'une faute dont le véritable mari étoit le plus ſouvent la cauſe par le déréglement de ſes mœurs, par ſes emportemens & par ſes caprices ? Non, meſſieurs, ce n'eſt point là l'eſprit des François ; & dans le crime d'adultere, il n'y a que le mari qui ſoit véritablement l'offenſé, le plus proche parent de la femme n'eſt pas reçu à en intenter l'accuſation ; monſieur le procureur général même n'y eſt pas reçu tout ſeul, *maritus ſolus thori generalis vindex :* voilà les ſentimens dans leſquels nous vivons.

Pour donner atteinte à une doctrine ſi certaine, on a ſuppoſé avec le ſieur Fevret, qui a fait le traité de l'abus, que par un arrêt (1) rendu au parlement de Dijon, on a jugé contre la dame Saint Cyr, qu'ayant été condamnée pour adultere à être autentiquée, elle n'avoit pû valablement ſe marier, quoique le premier mari qui l'avoit fait condamner fût décédé.

Ceux qui liront exactement cet endroit du ſieur Fevret ſeront pénétrés de deux vérités inconteſtables ; l'une, que le ſieur Fevret, ſemblable en cela à la plupart de ceux qui font des traités, a fait tous ſes efforts, par un arrêt mal appliqué, pour faire valoir l'opinion erronée & ſolitaire dans laquelle il étoit, qu'une femme condamnée pour adultere ne ſe pouvoit pas marier à un autre, quoique ſon premier mari fût mort ; l'autre vérité eſt, que tout ce qui a été jugé par cet arrêt de Dijon, a été que le mariage que la dame de Saint Cyr avoit contracté étoit nul, abuſif & clandeſtin, comme étant fait contre la diſpoſition expreſſe du concile de Trente, & des ordonnances de ce royaume. Pour établir ce fait, il ne faut que rapporter les termes de l'auteur même, & par leſquels on peut dire qu'il a trahi ſon deſſein ; il dit *que la dame de Saint Cyr ayant attiré & ſéduit un jeune homme de maiſon honorable, elle l'épouſe à Paris, dans une paroiſſe égarée, ſans publication de bans, en préſence de perſonnes ſuppoſées, qu'elle diſoit être les parens de ſon mari.*

A quoi bon, après tant de nullités, traiter la queſtion de cette incapacité imaginaire, dans laquelle cet auteur s'eſt figuré ſans raiſon, que ſe trouvoit uue femme condamnée pour adultere de ſe pouvoir remarier. C'eſt une queſtion qui n'a point été examinée, & encore moins jugée par le parlement de Dijon : & ſi ç'avoit été ſur cette conſidération qu'il eût caſſé le mariage de la dame de Saint Cyr, il l'auroit nommément & diſertement déclarée incapable de contracter mariage ; ce qui n'eſt point dit par cet arrêt qui n'a aucune application en la cauſe

Par tout ce que je vous ai plaidé juſqu'ici, vous avez parfaitement connu que l'intérêt public, bien loin de s'élever contre nous, concourt puiſſamment à nous faire accorder la liberté & le mariage que nous demandons.

Il me reſte de vous montrer que cette liberté & ce mariage ne bleſſent point l'intérêt particulier ni des enfans ni des parens pour qui on a plaidé : au contraire, il eſt de l'intérêt des enfans & des parens, que notre mariage s'accompliſſe.

Je commence par les enfans, qui ne peuvent avoir que l'intérêt pécuniaire, ou celui de l'honneur.

Quant à l'intérêt pécuniaire, en quoi eſt-ce qu'il ſouffrira du préjudice, ſi vous confirmez votre arrêt qui prononce notre liberté & notre mariage ? Par l'arrêt de 1673, vous avez donné la propriété de la dot & des conventions matrimoniales de Marie Joiſel à ſes enfans ; cela ne leur peut être ôté, cet intérêt vil & ſordide leur eſt conſervé dans toute ſon intégrité.

Au ſurplus, je prétends que l'honneur des enfans, loin de recevoir quelque atteinte par la liberté & par le mariage de leur mere, au contraire, c'eſt l'unique moyen de le réparer & de le ſoutenir.

Quand leur mere demande la liberté, c'eſt afin que, pour elle & pour eux, il ne reſte plus dans le monde aucune marque de ce fâcheux eſclavage où ſes fautes l'avoient jet-

(1) Fevret, dans ſon traité de l'abus, liv. 5, nomb. 15, 16 & 17.

BIU Cujas

tée, la religion où l'on prétend qu'elle doit reſter, ſerviroit de reproche continuel contre le déſordre de la mere, & acheveroit de couvrir de honte ſes enfans ; mais dès le moment que l'on aura levé la pierre qui couvre ce ſépulchre, où elle eſt renfermée toute vivante depuis dix ans ; quand elle paroîtra dans le ſiécle avec tous les avantages qui accompagneront ſa liberté : toutes les mauvaiſes idées qu'on avoit conçues d'elle ſe diſſiperont, & on aura de la peine à ſe figurer qu'il y ait jamais rien eu à redire dans ſa conduite.

Mais quand elle demande le mariage, n'eſt-ce pas procurer de l'honneur à ſes enfans? La regle que dix ans de religion ont apporté dans ſes mœurs, & dont j'ai mis des témoignages autentiques entre les mains de meſſieurs les gens du roi, détruit ces vaines appréhenſions qu'on a qu'elle ne demande la liberté & le mariage, que pour commettre de nouveaux adulteres.

Car enfin, d'où vient que ſous le nom des enfans, on fait plaider contre leur mere des moyens & ſi extraordinaires & ſi peu Chrétiens? Leur mere ne ſçauroit, dit-on, être chaſte, parce qu'elle a eu le malheur de donner des preuves de ſa foibleſſe, qui viennent d'un tempérament corrompu ; n'eſt-ce pas là une propoſition pleine d'impiété & de ſacrilége? Quoi, des enfans publieront hautement que leur mere (qui n'a commis qu'une faute) eſt indigne de pardon! Et ne compteront pour rien dix ans de pénitence & de larmes, pendant que le Seigneur pardonne toutes les fautes à cette fameuſe courtiſanne, qui n'a pleuré qu'une fois! Mais ces mêmes enfans, pour accabler leur mere, ne compteront pour rien la grace que Dieu ne refuſe point à ceux qui ſe mettent en état de la recevoir, & qui les (1) défend comme un rempart aſſuré contre les attaques du péché.

Ajoutons, meſſieurs, à tout cela, puiſqu'on nous y oblige, que ſelon le ſentiment des peres de l'Egliſe, des docteurs & des caſuiſtes, le mariage n'eſt pas ſeulement établi pour la procréation des enfans, il eſt encore regardé comme un remede infaillible pour éteindre les feux de la concupiſcence ; ſans ce ſecours, combien de déſordres & de péchés dans le monde?

Ce penchant malheureux de l'homme, qui fait que l'eſprit devient l'eſclave du corps, eſt appellé fort juſtement une loi par ſaint Paul, *ſentio legem*, parce que comme le propre de la loi eſt de commander ; auſſi le tempérament de l'homme eſt une loi impérieuſe & incommode, qui veut qu'on lui obéiſſe.

Il ſeroit bon (dit le même apôtre, en parlant à ceux de Corinthe) que l'homme ſe pût paſſer d'une femme ; cependant, parce qu'il eſt fragile, il faut qu'il ſe choiſiſſe une femme, & que la femme ſe choiſiſſe un mari (2) *bonum eſt homini uxorem non tangere, propter fornicationem autem unuſquiſque ſuam uxorem habeat, & unaquæque ſuum virum.*

Sera-t-il dit que ces enfans que je découvre à votre audience, empêcheront leur mere de courir au remede qu'eux-mêmes reconnoiſſent lui être ſi néceſſaire?

Il ne tiendra qu'à vous de ramener en bon port le vaiſſeau où votre mere ſe trouve engagée, quoiqu'il ſoit ſi fort agité des vents & de la tempête, qu'il ſoit tout prêt de faire naufrage, & vous le verrez périr avec elle ſans peine & ſans émotion?

Si vous vouliez lui tendre les bras, elle éviteroit, ſelon vous, le précipice où elle eſt prête de tomber ; mais ce ſecours bleſſeroit la cruauté de vos intentions, & il vaut mieux qu'elle tombe dans l'abyme de la perdition.

Eſt-il néceſſaire, pour ramener des enfans à leur devoir, mais ſur-tout des enfans comme vous, qui devez être élevés dans les maximes de la religion chrétienne qui prêche la charité à tout le monde, eſt-il néceſſaire de vous remettre devant les yeux la piété de cet illuſtre Payen, qui ſe jetta au milieu des flâmes & du feu pour en tirer ſon pere? Cette action eſt appellée piété par le poëte, *pius Æneas*, pour marquer que les enfans qui dénient le ſecours à leur pere & à leur mere, ſont coupables de la derniere des impiétés.

Cependant, quelle eſt la conduite des enfans de demoiſ. Marie Joiſel? Ils la repréſentent comme une perſonne que le feu eſt prêt de dévorer, pendant qu'il ne tient qu'à eux de l'appaiſer.

Par une conduite ſi ſacrilége, de combien de péchés ces enfans (s'ils veulent être crûs dans leurs appréhenſions) ne ſeroient-ils point la cauſe, ſi la réſiſtance qu'ils apportent au mariage de leur mere pouvoit être autoriſée?

Les plus ſaints perſonnages n'ont point détruit ce monſtre qui étoit né avec eux, qu'il ne leur en ait coûté la vie. Ils ont combattu la concupiſcence ; mais dans ce combat, tantôt ils ont été victorieux, tantôt ils ont été vaincus : leurs meilleurs ſuccès ſe ſont trouvés mêlés de quelques foibleſſes, & il a fallu qu'ils ſoient morts pour faire mourir ce cruel tyran qui les perſécutoit.

Pour n'avoir point de concupiſcence, dit ſaint Auguſtin, il faut avoir la véritable perfection : pour ne la point ſuivre, il faut combattre quand on ſe défend avec force &

(1) Remittuntur ei peccata multa. *S. Luc. ch. 7, v. 44, 47 & 48.*
(2) La premiere aux Corinthiens, ch. 72, 1 & 2.

BIU Cujas

avec vigueur, on en peut attendre la victoire ; mais on ne doit prétendre l'obtenir que quand la mort ſera heureuſement terminée par cette autre vie pleine de charmes & de délices, qui nous eſt promiſe dans le royaume de la gloire.

Non concupiſcere omninò, perfecti eſt ; poſt concupiſcentias ſuas non ire, pugnantis eſt, luctantis eſt, laborantis eſt : ubi fervet pugna, quare deſperetur victoria : quando erit victoria, quando abſorbebitur mors.

Quoi, ſi de grands ſaints ont ſuccombé & ont été vaincus, à quels périls veut-on expoſer une femme en lui défendant le mariage qu'elle ſouhaite ? Dans quel déſeſpoir la veut-on jetter ? Et n'eſt-ce pas un ſacrilége, de vouloir donner atteinte à votre arrêt, qui met ſon ame en ſûreté ?

Il eſt donc de l'honneur, il eſt de la conſcience des enfans, de ſouhaiter notre liberté & notre mariage.

Je ne vous parle point de l'intérêt de la famille, à laquelle il eſt honorable & avantageux que notre mariage s'accompliſſe. Il y a un nombre de parens maternels, perſonnes de conſidération, qui le ſouhaitent avec empreſſement : maître le Roi eſt chargé de leur intervention ; à mon égard, il me ſuffit de vous avoir fait voir la juſtice de l'arrêt que vous avez rendu, qui approuve le mariage de mes parties.

Un arrêt dans lequel on voit en même tems la ſageſſe & la grande pénétration du magiſtrat qui l'a prononcé, la prévoyance & la profonde capacité de celui qui l'a requis.

Arrêt même exécuté preſque dans toutes ſes parties, puiſqu'il a été ſuivi d'un contrat de mariage, paſſé pardevant notaires, & de deux publications de bans.

En cet état, c'eſt à vous, meſſieurs, à conſerver & à achever votre ouvrage, dans lequel vous avez aſſurément pris pour regle ce qu'il y a de mieux établi par le droit civil & canonique, par la diſcipline de l'Egliſe, & par la pureté de notre droit François.

On a vu autrefois devant le plus grand juge qui ait jamais paru ſur la terre, des accuſateurs pleins de chaleur & d'emportement, être obligés de prendre la fuite, & n'oſer jetter la premiere pierre contre la femme adultere, quoique le Seigneur leur en eût donné tout le pouvoir & l'autorité.

Vous avez ſouffert que le ſieur Gars, qui étoit le ſeul offenſé, ait jetté la premiere pierre contre ſa femme, ne permettez pas que ſes enfans, après ſa mort, lui jettent une ſeconde pierre, qui lui feroit une bleſſure plus cruelle que la premiere.

Si ces enfans ont oſé paroître en votre audience avec toute la témérité qui accompagne des accuſateurs indiſcrets, obligez-les publiquement de prendre la fuite, & de faire une retraite qui les couvre pour toujours de honte & de confuſion.

Le pere a ſatisfait à ſon devoir en ſatisfaiſant à ſa colere & à ſa vengeance ; que votre arrêt apprenne à ces enfans à faire leur devoir à leur tour ; qu'il leur imprime la tendreſſe & le reſpect qu'ils doivent avoir pour celle dont ils ont reçu le jour ; qu'il les faſſe reſſouvenir tant qu'ils vivront, que le chemin que ce tuteur leur a fait tenir, eſt celui du déteſtable (1) Cham, qui s'attira la malédiction du Seigneur, pour avoir révélé la turpitude de ſon pere ; que votre arrêt leur faſſe connoître que l'exemple qu'ils devoient ſuivre en cette occaſion, eſt celui de Sem & de Japhet, qui pour avoir couvert de leur manteau la nudité de leur pere, furent comblés de graces & de bénédictions.

Puniſſez l'attentat qu'on a fait à la liberté : c'eſt la nature qui nous donne la liberté, elle ſeule nous la peut ôter avec la vie.

Puniſſez la réſiſtance qu'on a apporté depuis cinq mois à la célébration d'un mariage que vous avez autoriſé.

N'eſt-ce pas aſſez pour des enfans de ſe voir revêtus des dépouilles de leur mere ? S'ils la voyent ſans peine privée des biens temporels, ſi la dureté de leur cœur les porte à ne lui en point faire de part, s'arrêtant à la rigueur de la loi civile, plutôt que de ſuivre le penchant raiſonnable de la loi naturelle, pourquoi veulent-ils empêcher qu'elle ne participe à un bien ſpirituel, ce tréſor précieux, ce don céleſte : je veux dire, la grace que Dieu, par la bouche de l'apôtre, promet à ceux qui reçoivent le ſacrement de mariage, qui pour cela eſt appellé un des grands ſacremens, *magnum Sacramentum quod gratiam confert :* ce ſont les termes du concile de Trente.

Dix ans de pénitence ont diſpoſé demoiſelle Marie Joiſel à recevoir cette grace ; ne ſouffrez pas que des enfans s'oppoſent impunément à une ſi ſainte réſolution, vangez publiquement la nature que l'on a ſi lâchement outragée, vangez hautement la politique dont on a ouvertement attaqué les préceptes ; & confirmant l'arrêt que vous avez rendu, faites voir, en cette occaſion, ce que le public a toujours reconnu dans vos jugemens,

(1) Geneſe, ch. 9, depuis les verſets 22, 23, 24, juſqu'au verſet 27.

BIU Cujas

que votre juſtice eſt de concert, & va d'un pas égal avec les regles les plus ſaintes, & les maximes les plus ſacrées de notre religion.

Je conclus à ce qu'il plaiſe à la cour de débouter les demandeurs & intervenans de leur oppoſition & intervention, & les condamner aux dépens.

Intervention pour le ſieur Gars, ſecrétaire du roi, Jean de Gars, écuyer, ſeigneur du bois de Breuil, & conſorts parens maternels, demandeurs en intervention. Contre maître Denis Gars, tuteur des enfans mineurs de damoiſelle Marie Joiſel oppoſans, & quelques parens paternels, intervenans.

LE ROI A DIT:

MEſſieurs, vous voyez paroître ici des parens diviſés, qu'un intérêt commun devroit tous réunir pour vous demander la même choſe.

Ceux pour qui je parle n'en ont point d'autre que de ſoutenir la juſtice de votre arrêt, qui met leur parente en liberté, & qui lui permet d'effacer par l'honneur d'un ſecond mariage, la honte & le malheur d'un premier engagement.

Il eſt étrange que des enfans faſſent entendre leur voix dans cette audience, pour vous reprocher que vous avez eu trop d'indulgence pour elle.

Les jugemens qui étoient rendus en faveur de la liberté, ne pouvoient plus ſe rétracter, & un arrêt d'abſolution eſt un aſile pour les plus grands coupables. Une mere ne pourra-t-elle uſer du droit commun contre ſes enfans? Cruels & inſenſibles qu'ils ſont à ſes miſeres, ils ne ſeront point contens, lorſque votre juſtice eſt ſatisfaite, ſi ſes maux ne durent autant que ſa vie. Ils vous trouvent injuſtes de les avoir diminués, & ils voudroient que vous n'euſſiez de pouvoir que pour la punir.

Ce ne ſont point là les ſentimens que la nature inſpire aux enfans, & l'on connoît facilement dans cette conduite les impreſſions étrangeres d'un tuteur aveugle intéreſſé, qui n'a conſulté ni ſon devoir, ni celui de ſes mineurs.

Qu'ils apprennent que l'autorité que les parens lui ont confiée n'eſt pas pour en abuſer, & que s'ils ſont en droit d'empêcher qu'il ne perde ou qu'il n'aliéne le bien de ſes pupilles, ils lui permettront encore moins d'aliéner leur cœur, & de leur faire perdre l'amour & le reſpect qu'ils doivent à leur mere.

Ce tuteur s'eſt peut-être imaginé qu'en cela ils rendoient un devoir indiſpenſable à la mémoire d'un pere outragé.

Comme s'il appartenoit aux enfans de venger leur pere ſur la perſonne de leur mere.

C'eſt une impiété qui a été déteſtée par les Payens mêmes.

Et vindex in matre, patris malus ultor oreſtes.

Je conclus à ce qu'il plaiſe à la cour recevoir ceux pour qui je parle parties intervenantes; faiſant droit ſur leur intervention, leur donner acte de ce qu'ils conſentent au mariage, & débouter le tuteur & ſes parens paternels de leur oppoſition & intervention aux dépens.

PLAIDOYER DE MONSIEUR TALON AVOCAT GÉNÉRAL.

Talon, pour le pcocureur général du roi, a dit:

MESSIEURS,

LE fait qui eſt conſtant entre les parties, donne lieu à une queſtion d'état, d'autant plus importante que la déciſion qui en ſera prononcée par la cour, va à faire une loi, dans une eſpece qui ne ſe trouve point encore jugée par aucun arrêt; ce qui l'obligeoit à rechercher avec exactitude les raiſons qu'on pouvoit alléguer de part & d'autre pour ſavoir ſi une femme condamnée pour adultère à être renfermée dans un couvent le reſte de ſes jours, peut, après la mort de ſon mari, obtenir ſa liberté pour en épouſer un autre.

Qu'il falloit convenir qu'une queſtion de cette qualité étoit ſuſceptible d'une longue & ample diſſertation, ſi on vouloit rapporter toutes les autorités dont on ſe pouvoit ſervir pour appuyer les différentes opinions qu'elle peut former; qu'à ſon égard il prétendoit dans le grand nombre ne ſe ſervir que de celles qui ſont eſſentielles à la déciſion de la cauſe; que pour ſoutenir que Marie Joiſel eſt indigne de la liberté qu'elle demande

BIU Cujas

& incapable de contracter mariage, on pouvoit dire que par la disposition du droit civil, une femme condamnée pour adultere ne pouvoit être épousée par qui que ce fût, soit du vivant du mari, soit après sa mort: *lege julia, adulterii damnatam uxorem ducere scientem neminem posse, quin incidat in pœnam legis juliæ de pudicitia.* La raison qu'en rendent les jurisconsultes est fort belle: *quia qui sciens impudicam ducit, pro impudico & lenone habetur, ac planè ostendit se non esse cultorem pudicitiæ, sibi pudicitiam non esse curæ.* Cette ancienne jurisprudence avoit lieu dans un tems où la peine de l'adultere n'étoit pas encore capitale; on distinguoit les femmes qui en étoient seulement accusées, d'avec celles qui étoient condamnées; celles qui étoient seulement accusées ne pouvoient être épousées du vivant du mari, mais bien après sa mort; & quand il y avoit condamnation, le mariage en étoit absolument prohibé. Lorsque sous les empereurs la peine de l'adultere a été faite capitale, il est certain qu'il y avoit iuhabilité en la personne de la femme de contracter mariage; parce que ceux qui perdoient le droit de cité, perdoient aussi la faculté de se marier.

Justinien a été le premier qui a adouci la peine de l'adultere en la personne de la femme, & qui a fait différence entre l'adultere & la femme. Il a conservé contre ceux qui avoient commis adultere, les peines qui étoient ordonnées par les constitutions de ses prédécesseurs; mais à l'égard de la femme, il l'a condamnée d'être recluse & enfermée dans un monastere: Voici les termes de la novelle 134, ch. 10: *adulteram mulierem competentibus vulneribus subactam, in monasterium mittit, siquidem intra biennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem damus hoc facere, & copulari ei nullum periculum metuens, & nullatenus propterea quæ in medio tempore facta sunt, nuptias lædi: Si vero prædictum tempus transiverit, aut vir, priusquam recipiat mulierem, moriatur, tonderi eam & monachicum habitum accipere, & habitare ipso monasterio, in omni propriæ vitæ tempore.*

Quant aux biens de la femme condamnée pour adultere, le même empereur vouloit que les héritiers en eussent une partie & l'autre partie devoit appartenir au monastere.

Il faut convenir que Justinien dans cette novelle n'avoit pas déterminé, si cette clôture dans un monastere étoit tellement perpetuelle, qu'elle empêchât le mariage de la femme adultère avec une autre personne après la mort du mari; mais l'empereur Léon dans sa novelle 32, déclara précisément que l'adultère de la femme étoit un empêchement dirimant pour se pouvoir jamais marier: *insuper mulieri, ad alteras nuptias postulare, neque libere imposterum se cum libidinosis commiscere nequaquam permittitur, sed ob scelus commissum in monasterium, ubi in contritione animæ læniorem sibi pœnam faciat, velut in exilium detruditur.* Cette novelle a ôté les deux ans que Justinien donnoit au mari pour reprendre sa femme, & lui a laissé la liberté de retourner avec elle en tout tems.

La novelle de Justinien a été suivie par les canons pour la religion dans un monastère; mais non pas pour le tems de deux ans, que la novelle prefinit au mari pour retourner avec sa femme. L'église n'a point limité de tems pour cette reconciliation.

Le pape Pelage, qui vivoit un peu après Justinien, veut que la femme retourne avec son mari, quand il demande à habiter avec elle; mais avec cette condition, que le mari donnera des assurances de la traiter maritalement: c'est la décision du canon cinquiéme, *de benedicto causa 32, q. 1, jubemus, ut adulterum cum adultera districtè punire non differas, & calvatos ab invicem separare, adulterum ac Apuliæ defensorem fac migrare; illam verò si maritus sine dolo aliquo fortè accipere voluerit tua ordinatione sub cautela recipiat, nullum ei nihil dumtaxat de simile committenti periculum illaturus.* Cette assurance, dit la glose, étoit une caution juratoire, ou une autre plus forte, suivant les circonstances. Que si le mari ne la veut pas recevoir, il la faut mettre dans un lieu de sureté, *si eam recipere noluerit maritus, in alium quemdam locum in quo ei non liceat malè vivere provida dispensatione constitue.* La glose sur ce canon dit que ce lieu dont parle le pape Pelage, n'est autre chose que le monastère, & observe que la peine capitale de l'adultère avoit été changée en intrusion d'un monastère: ce sont ses termes, *pœna adulterii secundùm leges commutata est in intrusionem monasterii. Authentica sed hodie.* Cela fait voir nettement, que non-seulement du tems du pape Pelage, mais encore depuis l'autentique a été observée.

M. du Faur Saint Jori, président au parlement de Toulouse, parlant de ce canon du pape Pelage, dit que de son tems la peine de l'adultère avoit été mitigée, de même qu'à l'égard de la femme adultère, & il avoue que du tems de Justinien la peine capitale étoit demeurée contre l'adultère, & qu'elle n'avoit été modérée que pour les femmes: lesquelles étoient enfermées ponctuellement dans un couvent, & il observe que comme les monastères réguliers avoient de la peine à recevoir les femmes débauchées, il avoit fait bâtir un lieu exprès pour les renfermer.

Nous avons deux loix assez singulieres, qui marquent l'usage qui se pratiquoit avant Justinien. Pour la punition des adultères, le procès ne se faisoit souvent que contre l'a-

BIU Cujas

dultére, & non pas contre la femme; ce qui faiſoit de la confuſion, & donnoit lieu à différentes conteſtations, comme nous le voyons dans la loi *Claudius Seleucus de his quid. ut indig.* qui eſt une loi *de Papinien.*

Cette loi parle d'un homme qui ayant été condamné pour un adultére commis avec une femme, contre laquelle il n'y avoit point eu de condamnation, l'avoit enſuite épouſée, & l'avoit inſtituée ſon héritiere. La queſtion étoit de ſavoir ſi le mariage étoit valable, & ſi elle pouvoit être héritiere; le juriſconſulte dit qu'il n'y a point de mariage, & qu'elle ne peut être héritiere de celui qui l'avoit épouſée: *Mævius in adulterio Semproniæ damnatus, eamdem Semproniam non damnatam duxit uxorem, qui moriens eam hæredem reliquit: quæro an juſtum matrimonium fuerit, & an ad hæreditatem admittatur? Reſpondi neque matrimonium ſtare, neque hæreditatis lucrum ad illam mulierem pertinere.*

L'eſpece de la loi onziéme, *ad. l. Jul. de ad.* eſt d'un homme qui avoit épouſé une femme coupable du crime d'adultére. Cette femme eſt condamnée pour raiſon de ce crime; pendant ſon mariage le mari la répudie: on demande ſi c'eſt le mari qui a donné lieu au divorce, ou ſi c'eſt la femme? Le juriſconſulte répond que le mari, par la loi *Julia*, ne peut retenir une femme condamnée pour adultére, c'eſt la femme & non pas le mari qui a donné lieu au divorce. *Ream adulterii uxorem duxi, eam damnatam mox repudiavi, quæro an cauſam diſſidii præſtitiſſe videar? Reſpondi, cùm per legem Juliam hujuſmodi uxorem retinere prohibearis, non videri cauſam diſſidii præſtitiſſe; quare jus ita tractabitur quaſi culpa mulieris facto divortio.*

Si l'on examine les canons de l'égliſe, l'on trouvera que les femmes convaincues d'adultère ne pouvoient jamais ſe remarier, même après la mort de leur mari, par deux raiſons: la premiere, qu'étant convaincues, elles étoient miſes en pénitence, & qu'en cet état elles ne pouvoient contracter de mariage: l'autre, que par la loi civile étant condamnées en une peine capitale, qui les rendoit incapables des effets civils, & cette peine ayant été convertie en la peine de la retruſion dans un monaſtere, comme dans une priſon perpétuéelle, cette derniere peine les rendoit incapables du mariage, de même que la peine capitale.

Un des plus anciens témoignages de la pratique de l'égliſe que nous ayons, eſt l'épitre canonique du pape Siricius à Stimerius, évêque de Taracone. Cet évêque écrivant au pape, lui demande ſi une adultére après la pénitence impoſée peut ſe remarier; ſi un ſoldat peut retourner à la milice? Il répond que non; & s'ils le font, ils doivent être excommuniés, & remis en pénitence: *qui actâ pœnitentiâ, tanquam canes ac ſues ad vomitus priſtinos & ad volutabra redeuntes; & militiæ cingulum, & lubricas voluptates, & nova conjugia, & inhibitos denuo appetivere concubitus.* Voilà la queſtion de Stimerius: Voici ce que répond le pape Siricius, *de his quia jam refugium non habent pœnitendi, id duximus decernendum, ut ſola intra eccleſiam fidelibus oratione jungantur, ſacræ miſteriorum celebritati quamvis non mereantur, interſint, à dominicæ autem menſæ convivio ſegregentur, ut hac ſaltem deſtitutione correpti, & ipſi in ſe ſua errata caſtigent, & aliis exemplum tribuant, quatenus obſcœnis cupiditatibus retrahantur.*

Dans le concile d'Arles ſecond, tenu l'an 452, ſous l'empereur Valentinien troiſiéme, il y a le canon vingt-un qui eſt précis: *pœnitens quæ defuncto viro alii nubere præſumpſerit, vel ſuſpecta vel interdicta familiaritate cum extraneo vixerit, cum eodem ab eccleſiæ liminibus arceatur.*

Il faut que la diſpoſition de ce canon fût obſervée du tems d'Yves de Chartres; puiſqu'il l'a mis dans ſa compilation, & dans ſon décret part. 15, ch. 74.

Ce même canon eſt rapporté dans les capitulaires, *tit. 7, chap. 237: mulier pœnitens quæ defuncto viro alii nubere præſumpſerit, cum eodem ab eccleſiæ liminibus arceatur.*

Nous avons un concile de Frejus, rapporté par Antonius Auguſtinus dans ſon épitome du droit canon, qui défend expreſſément à la femme adultére de ſe marier, ſoit du vivant du mari qui l'a fait condamner, ſoit après ſon décès: *placuit ut reſoluto fornicationis causâ jugali vinculo, non liceat viro, quandiu adultera vivit, aliam uxorem ducere, licet ſit illa adultera.* Il ajoute enſuite pour la femme qui a commis adultére: *ſed nec adultera quæ pœnas graviſſimas, vel pœnitentiæ tormentum luere debet, alium recipere virum, nec vivente, nec mortuo, quem non erubuit defraudare marito.*

Il y a une autre raiſon qui rend la femme adultère autentiquée incapable du mariage; ſavoir, la qualité de la peine, qui eſt d'être condamnée de faire une pénitence perpétuelle dans un monaſtere: ce genre de peine étant ſemblable à une priſon perpétuelle, ou à un banniſſement perpétuel, emporte le même effet; de la même maniere qu'un condamné à une priſon perpétuelle ou à un banniſſement perpétuel, perdoit les droits de cité; auſſi étoit-il incapable du mariage & de tous les effets civils.

Le cardinal Baronius, & après lui le pere Morin, ont fort bien obſervé, que dans le ſixiéme ſiécle & les ſuivans, les monaſteres tenoient lieu de priſon, où les condamnés

BIU Cujas

pour crimes atroces étoient relégués ; ce qui n'avoit pas seulement lieu pour les personnes ecclésiastiques, mais encore pour les laïcs, & là ils prenoient l'habit de moine, étoient rasés, & jeunoient au pain & à l'eau : Desorte que quand l'empereur Justinien a changé la peine capitale du crime d'adultere, en une prison perpétuelle dans un monastere, il n'a rien fait de nouveau, qui ne fût pratiqué dans l'église, de son tems. L'empereur Léon a retenu cette même peine.

L'habit monacal qu'on leur donnoit, & l'obligation d'être rasées, ne les rendoit pas religieuses, ni professes ; car ce n'est pas l'habit qui fait le moine ; le vœu & la profession ne consiste pas dans ces changemens extérieurs ; mais c'étoit cette rélégation perpétuelle dans un monastere qui faisoit la peine. En effet dans la novelle de l'empereur Léon, l'on ôte les deux années qu'on donnoit au mari pour se réconcilier avec sa femme, l'on abroge cette obligation de se faire raser & de prendre l'habit de religieuse.

C'est sur toutes ces autorités que se fondent ceux qui soutiennent, que la défenderesse ayant été condamnée à être récluse le reste de ses jours dans un Monastere, cette condamnation est une peine, qui ne peut être ni changée ni rétractée.

D'autre côté l'on peut dire, qu'il n'y avoit point d'empêchement dirimant en la personne de la femme adultere par le moyen duquel elle ne pût se marier.

Premiérement, dans le droit avant l'empereur Constantin, la peine de l'adultere n'étant point capitale, rien n'empêchoit que la femme ne pût se marier. Quand la loi *Julia* a défendu à toutes sortes de personnes d'épouser la femme condamnée d'adultere, *adulterii damnatam uxorem ducere scientem neminem posse ;* elle punissoit seulement ceux qui l'avoient épousée *pœna lenocinii ;* mais l'on ne voit pas que le mariage fût révoqué. Monsieur Cujas sur la loi 17 *Cod ad leg. Juliam de adulteriis*, dit que cette prohibition de la loi *Julia*, n'avoit lieu que du vivant du mari ; mais elle cessoit par la mort du mari : *rea adulterii vivo marito jure non ducitur uxor ab alio quoquam, donec suam innocentiam purgaverit ; at mortuo marito qui eam demiserat, quæ sit rea adulterii, vel quæ permanet in reatu, ab alio uxor duci potest.*

Depuis que les empereurs ont rendu la peine d'adultere capitale, cette peine, suivant la pensée de plusieurs docteurs, n'avoit pas lieu contre les femmes ; à moins que dans le crime d'adultere il n'y en eût quelqu'autre plus ou aussi grand de mêlé, comme de vénéfice, d'assassinât. Ce que Justinien a ordonné par sa novelle 134 d'où l'autentique *sed hodie* a été tirée, n'a pas été pour changer la peine capitale ; mais pour réduire la femme à la pénitence. Avant cette novelle la peine étoit arbitraire, Justinien l'a fixée à un certain genre, qui est d'être rasée & enfermée dans un monastere pour faire pénitence ; mais il ne défend point le mariage après la mort de son mari.

Il est vrai qu'il dit qu'elle sera rasée, qu'elle prendra l'habit de religieuse, & qu'elle sera récluse dans le monastere ; mais pour cela elle ne fait point de vœu ni de profession qui la rend incapable de mariage. Joannes ancien glossateur sur cette autentique *hodie*, dit : *Non est tamen Monacha quæ monasticum habitum suscipit :* & Accurse après lui dit, que ne faisant point de profession réguliere, elle n'est liée à aucun vœu, *non habitus sed professio regularis monachum facit.*

La grande pureté des religieuses ne souffroit pas qu'on reçût dans les couvents ces sortes de personnes, qui avoient vêcu dans l'incontinence. (1) Monsieur le président Faur de Saint-Jori l'a fort bien remarqué, & dit que Justinien de son tems, suivant le rapport de Procope, fut obligé de faire construire une maison pour enfermer ces femmes condamnées d'adultere, pour l'exécution de son ordonnance ; parce que l'on faisoit scrupule de les recevoir dans les monasteres.

Encore que Justinien condamne les femmes convaincues d'adultere d'être enfermées le reste de leurs jours dans un monastere, *habitare in ipso monasterio, in omni propriæ vitæ tempore*, cela ne fait pas une prison perpétuelle ; & quand ce seroit une condamnation à une prison perpétuelle, elle ne lui ôteroit ni la liberté, ni les droits de cité ; parce que *maxima est capitis diminutio* : mais nous ne voyons pas que la rélegation en un monastere, ni même la condamnation à une prison perpétuelle, ait le même effet. Le monachisme, suivant la pensée de monsieur Cujas, *non est capitis diminutio :* si donc la femme conserve la liberté & les droits de cité, pourquoi ne pourra-t-elle pas se marier !

Cette perpétuité dont parle Justinien dans sa novelle, a été ôtée par les constitutions postérieures des empereurs. L'empereur Léon en sa novelle 32 n'en parle point : *sed ob scelus commissum, monasterium ubi in contritione animæ leviorem sibi pœnam faciat* (*velut in exilium detruditur,*) il ne les oblige pas de prendre l'habit de religion, à

(1) *Lib. 3, Semestrium, cap. 21.*

BIU Cujas

moins qu'étant bien repenties, elles ne vouluſſent faire profeſſion ; mais il leur permet de vivre en habit ſéculier : & pour montrer qu'elles ne perdent pas les droits de cité, il leur laiſſe la liberté de faire teſtament : *quod ſi in profano habitu è vita excedat, cùm teſtamenti factionem omnino habeat, prout illa conſtituerit, quæ bona extra dotem habuit, diſpenſabuntur.* Si elles ont la liberté de teſter, elle n'ont pas perdu les droits de cité, ni par conſéquent la capacité de ſe marier.

Les canons ont pareillement ôté cette perpétuité du monaſtere : le pape Pelage qui vivoit un peu après Juſtinien, dans la décrétale rapportée par Gratien en la cauſe 32, queſtion premiere, ne parle point du monaſtere, ni de l'obligation d'y demeurer le reſte de ſes jours : *ſi maritus eam omnino recipere nolit, in alium quemdam locum in quo ei non liceat malè vivere, providâ eam diſpenſatione conſtitue ;* il ne préfinit pas le tems.

Dans les capitulaires de Charlemagne, liv. 7, on laiſſe la liberté au mari de reprendre ſa femme toutefois & quantes qu'il voudra ; & à cauſe de cela, elle ne pouvoit pas être attachée à aucun lien : *quod ſi voluerit adulteram ſibi reconciliari, licentiam habeat ; ita tamen ut pariter cum illa pœnitentiam agat, & exactâ pœnitentiâ ad communionis gratiam utrique accedant.* La pénitence n'étoit pas perpétuelle, afin que le mari eût la liberté de ſe réconcilier quand il voudroit avec elle. Il ajoute : *maneat tamen innupta quandiu vir ejus vixerit.* La prohibition faite à la femme de ſe marier, n'eſt que pendant la vie du mari ; d'où l'on peut conclure, qu'après la mort du mari, elle à la faculté de ſe marier.

Les canons n'ont jamais approuvé ce tems de deux ans que la novelle préfinit au mari, pour retourner avec ſa femme ; ils ont crû qu'il falloit laiſſer une liberté indéfinie : quand elle auroit péché ſept fois & même davantage, ne peut-il pas lui pardonner ? *numquid vir non poteſt dimittere uxori peccanti, non ſolum ſepties, ſed etiam uſque ſeptuagies, ſecundùm evangelicam veritatem*, dit le pape Innocent.

C'eſt la raiſon pour laquelle l'égliſe ne tenoit pas les femmes adultere en une perpétuelle pénitence, afin que les maris puſſent les reprendre. Nous voyons dans les canons pénitenciels donnés par Antonius Auguſtinus, que tantôt on ne donnoit que trois ans, cinq ans, ou neuf ans au plus.

La gloſe ſur le ch. *tuæ de procurat.* dit que la novelle de Juſtinien pour le tems de deux ans n'étoit plus en uſage : *poteſt vir uxorem convictam de adulterio & condemnatam retinere, ſi vult, tanquam non intra biennium modò, ſed & poſta cùm libuerit perpetuò revocare poſſit ;* & Balde ſur l'autentique, *ſed hodie*, de tous les anciens interprêtes eſt le ſeul qui l'ait obſervé : *non intra biennium, ſed perpetuò de jure canonico, poteſt revocare, & iſtud jus ſervare debemus in hac materia.*

Lorſque les canons ont défendu aux femmes de ſe marier, ç'a été pendant le tems de la pénitence, durant laquelle les pénitens ne pouvoient pas ſe marier, & c'étoit auſſi pendant la vie de leurs maris : cette prohibition avoit principalement lieu dans l'un & dans l'autre cas ; mais nous ne voyons point de canons qui aient étendu cette prohibition au-delà du décès du mari : celui de Fréjus qui dit, *alium recipere virum nec vivente, nec mortuo, quem non erubuit defraudare marito*, s'entend de l'adultere que la femme veut épouſer après la mort du mari, ou quand la femme avoit attenté ſur la vie de ſon mari. C'eſt ce que dit le concile de Meaux rapporté par Antonius Auguſtinus : *ſi probatum fuerit, uxorem adulteram machinatam fuiſſe in mortem viri, aut adulterum, ſine ulla ſpe conjugii cum pœnitentia perpetuò maneat.*

Quand il n'y avoit qu'un ſimple adultere, & qu'il n'y avoit point d'autre crime joint ou mêlé, la femme après la mort de ſon mari pouvoit ſe marier.

Les docteurs parlant de l'empêchement du mariage, procédant du crime d'adultere, diſent tous unanimement que l'égliſe n'a fait que deux empêchemens dirimants dans le crime. Le premier, lorſque la femme a attenté à la perſonne & à la vie de ſon mari, *adulterium cum machinatione mortis alterius conjugis.* L'autre, quand il y a convention ou promeſſe entre les adulteres de ſe marier après la mort du mari : *cùm fide data de contrahendo poſt conjugis mortem, vel cum contractu matrimonii de præſenti cum adultera ;* d'où ils concluent, *quare adulterium ſolum non obſtat matrimonio contrahendo.*

Cela eſt fondé ſur le canon, *ſi quis vivente marito*, de la cauſe 31, queſt. 1, que Gratien attribue au concile appellé *Triburienſe ;* mais les correcteurs Romains diſent que c'eſt un concile de Meaux : *ſi quis vivente marito conjugem illius adulteraſſe accuſatur, & eo in proximo defuncto eandem ſumpſiſſe dignoſcitur, omnimodis publicæ pœnitentiæ ſubjiciatur, de quo etiam poſt pœnitentiam præfatam, ſi expedierit, ſervabitur regula contrahendi matrimonii, niſi forte vir aut mulier, virum qui mortuus fuerit, occidiſſe notetur, aut propinquitas, vel alia quælibet actio criminalis impediat.*

Il y a une décrétale formelle pour cela dans ce titre, *de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*, elle eſt du pape Innocent III, dans le chapitre *ſignificati.*

Nos

BIU Cujas

Nos igitur inquisitioni tuæ taliter respondemus, quod nisi alter eorum in mortem uxoris defunctæ fuerit machinatus, vel ea vivente sibi fidem dederit, de matrimonio contrahendo, legitimum debes judicare matrimonium; excommunicato munus absolutionis, si petierit, juxtà formam Ecclesiæ impensurus, desquels derniers mots, *excommunicato munus absolutionis impensurus*, l'on induit qu'une personne excommuniée peut valablement se marier.

Saint Thomas *in 4, sent. d. 35*, est de ce sentiment: Sanchez, *de matrimonio*, en a fait un chapitre exprès, *lib. 7, disput. 38*.

De sorte que pour se déterminer dans cette affaire, quand la question seroit entiere, & que la cour ne l'auroit pas déja jugée par l'arrêt auquel on demande d'être reçu opposant, lors duquel nous rapportâmes tous les moyens qui résultent du fait, & qui ont été repris par les avocats des parties; nous estimerons que la résistance que le tuteur, les enfans & les parens apportent à la liberté & au mariage de Marie Joisel, n'est ni juste ni honnête; qu'une femme condamnée pour crime d'adultete, ne perdant point les droits de Cité, étant capable des effets civils, la réclusion dans un monastere ne la rendant point religieuse, ne faisant ni vœu ni profession, le mariage ne pouvoit lui être interdit après la mort du mari: Qu'on ne pouvoit pas dire que l'arrêt du parlement de Dijon fût dans une espece pareille à celle qui se présente: Que si jusqu'ici cette contestation n'avoit point encore été formée, cela venoit de ce qu'il ne s'étoit pas trouvé des gens qui voulussent se charger d'une femme condamnée pour crime d'adultere. On doit même avoir quelque égard pour la détention de Marie Joisel, pendant onze années, puisqu'autrefois les plus longues pénitences publiques, & pour les grands crimes, ne passoient jamais neuf années; & qu'il étoit plus honorable & plus avantageux aux enfans que leur mere passât en un second mariage, que de rester toute sa vie dans le monastère où elle étoit enfermée; que les enfans étoient hors d'intérêt, & que pour plus grande sureté, en déboutant l'opposant & les intervenans de l'intervention, on pouvoit ordonner que l'arrêt de 1673, seroit exécuté au surplus, pour les condamnations pécuniaires, prononcées en faveur des enfans.

Sur ces conclusions, est intervenu l'arrêt qui suit, rendu le 21 juin 1684.

Arrêt notable, rendu en la grande audience de la Tournelle, lequel, en confirmant l'arrêt du vingt-neuf janvier précédent juge qu'une femme condamnée pour adultere à être recluse dans un monastère le reste de ses jours, peut après la mort de son mari demander la liberté pour en épouser un autre.

ENTRE maître Denis Gars, sieur de Colombiers, substitut de monsieur le procureur général, au bailliage de Meulan, au nom & comme tuteur des enfans mineurs de défunt maître Pierre Gars, & de damoiselle Marie Joisel, leurs pere & mere, demandeurs en requête du 4 février dernier, à ce qu'il fût, audit nom, reçu opposant à l'exécution de l'arrêt du 29 janvier dernier; & faisant droit sur ladite opposition, faire défenses de le mettre à exécution, jusqu'à ce qu'autrement par la cour en ait été ordonné; condamner les parties ci-après aux dépens, d'une part; & Jean-Baptiste Thomé, médecin en la Faculté de Montpellier, & damoiselle Marie Joisel, veuve de défunt maître Jean Gars, procureur du roi au siége de Meulan, défendereſſe, d'autre; & encore maître Jean Gars, substitut en titre d'office du substitut de M. le procureur général audit Meulan, Louis Collé, Pierre Sonny, assesseur, & Robert Tavernier, parens des enfans mineurs dudit défunt Pierre Gars, & de ladite Joisel, demandeurs en requête du 21 mars, à ce qu'ils fussent reçus parties intervenantes en l'instance pendante en la cour, entre maître Denis Gars, en ladite qualité de tuteur, Jean-Baptiste & Marie Joisel; ce faisant, les recevoir pareillement opposans à l'arrêt obtenu par ledit Thomé, & en conséquece, adjuger audit Gars les conclusions par lui prises, & condamner les parties adverses aux dépens, d'une part; & lesdits Thomé & Joisel, défendeurs, d'autre; & encore maître Jean Gars, écuyer, conseiller secrétaire du roi, maison, couronne de France & de ses finances; Jean Gars, écuyer, seigneur du Breuil; Charles-François de Gars, écuyer & avocat en la cour, Antoine Gars, aussi défendeur, avocat en la cour; Jean de Mouchy, conseiller & procureur du roi à Chaumont, & Jacques Taillepied, écuyer, Huissier de la chambre de la reine, oncles & cousins, parens maternels desdits mineurs, aussi demandeurs en requête du dernier, tendante à ce qu'ils fussent reçus parties intervenantes en l'instance d'entre lesdits Thomé, Joisel & les autres parens des mineurs; faisant droit sur ladite intervention, leur donner acte de ce qu'ils adherent aux conclusions desdits Thomé & Joisel, & qu'ils consentent au mariage, & condamner lesdits opposans aux dépens, d'une part; & lesdits maître Denis & Jean Gars, substitut de monsieur le procureur général; Louis Collé, Pierre Sonny, & Robert le Tavernier, défendeurs, d'autre part: Après que Fournier,

BIU Cujas

pour leſdits Thomé & Joiſel, le Roi, pour les parens maternels intervenans, Allier, pour le tuteur & parens paternels intervenans, & Talon, pour le procureur général, ont été ouis. La cour, ayant égard à la requête de la partie de le Roi, les a reçus intervenans; ſans s'y arrêter, ni à l'oppoſition, ordonne que l'arrêt du 29 février ſera exécuté; & en conſéquence, paſſé outre, nonobſtant l'oppoſition formée aux bans; condamne les oppoſans aux dépens; ſans néanmoins que ladite Joiſel puiſſe ſe pourvoir contre l'arrêt du 9 mars 1673, qui ſera exécuté. Fait en parlement le 21 juin 1684.

Procès verbal de du Mur, huiſſier de la cour, contenant l'exécution de ces deux arrêts.

L'an 1684, le 15 Juillet, du matin, nous André du Mur, huiſſier en la cour, pour l'exécution des deux arrêts contradictoires de noſſeigneurs de parlement en la chambre de la Tournelle, des 29 janvier & 23 juin dernier, par le premier deſquels, rendu entre maître Jean-Baptiſte Thomé, médecin de la Faculté de Montpellier, d'une part, & damoiſelle Marie Joiſel, veuve de Pierre Gars, vivant, procureur du roi au ſiége de Meulan, d'autre: il avoit été permis audit ſieur Thomé, & damoiſelle Joiſel, de contracter mariage; & à cet effet, ordonné que les articles & contrat de mariage ſeroient ſignés à la grille de la maiſon du Refuge, où eſt icelle Joiſel, laquelle, après la publication des trois bans, ſeroit par nous conduite en la paroiſſe dudit lieu, pour en notre préſence être procédé à la célébration du mariage; & ce fait, remiſe entre les mains de ſon mari. Et par le ſecond, rendu entre maître Denis Gars, tuteur des enfans mineurs dudit défunt Pierre Gars & de ladite Joiſel, demandeur & oppoſant à l'exécution dudit premier arrêt, maître Jean Gars, & autres parens paternels deſdits mineurs, intervenans & oppoſans, d'une part, & ledit Thomé & Joiſel, & Jean Gars & conſors, parens maternels deſdits mineurs, auſſi intervenans & adhérens audit mariage, d'autre: auroit entr'autres choſes été ordonné que le premier arrêt du 29 janvier ſeroit exécuté, & ſuivant icelui, paſſé outre audit mariage, nonobſtant l'oppoſition formée à la publication des bans, & après qu'icelui ſieur Thomé nous a mis entre les mains l'extrait du contrat de mariage, paſſé à la grille de ladite maiſon du Refuge, pardevant Bouvot & Rallu, notaires au châtelet le 13 du préſent mois, entre lui & ladite Joiſel; enſemble trois bans publiés en l'égliſe & paroiſſe de ſaint Louis en l'Iſle, demeure d'icelui Thomé, les 1 & 3 février dernier & 9 du préſent mois, ſigné Plats, vicaire de ladite paroiſſe, comme auſſi la diſpenſe de deux bans à eux accordée par monſeigneur l'archevêque de Paris, ſignée, de Harlay, en date du 11 du préſent mois, par laquelle ſe voit qu'il a retenu le premier ban publié en ladite paroiſſe de ſaint Medard, ladite diſpenſe portant mandement audit ſieur curé dudit ſaint Medard de marier & fiancer en même tems ledit ſieur Thomé, & demoiſelle Joiſel, nous nous ſommes tranſportés avec notre aſſiſtance, en ladite maiſon, dite du Refuge, faux-bourg ſaint Marcel, où étant à la grille, avons demandé la demoiſelle Amelin, ſupérieure d'icelle maiſon, laquelle y étant venue, & après lui avoir fait lecture & laiſſé copie deſdits arrêts, nous l'avons ſommée & requiſe de nous mettre entre les mains ladite demoiſelle Joiſel, pour & au deſir deſdits arrêts, la conduire en l'égliſe de ſaint Medard, pour en notre préſence être procédé à la célébration dudit mariage; laquelle demoiſelle Amelin ſatisfaiſant, après avoir fait ouvrir la porte qui ſert d'entrée en ladite maiſon, nous a remis en nos mains ladite Marie Joiſel, dont nous avons fait mention ſur le regiſtre de ladite maiſon, & ont ſigné, Joisel. Amelin, ſupérieure.

Ce fait, nous avons fait monter icelle demoiſelle Joiſel dans un caroſſe, & conduite en ladite égliſe & paroiſſe ſaint Medard, où étant, s'eſt trouvé icelui Thomé. Après qu'ils ont été fiancés & épouſés par le ſieur Cronier, vicaire de ladite paroiſſe, & que mention en a été faite ſur le regiſtre des mariages d'icelle, nous avons icelle Joiſel remiſe entre les mains dudit ſieur Thomé ſon mari, au deſir deſdits arrêts, dont & dequoi nous avons dreſſé le préſent procès verbal, ès préſences & aſſiſté de François Champion, bourgeois de Paris & autres témoins. *Signé*, Thomé, Joiſel, Champion & du Mur. Controllé à Paris le 15 juillet 1684, regiſtre 18, fol. 56. *Signé*, Oury.

BIU Cujas

DE LA VEUVE QUI VIT IMPUDIQUEMENT.

QUESTION SOIXANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Quand il s'agit de maintenir les bonnes mœurs, l'indulgence eſt criminelle.*
2. *La veuve qui vit impudiquement doit perdre ſa dot.*
3. *Raiſons pour établir l'affirmative.*
4. *Raiſons pour établir la négative.*
5. *Les auteurs ſont partagés ſur cette queſtion.*
6. *Sentiment & raiſons de l'auteur pour l'affirmative.*
7. *Si le mariage contracté avec celui qui a eu commerce avec une veuve dans l'an du deuil, la décharge de la peine.*
8. *L'auteur ſoutient la négative.*
9. *Arrêt de la cour des aydes, qui a jugé que la veuve qui vit mal dans l'année du deuil, ne doit pas jouir des priviléges de ſon mari.*
10. *L'enfant né d'une femme qui fait déclarer ſon mari impuiſſant, n'eſt pas légitimé par le ſubſéquent mariage.*
11. *Arrêt du parlement, qui reçoit la plainte de la femme ſur l'impuiſſance de ſon mari, & qui ordonne qu'il ſera informé de ſon adultére à la requête de M. le procureur général.*
12. *La veuve qui vit impudiquement pendant l'an du deuil, perd tous les avantages à elle faits par ſon mari, mais elle ne perd pas ſa dot.*
13. *Au parlement de Toulouſe, la veuve qui vit impudiquement, même après l'an du deuil, perd ſes avantages.*
14. *Au parlement de Paris, la veuve qui ſe remarie dans l'année du deuil n'encoure aucune peine.*
15. Idem, *au parlement de Bordeaux.*
16. *Le mariage de la veuve, avec celui qui l'a débauchée pendant l'année du deuil, ne la juſtifie point.*
17. *Si la veuve qui vit impudiquement pendant l'année du deuil, doit être privée des priviléges, exemptions, &c.*
18. *L'enfant né pendant le mariage d'un homme déclaré impuiſſant, n'eſt pas légitime, quoique la femme épouſe après cela celui avec lequel elle avoit eu commerce.*
19. *L'impuiſſance du mari ne juſtifie pas la mauvaiſe conduite de la femme.*
20. *Si les peines établies par le droit Romain contre les veuves qui ſe marient dans l'année du deuil, ont lieu en France.*
21. *Si pour régler ſi la peine doit avoir lieu, il faut ſuivre la loi du domicile du défunt mari, ou celui de la veuve, &c.*
22. *Si la veuve qui vit impudiquement, après l'an du deuil, eſt ſujette à quelques peines.*
23. *Du legs ſous condition de demeurer en viduité, &c.*

QUESTION LXVI.

Si une veuve qui vit impudiquement, perd non-ſeulement ſes avantages, mais encore ſa dot: autres doutes incidents.

1 LORSQU'IL eſt beſoin d'établir l'honnêteté publique, & d'affermir les bonnes mœurs, on ne ſçauroit trop ſe roidir, & c'eſt en ce cas que l'indulgence eſt plûtôt criminelle, que la rigueur. C'eſt au ſujet de l'incontinence des femmes que nous diſons cela, & nous croyons qu'il ſera pris en bonne part de ceux qui aiment la vertu. Qu'une femme convole en ſecondes nôces, & que non contente d'avoir éprouvé deux ou trois mari, elle aille encore plus avant, cela peut être tolerable. Il le faut donner à la foibleſſe du ſexe, & à la néceſſité de chercher ailleurs un appui qu'elle ne peut avoir de la nature. Qu'une jeune veuve n'attende pas l'an du deuil, & que ſon impatience témoigne l'ardeur qui la pique, c'eſt ce qu'on peut attribuer à l'interprêtation trop favorable que nous donnons au paſſage de ſaint Paul. En effet, il ne faut pas s'étonner que le ſcrupule levé, on s'émancipe; que la crainte des loix ceſſante, la licence regne, & qu'on bleſſe légerement l'honneur & la bienſéance, puiſqu'on le peut faire impunément. Mais qu'une veuve ne ſe contente pas d'enſevelir dans le cercueil du mari, auſſi bien la mémoire d'icelui, que le corps; mais que du même ſépulcre qui l'enferme, elle en faſſe encore le tombeau de ſon honneur; qu'elle ſe proſtitue auſſi-tôt au

BIU Cujas

premier qui la cajole, & qu'au lieu de recourir au port du mariage, elle faſſe un naufrage ſignalé, c'eſt ce qu'on ne doit pas ſouffrir, comme on ne peut l'excuſer.

Il y a bien de la différence de tolerer un mariage précipité, & fait avant l'an de deuil, & d'approuver un concubinage, ou plûtôt un adultere. Encore que le premier ait quelque marque d'incontinence, il ne laiſſe pas d'avoir un voile honorable, & le dire de l'apôtre excuſe en quelque façon la veuve, & la décharge de faute. En effet, il enſeigne qu'il vaut mieux ſe marier que brûler, ſe jetter dans un ſecond mariage, que de ternir le premier; bref, joindre au premier mari plûtôt un autre mari qu'un adultere. Mais ſi le mariage trop prompt d'une jeune veuve eſt excuſable, ſa vie impudique ne le peut être. Le mal qu'un ſecond mariage fait aux enfans, tant ſoit-il précipité, ne regarde que les biens; mais elle leur ôte les biens & l'honneur en vivant impudiquement. L'un ſe peut réparer, l'autre eſt irréparable, & c'eſt une tache qui s'étend à tous ceux de la famille.

2 C'eſt ce qui a donné ſujet à pluſieurs de tenir que tout ainſi que la femme qui eſt ſurpriſe en adultere, ou convaincue d'icelui, perd ſa dot, & qu'elle eſt acquiſe au mari, s'il n'y a point d'enfans; de même la veuve qui fait faux-bon à ſon honneur, doit perdre ſa dot en faveur des héritiers du mari, pour réparation de l'injure qu'elle fait à ſa mémoire, & à eux par conſéquent. Ce point n'eſt pas pourtant ſi bien décidé, qu'il n'y ait ſujet d'en douter, tant à cauſe des raiſons qu'on peut alleguer de part & d'autre, que parce qu'en effet les opinions ſont diverſes.

3 Ceux qui tiennent l'affirmative ſe fondent ſur ce que le mariage eſt cenſé durer, & que c'eſt par conſéquent une eſpéce d'adultere. Ils alleguent à ce ſujet le texte aſſez formel de la loi derniere, *C. de bonis maternis*, où l'empereur dit, que celui des conjoints qui ne ſe marie point, *in priore matrimonio permanet*. Il préſuppoſe donc la durée & continuation du mariage, & c'eſt de là qu'on infére que le mariage ne peut encore être préſumé, que l'offenſe qu'une veuve fait à ſon honneur, ne réfléchiſſe ſur l'honneur du mari qui eſt décédé, & que cette faute ne tienne de l'adultere, & ne tombe ſous les mêmes peines. La même préſomption eſt établie, *in cap. 19, § ſoluto. num. 22*, où un autre empereur ſuppoſe pareillement, que le mariage dure encore dans le veuvage. C'eſt ce que les juriſconſultes avoient auparavant ſuppoſé; car en la loi *fœminæ, ff. de Senatorib.* Ulpien ayant établi le relief de la femme ſur le relief du mari, il veut qu'elle tienne le même éclat étant veuve. *Tandiu*, dit-il, *clariſſima fœmina erit, quandiu ſenatori nupta eſt, clariſſimo, vel ſeparata ab eo, alii inferioris dignitatis viro non nupſerit.* Et en la loi *filii, § vidua, ff. ad municipalem*, il eſt dit, que *vidua amiſſi mariti domicilium retinet*, parce
4 qu'elle eſt encore cenſée lui appartenir.

Les partiſans de la négative diſent au contraire, que le mariage finit par la mort, que c'eſt un lien qui ſe rompt par cette ſéparation, qu'en effet, *vidua dicitur quaſi vidua, id eſt diviſa, l. malum, § vidua, ff. de verbor. ſignificat.* : que c'eſt pour ce ſejet que nos loix rendent la veuve, dès que le mari eſt mort, maîtreſſe abſolue de ſa dot: que ſa dot même n'eſt plus dot, *l. dotem, ff de jure dotium*; mais qu'elle ne perd ce nom, & ne ceſſe d'être telle, que par la fin du mariage: que comme c'eſt lui qui lui conſtitue ſon être, la dot ne change auſſi de nature, que parce que le mariage ceſſe: que s'il n'y a plus de mariage, il n'y peut avoir d'adultere: que ſi les loix ſemblent dire que le mariage dure, ce n'eſt que par une fiction, & en faveur de la veuve: que comme c'eſt pour favoriſer la veuve qu'on feint cela, on ne peut pas l'étendre contre elle, & en choſe odieuſe. Bref, que ce que les loix ont établi pour la peine de l'adultere, *in caſu vero*, ne peut pas ſe tirer à conſéquence, *in caſu ficto*, puiſque de droit, *numquam in odioſis & pœnalibus ſit extenſio.* C'eſt par-là que les partiſans de cette opinion ſe ſauvent, à quoi ils peuvent ajouter l'autorité de ſaint Paul, qui aſſure que le mari décédé, *mulier ſoluta eſt à lege viri.*

Pour ne pas cotter ici tous les auteurs qui traitent notre queſtion, & ne pas ſurcharger le lecteur de citations le plus ſouvent ennuyeuſes, nous nous contenterons de le renvoyer pour les ultramontains à *Menochius*, & à M. Maynard pour les nôtres. Le premier, *lib. 2, de arbitrar. judiciis, lib. 2, caſu 288*, ayant agité la queſtion, & cité les auteurs de l'un & de l'autre parti, ſe range pour la négative. Le ſecond, parmi ſes queſtions notables, liv. 4, ch. 2, & liv. 8, chap. 11 & 12, ſe déclare pour l'affirmative. Au chap. 10 il rapporte un arrêt, par lequel il a été jugé, qu'en faveur des héritiers, la veuve qui a vécu impudiquement, doit être privée de ſon augment, & des autres libéralités. Pour la dot, il avoue que la cour jugeoit autrefois, que la veuve qui s'abandonnoit ne la perdoit pas; mais que depuis elle auroit jugé le contraire, à cauſe de l'exemple, & afin que l'impunité ne donne pas un plus grand cours à un mal aſſez fréquent. *Guibertus Coſtanus, Doctor Tholoſanus tractatu de dotibus, cap. 6*, a tenu ce parti, & le lecteur pourra voir les raiſons ſur leſquelles il ſe fonde. Il eſt vrai que ſur la mauvaiſe vie d'une veuve, il ſemble plûtôt établir une exception, qu'une action, & plûtôt exclure la veuve de la répétition de ſa dot, que l'obliger à la payer aux héritiers du mari. 6

S'il faut ouvrir notre ſentiment, nous croyons que comme on devroit punir les veuves qui ſe remarient dans l'an de deuil, de la perte de tous avantages, on devroit punir celles qui ſe proſtituent, de la perte de leur dot. Nous ſçavons bien qu'au parlement de Paris l'on interprête trop favorablement le conſeil du grand apôtre, & que dans l'étendue de ce parlement, les veuves peuvent ſe remarier quand bon leur ſemble, ſans craindre de perdre leurs avantages. Mais ſans examiner ce point, nous eſtimons que s'il faut traiter favorablement les veuves qui ſe marient en quelque tems que ce ſoit, il faut traiter rigoureuſement celles qui ſe proſtituent. Quand nous conſiderons que l'injure qu'on fait au mari, paſſe juſqu'aux héritiers & à toute la famille: quand nous peſons la corruption & dépravation des mœurs, la confuſion du ſang, le trouble & les déſordres que cette licence cauſe, nous croyons qu'on ne ſçauroit uſer de trop de rigueur. Et n'importe que les peines ſoient odieuſes & ſujettes à reſtriction: car puiſque nous avons ſuppoſé que le mariage dure encore, c'eſt plûtôt une application des loix que ce n'eſt une extenſion. Il eſt vrai que ſelon l'apôtre, le mari étant décédé, *mulier ſoluta eſt à lege viri*, c'eſt à-dire, qu'elle peut ſe remarier, & qu'elle a le choix du veuvage ou d'un ſecond mariage. Mais renonçant à ce choix, & ne voulant pas s'aſſujettir à un ſecond mari, c'eſt ſans doute qu'en ſe diſant veuve du premier, elle reconnoît qu'il y a encore de la dépendance, & qu'elle ne peut jouir de ſes privileges que le mariage ne ſoit préſumé durer. C'eſt une regle aſſez vulgaire que, *qui commodum ſentit, incommodum ſentire debet;* d'où s'enſuit que, ſi la veuve, pour jouir des prérogatives du mari, pour ſe prévaloir de la condition d'icelui & de l'honneur de ſes charges, veut que le mariage ſoit cenſé durer, ſi elle veut qu'elle ſoit avantageuſement traitée, comme lorſque le mari vivoit; il faut qu'elle ſe ſoumette aux mêmes peines qu'elle pourroit encourir en commettant adultere dans le mariage: Que venant

BIU Cujas

à violer la foi promise à celui duquel elle veut encore être présumée femme, que venant à faillir contre l'honneur d'un mariage duquel elle-même établit la durée, elle encourt le châtiment d'un adultere, comme elle s'en rend coupable. Outre que la vie présente servant de présomption pour la vie passée, une veuve ne sçauroit faire un faux-bon, qu'elle ne donne quelqu'ombrabe du passé.

7 De la question générale passant à une hypothese que nous avons autrefois traitée, nous voulons en ajouter ici l'espece. *Titius* marie son fils & lui fait une constitution en deniers, qu'il paye. Ce fils decede sans enfans, & institue sa femme héritiere. La femme aussi-tôt après s'abandonne à un homme marié, & a de lui un enfant. Cet homme devenu veuf l'épouse & répare en quelque façon la faute qu'il lui avoit fait faire. Après tout cela, procès se forme entre le pere du premier mari, & la veuve qui s'étoit remariée. Le pere demande le retour de ce qu'il avoit donné & payé à son fils, comme étant decedé sans aucuns enfans. On lui demande au contraire ce qui restoit à payer de la constitution par lui faite. On disputoit si le fils ayant testé, cela pouvoit faire obstacle au droit de reversion, & c'est une question que nous avous traitée en son lieu, & que nous traiterons encore plus amplement subordinément. Le pere soûtenoit, que quand son fils auroit pû tester au profit de sa femme, elle s'en seroit rendue indigne par son impudicité & mauvaise vie, & que la moindre peine qu'elle pût encourir, c'étoit la perte de tous avantages. A quoi la femme opposoit le mariage qu'elle avoit contracté, & par lequel elle prétendoit que sa faute étoit couverte. De sorte qu'il ne s'agissoit pas de sçavoir si la veuve qui fait breche à son honneur perd ses avantages, cela étant hors de doute; mais après avoir failli, si le mariage qu'elle avoit contracté avec son paillard pouvoit réparer sa faute.

C'est ce que nous ne pouvions pas croire, & le juge de Boën ayant jugé pour la veuve remariée à un nommé Chenevard, huissier, nous fûmes d'avis qu'il en falloit appeller. Nous nous fondions sur ce
8 qu'au tems que la veuve s'étoit abandonnée, elle n'avoit pû le faire, dans la pensée d'un second mariage, parce qu'alors son rufien étoit marié; que c'étoit donc un véritable adultere, qui ne pouvoit recevoir d'excuse: que si depuis la femme de Chenevard étant décédée, il avoit épousé la veuve qu'il avoit auparavant rendue enceinte, il ne s'ensuivoit pas pour cela que ce second mariage pût marcher en arriere. Nous ne croyons pas en effet qu'il puisse avoir un effet rétroactif: car si l'église favorise semblables mariages, & déclare par eux les enfans nés auparavant légitimes, c'est qu'elle présume une intention précédente d'un légitime mariage; c'est qu'elle croit que l'homme & la femme, ou du moins l'un d'eux ont eu cette pensée, & que ç'a été un dessein caché. Mais la veuve s'étant prostituée à un homme marié, on ne peut pas dire cela, & cette présomption n'a lieu qu'entre les personnes libres. Le mariage de l'un d'eux y fait obstacle: & il est certain que, *medium inhabile impedit conjunctionem extremorum.* Q'en effet, l'enfant né de cette conjonction illicite ne pouvoit qu'être bâtard, ce qui supposoit qu'en quelque tems la mere avoit été garce. Il y a de la relation, & il faut que la mere soit putain, lorsque l'enfant est bâtard. Il n'y a point eu de jugement ni d'arrêt sur l'appel, parce que les parties s'accorderent, le pere fut content. Voyez à ce sujet le titre des decretales, *de eo qui duxit in uxorem quam prius polluit per adulterium.* Voyez encore l'epitre 16, d'*Ivo Carnotensis*, où il dispute, *utrum quis habere possit eam mulierem in conjugem, quam prius habuit in pellicem*, & résout que ce mariage peut valoir plûtôt par grace, & miséricorde, que de droit, & que pour le salut: il faut quelquefois se relâcher de la rigueur des canons.

On peut employer à ce sujet l'article 182, de l'ordonnance de Blois, par lequel les veuves qui se remarient à des personnes indignes, & même à leurs valets, ne sont pas seulement privées de leurs avantages, mais encore interdites de leurs biens propres, & rendues incapables d'en disposer. Ce que la cour avoit jugé auparavant par l'arrêt que Chenu rapporte en sa premiere centurie. On peut donc inférer de-là que si la veuve qui se remarie à une personne indigne tombe dans un interdit, quoique la couleur du mariage couvre sa faute, & qu'on puisse dire avec le poëte, *conjugium vocat, hac protexit nomine culpam.* A plus forte raison & avec bien plus d'apparence, on doit l'avouer de celle qui s'abandonne, non pas à un second mari, mais à un adultere, afin qu'où il y a plus de faute, la peine soit aussi plus grande. Il faut voir à ce sujet le titre du Code, *de mulieribus quæ se propriis servis junxerunt*, & ce qu'en dit Belordeau en ses controverses, ch. 47, de la premiere partie, où il dit avoir été jugé par arrêt de Bretagne, que la veuve d'un gentil-homme s'étant remariée à une personne indigne, est dès-lors interdite de ses biens, & n'en peut disposer.

A ce propos *Cancerius Variarum resolution. parte tertia, cap. 2, n. 121*, tient que le mariage résolu par le décès du mari sans enfans, le pere peut répéter la dot qu'il a constituée à sa fille, si elle vit honteusement. Le senat de Barcelone l'ayant jugé autrement, cet auteur assure qu'il y eut requête civile; & que par autre arrêt la donation fut révoquée, à la réserve de la légitime. C'est parce que la dot n'est plus à titre onereux, mais bien à titre lucratif, *lege finali pargraph. si à socio ff. quæ in fraudem creditorum.* On n'est plus aux termes du premier mariage, & la fille se rend indigne d'un second: le pere est donc en droit & raison de révoquer sa donation.

Par arrêt de la cour des aydes du mois de de- 9
cembre 1631, inseré au journal des audiences du parlement, il a été jugé qu'une veuve qui a vécu impudiquement, même dans l'an de deuil, ne pouvoit jouir des priviléges du mari, ni de l'exemption des tailles dont il jouissoit, & que es habitans lui pouvoient opposer son impudicité, par voye d'exception.

Monsieur le Prêtre en sa seconde centurie, ch. 5, 10
propose, si l'enfant né d'une femme qui fait déclarer son mari impuissant, & épouse ensuite celui duquel elle avoit eu cet enfant, sera censé légitime. Il résout que non; car encore qu'il n'y ait point eu de mariage, c'est pourtant une espece d'adultere, puisque la femme ne laisse point d'être jointe, sinon *vinculo naturæ, saltem vinculo juris.*

A ce propos nous voulons ajouter une controverse qui tombe sur la même matiere.

Une femme de mauvaise vie, & qui pour ce sujet étoit en mauvais ménage avec son mari, ayant presenti qu'il étoit sur le point d'éclater & de l'accuser d'adultere, le prévient, & l'accuse d'impuissance. Le mari de sa part ayant fait plainte de son impudicité, & l'accusant d'adultere, la femme le soutient non-recevable pour n'être partie capable.

Elle disoit qu'il n'y a que le mari qui puisse former cette accusation, mais que cela se doit entendre du véritable mari, & non d'un imposteur, qui abusant du sacrement de mariage & de la patience d'une femme, entreprend ce qu'il ne peut faire. Elle infére de-là qu'avant qu'il soit reçu partie, il doit être connu pour mari; & par conséquent que la plainte de son impuissance doit être la premiere discutée, & que c'est une question préjudicielle: bref, qu'il n'y peut avoir adultere, s'il n'y a point de mariage, &

BIU Cujas

que le prétendu mari eſt ſans intérêt, s'il ſe trouve qu'il ne ſoit point mari, & qu'un défaut naturel ne lui permette pas de porter un ſi beau nom.

Le mari au contraire diſoit, qu'encore que la femme l'ait prévenu, ſa plainte pourtant n'étoit qu'une pure récrimination, & qu'un artifice prémedité pour étourdir une légitime pourſuite, & éviter la peine du crime. Que comme la femme a vu que ſon impudicité étoit trop connue, & que le mari ne la pouvant plus ſouffrir, étoit ſur le point d'en faire ſa plainte, la femme s'étoit aviſée de faire cette contrebaterie, & que c'étoit une ruſe que ſa malice ou celle de ſes complices lui avoient ſuggérée; qu'elle n'étoit donc pas recevable à l'accuſer d'impuiſſance, qu'elle ne ſe fût purgée du crime d'adultère; & qu'étant encore réputé mari, l'injure lui en eſt faite, & qu'il en ſouffre la honte & le blâme. Bref, que quand la prétendue impuiſſance ſeroit véritable, ce que non, toujours la femme lui auroit été jointe, ſinon *vinculo naturæ, ſaltem vinculo juris*, & par conſéquent qu'il y avoit toujours adultère.

Par arrêt rendu à la Tournelle, la cour ſuivant 11
les concluſions de M. l'avocat général, y trouva ce tempérament, qu'en recevant la plainte de la femme de l'impuiſſance du mari, l'obligeant d'y répondre & de conteſter, elle ordonna qu'en même tems il ſeroit informé de la mauvaiſe vie & déportement de la femme, à la requête de M. le procureur général. Nous tenons cet arrêt de M. Canaye, très-digne conſeiller au parlement.

OBSERVATIONS.

Si la veuve, qui vit impudiquement dans l'année du deuil, doit perdre ſa dot.

12 L'Auteur traite ici pluſieurs queſtions importantes.

La premiere, ſi la veuve qui vit impudiquement, doit être privée de ſa dot & de tous les avantages à elle faits par ſon mari. Il ſoutient l'affirmative ſur l'exemple de la veuve qui ſe remarie dans l'année du deuil, parce que la premiere eſt encore plus coupable que la ſeconde, ainſi que Juſtinien le dit dans ſa novelle 39, ch. 2, *non enim aliquid amplius habebit caſtitate luxuria.*

Mais, ſuivant cet exemple, la veuve qui vit impudiquement, ne doit pas perdre ſa dot, puiſque celle qui ſe remarie dans l'an du deuil ne la perd pas; elle eſt ſeulement privée de tous les avantages à elle faits par ſon premier mari, & ſujette à d'autres peines déclarées dans la loi premiere, *de ſecund. nupt.* au nombre deſquelles la perte de la dot n'eſt point compriſe. En effet, Juſtinien ne ſoumet la veuve qui vit impudiquement qu'à la perte de la donation à cauſe des nôces, & à toutes les peines qui ſont encourues par la veuve qui ſe remarie avant l'année du deuil. Coquille, queſt. 147, eſtime qu'une ſemblable femme peut être accuſée par les héritiers de ſon mari pour lui faire perdre ſon douaire. Il cite pluſieurs auteurs, qui ſoutiennent qu'elle doit auſſi perdre ſa dot; cependant l'opinion la plus commune & la plus certaine, eſt qu'elle ne doit pas être privée de ſa dot, puiſque la loi ne l'en prive pas, & que l'on ne doit pas étendre les peines. Papon, dans ſes arrêts, liv. 22, tit. 9, art. 16. Boerius, déciſ. 338. Faber, *cod. de jur. dot.* déf. 7, Cambolas, liv. 3, ch. 45, & dans ſon traité des ſecondes nôces, à la fin. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 476, nomb. 90 *. Perezius, ſur le titre du code, *ad leg. Jul. de adult.* n. 35, & pluſieurs autres auteurs cités pas Gratien, *diſcept. form.* tom. 1, ch. 5, n. 20, & ſuivans, ſont du même ſentiment.

13 Il y a encore une autre limitation à faire qui concerne le tems. L'auteur dit que la veuve qui vit impudiquement, doit perdre tous ſes avantages, ſans préfinir aucun tems; cependant la novelle 39 parle ſimplement de celle qui accouche dans l'an du deuil, *quæ peperit undecimo menſe*; & Juſtinien n'établit des peines contre les veuves qui malverſent pendant l'année du deuil, qu'à l'exemple de celles qui paſſent en ſecondes nôces avant la fin du deuil. Cependant au parlement de Toulouſe, la veuve qui déshonore la mémoire de ſon mari, même après l'an du deuil, eſt privée de la ſucceſſion de ſes enfans, ſuivant le témoignage de Monſieur de Cambolas, dans ſes déciſions, liv. 3, ch. 45, n. 2, & dans ſon traité des ſecondes nôces, n. 31. C'eſt la doctrine de tous les docteurs qui ſont cités par Garſias, *de conjugali acquæſtu*, depuis le nomb. 39, juſqu'au 52, où il traite fort bien cette queſtion.

Si la veuve qui ſe remarie avant la fin de l'année du deuil doit perdre ſes avantages.

14 La ſeconde queſtion agitée par notre auteur, conſiſte à ſavoir, ſi la veuve qui ſe remarie avant la fin de l'année du deuil, doit être privée des avantages à elle faits par ſon premier mari: il dit qu'il ſçait bien qu'au parlement de Paris l'on interprête trop favorablement le conſeil de l'apôtre; & que dans l'étendue de ce parlement, les veuves peuvent ſe remarier quand bon leur ſemble, ſans craindre de perdre leurs avantages; mais il dit qu'il croit qu'on devroit punir les veuves qui ſe remarie dans l'an du deuil, de la perte de toutes les libéralités de leur premier mari, & il a raiſon: car ſuivant l'ordonnance de Philippe-le-Bel, le parlement de Paris eſt obligé de juger ſuivant la diſpoſition du droit Romain, dans toutes les affaires qui viennent des pays de droit écrit; c'eſt

BIU Cujas

principalement dans ce cas où ſa diſpoſition devroit être ſuivie, puiſqu'elle eſt conforme à la bienſéance & à l'honnêteté publique; qu'elle tend à aſſurer l'état des enfans, & à conſerver l'honneur des familles. Cependant, comme les officiers des lieux n'oſent pas ouvertement juger contre la déciſion des arrêts, ils ſe contentent de punir les veuves qui ſe remarient avant l'an du deuil, lorſque la précipitation eſt trop grande, ou que le mariage eſt ſcandaleux : hors de ce cas & autres ſemblables, les peines établies par le droit contre les veuves qui ſe remarient dans l'an du deuil, n'ont pas lieu dans la province. J'ai écrit dans un procès du pays de Forêts, où j'ai ſoutenu qu'une veuve qui s'étoit remariée dans le huitieme mois devoit être privée de ſon augment, tant en propriété qu'en uſufruit; néanmoins, par l'arrêt rendu en la cinquieme chambre des enquêtes, le ſix mars mil ſix cent quatre-vingt dix-ſept, l'uſufruit de l'augment fut conſervé à la femme.

Ces peines n'ont pas lieu non plus dans le reſſort du parlement de Bordeaux, ſuivant 15
le témoignage de Bechet, dans ſon traité des ſecondes nôces, ch. 2 & 15, & de Lapeyrere, lett. N, nomb. 6.

Mais elles ont lieu dans tous les autres parlemens de droit écrit. Cambolas, dans ſon traité des ſecondes nôces, au commencement. Maynard, liv. 3, ch. 92 & ſuivans. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 308, nomb. 33 & ſuivans. Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 4, ch. 1, Boniface, tom. 3, liv. 1, tit. 27, ch. 5. L'auteur des maximes du parlement de Provence, pag. 370. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 71. Expilly, plaid. 38.

Si la veuve qui épouſe celui avec lequel elle a péché, pendant l'année du deuil, perd ſes avantages.

Dans la troiſieme, l'auteur propoſe une eſpece particuliere, ſur laquelle il avoit été 16
conſulté; ſavoir ſi une veuve qui étoit devenue groſſe, & accouchée dans l'an du deuil, & qui enſuite s'étoit mariée à l'homme avec qui elle avoit eu affaire, devoit ſouffrir la perte des avantages à elle faits par ſon premier mari, dont elle prétendoit ſe défendre, ſous prétexte que ſon honneur avoit été réparé, & que c'étoit la même choſe que ſi elle s'étoit mariée dans l'an du deuil. L'auteur eſtime que nonobſtant cette raiſon, cette femme doit être punie. Il me ſemble qu'il n'y avoit point de difficulté dans cette eſpece, puiſque la loi a été faite contre une femme qui étoit dans le même cas, ainſi que Juſtinien l'explique dans le chapitre 2 de la novelle 39. Monſieur Cambolas, liv 3, chap. 45, rapporte un arrêt qui a jugé la queſtion encore en plus forts termes; puiſque la femme ne s'étoit abandonnée à l'homme qui l'épouſa depuis, qu'après l'an du deuil : néanmoins elle fut privée de la ſucceſſion de ſes enfans. La même choſe a été jugée par un arrêt du 12 février 1666, rapporté par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 72.

Si la veuve qui vit impudiquement pendant l'année du deuil doit être privée des priviléges & exemptions attachées à la qualité de ſon mari.

Dans la quatrieme, l'auteur parle d'une queſtion jugée en la cour des aydes par arrêt 17
du mois de décembre 1631, rapporté dans le premier tome du journal des audiences, par lequel une veuve qui avoit vêcu impudiquement dans l'an du deuil, a été déclarée indigne de jouir de l'exemption des tailles & des autres priviléges dont jouiſſoit ſon mari. Cet arrêt eſt conforme à la diſpoſition de la loi ſeconde, *de ſec. nupt. probroſis inuſta notis, honeſtioris nobiliſque perſonæ decore & jure privetur.* Julius Clarus, *Sent. l. 5, § ſtuprum, n. 7.*

L'enfant né pendant le mariage d'un homme déclaré impuiſſant, n'eſt pas légitime, quoique la femme épouſe enſuite celui avec lequel elle avoit eu commerce.

Cinquiémement l'auteur rapporte la déciſion de monſieur Lepreſtre, dans ſa ſeconde 18
centurie, ch. 9, qui ſoutient que l'enfant né d'une femme, qui après avoir fait déclarer ſon mari impuiſſant, épouſe celui de qui elle avoit eu cet enfant, n'eſt pas légitime.

L'impuiſſance du mari ne juſtifie pas la mauvaiſe conduite de la femme..

Enfin, l'auteur rapporte l'eſpece d'un arrêt rendu à la Tournelle ſur l'accuſation réci- 19
proque du mari & de la femme; ſavoir, de la part de la femme, de l'impuiſſance de ſon mari; & de la part du mari, de l'adultere de la femme. La cour reçut la plainte de la femme, & en même tems ordonna qu'il ſeroit informé de ſa mauvaiſe vie, à la requête

BIU Cujas

de monſieur le procureur général. * Cet arrêt eſt du 18 janvier 1640; il eſt rapporté par M. Bardet, tom. 2, liv. 9, ch. 3; & par M. Soefve, tom. 1, liv. 1, ch. 1.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

PREMIERE QUESTION.

Si les peines établies par le droit Romain contre les veuves qui ſe marient dans l'année du deuil ont lieu en France.

20 IL faut d'abord diſtinguer entre les pays de droit écrit, & les pays de coutumes.

A l'égard des pays de droit écrit, il faut encore diſtinguer entre les provinces qui reſſortiſſent au parlement de Paris, & au parlement de Bordeaux, d'avec celles qui reſſortiſſent au parlement de Toulouſe, de Grenoble & de Provence.

A l'égard des provinces qui reſſortiſſent aux parlemens de Paris & de Bordeaux, les peines des nôces précipitées n'y ont pas lieu.

Nous n'avons point d'arrêt du parlement de Paris, qui ait aboli ces peines. Cela a été fait par un uſage non écrit, *moribus introductum eſt.* Cependant j'ai vu dans le mémoire de M. Henrys, qui avoit été député de ſa province, pour aſſiſter à l'aſſemblée des états convoqués à Rouen pendant la minorité du roi Louis XIII, qu'il étoit chargé de faire des remontrances, pour faire enjoindre au parlement de Paris de ſuivre la diſpoſition du droit, par ſes jugemens dans les affaires qui viennent des pays de droit écrit, & particulierement à l'égard des veuves qui ſe remarient dans l'année du deuil.

A l'égard du parlement de Bordeaux, Bechet, dans ſon traité des ſecondes nôces, chap. 3 & 15, certifie que les peines des ſecondes nôces, dans l'an du deuil, n'ont pas lieu dans ce parlement. Lapeyrere, dans ſes déciſions, lett. 22, nomb. 6, certifie la même choſe. Mais il faut obſerver que le parlement de Bordeaux n'eſt pas, à proprement parler, un parlement de droit écrit; car il y a pluſieurs coutumes dans ſon reſſort, & notamment celle de ſa capitale. Il n'a que deux provinces régies par le droit Romain; ſçavoir, le Limoſin & le Périgord, tout le reſte eſt coutume.

A l'égard des parlemens des pays de coutumes, il faut en ſéparer deux; ſçavoir, ceux des duchés & comtés de Bourgogne, où les peines des nôces prématurées ſont en vigueur. Le parlement de Dijon a fait ſur cela un arrêt de réglement le 12 août 1628, qui eſt rapporté par M. Taiſan, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bourgogne, à la fin, dont voici le diſpoſitif: *A déclaré & déclare les femmes qui ſe remarieront à l'avenir dans l'an du deuil de leurs maris, déchûes & privées de tous droits & libéralités qu'elles pourroient prétendre de leurs maris, & en conſéquence, de leurs mariages; & ſera le préſent arrêt lû & publié en l'audience de ladite cour, & envoyé par tous les bailliages du reſſort, pour y être auſſi lû & publié, à ce qu'aucun n'en prétende cauſe d'ignorance. Fait à Dijon le 12 août 1628, & publié à l'audience le 20 novembre ſuivant.*

A l'égard du parlement de Paris, il eſt certain que ces peines n'y ſont point en uſage. Tous nos auteurs le diſent, & nous le ſavons tous par l'expérience journaliere. Il faut pourtant remarquer que *ab initio non fuit ſic*, autrefois ces peines avoient lieu au parlement de Paris; l'on obtenoit des lettres du roi pour en être diſpenſé. Le roi Philippe le Long en accorda à la veuve de Jourdain de Raſpitagnac; elles ſont rapportées par M. de Lauriere, dans ſes notes ſur les inſtitutes coutumieres de Loyſel, liv. premier, tit. 3, art. 40.

Mais quoiqu'aujourd'hui les nôces dans l'an du deuil ſoient permiſes dans le reſſort du parlement de Paris, néanmoins il les punit quand elles ſont trop précipitées, en prononçant la privation du douaire, & de tous les autres avantages provenans du mari, & une amende, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt rendu au rôle de Poitou le 10 juin 1664, contre une femme qui s'étoit remariée trois jours après la mort de ſon mari. Cet arrêt eſt rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 6, chap. 32.

La même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Rouen, ſuivant les arrêts remarqués par M. Baſnage, dans ſon commentaire ſur la coutume de Normandie, art. 377. Cet auteur, qui eſt très-judicieux, n'approuve pas la juriſprudence qui permet aux veuves de ſe remarier dans l'an du deuil. Il ajoute, que quand la précipitation eſt trop grande, on la punit. Il remarque un arrêt du 11 février 1678, qui a privé une femme de ſon douaire, pour s'être fiancée quatre jours après la mort de ſon mari, & mariée cinq ſemaines après.

BIU Cujas

A l'égard du parlement de Bretagne, la même jurisprudence y est suivie. Pour ce qui est du parlement de Metz, quoique ce soit un pays de coutume, il suit le droit romain dans tous les cas qui ne sont pas décidés par la coutume ; ainsi il semble que dans ce cas il devroit suivre la disposition du droit, néanmoins les peines des secondes nôces dans l'an du deuil n'y sont pas observées.

Pour ce qui est des parlemens purement de droit écrit, toutes les peines prononcées par les loix contre les veuves qui se remarient avant l'an du deuil, y sont observées à l'exception de la peine de l'infamie, qui a été retranchée par le droit canonique, aux décrétales, *de secund. nupt.*

A l'égard du parlement de Toulouse, M. Maynard, liv. 3, chap. 92 & suivans, M. de la Rocheflavain, liv. 2, tit. 4 *des mariages*, art. 1 & 2, M. Cambolas, dans son traité des secondes nôces, au commencement, M. d'Olive, liv. 3, chap. 11 & 12. M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 71, certifient tous que ces peines ont lieu dans leur parlement.

La même jurisprudence est suivie au parlement de Grenoble, suivant un arrêt de réglement rapporté par M. Expilly, du mois de décembre 1617 dans son plaidoyer 38, & par plusieurs autres intervenus depuis, rapportés par Basset, tome premier, liv. 4, tit. 4, chap. 1.

Idem, au Parlement de Provence, suivant les arrêts rapportés par M. du Vair, art. dernier, & par Boniface, dans la suite de son recueil d'arrêts, tome 1, livre 1, tit 27, chap. 5.

A l'égard du parlement de Pau, nous n'avons point d'auteurs de ce parlement ; mais comme c'est un parlement de droit écrit, il y a lieu de croire qu'il suit la disposition du droit dans ce cas.

La disposition du droit dans cette occasion étant conforme aux bonnes mœurs & à l'honnêteté publique, elle devroit être suivie partout. M. le premier président de Lamoignon avoit eu ce dessein dans les arrêtés faits par ce grand magistrat, & par les célèbres jurisconsultes qui travailloient avec lui. Il y en a un art. aux titres des douaires, conçu en ces termes: *Le douaire demeure éteint par les secondes nôces durant l'an du deuil, à l'égard des enfans & des héritiers.*

Sçavoir si dans les pays où ces peines sont observées, elles ont lieu, quand il n'y a point d'enfans du mariage ? Il faut tenir l'affirmative, suivant la novelle 22, ch. 22, *versùs si enim.* Cela se juge ainsi au parlement de Toulouse, suivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 3, ch. 11 & Despeisse, tom. 1, pag. 312.

Il faut dire la même chose, quoique la femme soit accouchée immédiatement après la mort de son mari, ou qu'elle soit hors d'âge d'avoir des enfans ; parce que ces peines n'ont pas seulement été introduites en faveur des enfans, mais principalement pour la bienséance & la pureté des mœurs.

Il faut encore dire la même chose, quoique la femme soit mineure, en ce cas la foiblesse de l'âge n'excuse point, *in delictis ætas non excusat.* Cela se juge ainsi au parlement de Toulouse, suivant le témoignage de Maynard, liv. 3, ch. 91 & de Despeisses. Par la même raison le mari, quoiqu'il puisse dispenser sa femme des peines des secondes nôces, ne peut pas la dispenser de celles prononcées contre les secondes nôces, contractées avant l'an du deuil. Les enfans, & au défaut d'enfans les autres parens du mari n'en peuvent point dispenser. Cela se juge au parlement de Toulouse, suivant les arrêts rapportés par M. Maynard, liv. 3, ch. 91 & par Despeisses, tom. 1, pag. 311.

Sçavoir si le prince peut dispenser de ces peines ? Justinien, dans sa novelle 22, ch. 22 § 1, permet à la femme qui n'a point d'enfans, de se marier avant l'an du deuil, en obtenant dispense ; & si elle a des enfans, elle peut obtenir dispense de l'infamie seulement, mais non pas de la perte des avantages, si ce n'est en donnant la moitié de ses biens à ses enfans. Autrefois en France on obtenoit du roi une dispense absolue, soit qu'il y eut des enfans ou non. M. Cujas dans son commentaire, sur cette novelle, dit que les parlemens peuvent accorder la même dispense en connoissance de cause.

QUESTION SUBSIDIAIRE.

Si pour régler, si la peine doit avoir lieu, il faut suivre la loi du domicile du mari défunt, ou celui de la veuve, ou du nouveau mari, ou celle du lieu du contrat de mariage ou de la célèbration.

Cette question dans les pays de droit écrit, est facile à décider. La femme a droit de 21
demeurer & d'être nourrie dans la maison de son mari pendant l'année du deuil ; ainsi elle conserve pendant cette année le domicile de son défunt mari.

BIU Cujas

Il faut dire la même choſe dans tous les pays où ces peines ont lieu.

Il faut ſe régler par le domicile du mari défunt, parce que les loix feignent que le mariage dure encore, *habet pro conjuge luctum.*

SECONDE QUESTION.

22 A l'égard de la ſeconde queſtion, qui conſiſte à ſçavoir, *ſi la veuve qui vit impudiquement pendant l'an du deuil, eſt ſujette aux mêmes peines;* cette queſtion eſt nettement décidée par la novelle 39, ch. 2 : *non enim aliquid amplius habebit caſtitate luxuria.* La diſpoſition de cette novelle eſt ſuivie par tout, même dans les pays coutumiers, ſuivant le témoignage de M. Charles du Moulin, dans ſon traité des fiefs, § 30. n. 143 : *tamen ſi infrà annum luctûs commiſerit, ſtuprum, perdit donata & legata per textum* d. § *qui manet etiam hodie in viridi obſervantia.*

La juriſprudence des arrêts y eſt formelle. Ils ſont rapportés par Anne Robert, *rer. Jud.* liv. 1, ch. 13 & Brodeau, ſur M. Louet, lett. T. tom. 4, nomb. 3, à la fin. La même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Rouen, ſuivant les arrêts remarqués par Baſnage, ſur l'article 377 de la coutume de Normandie. Dans ce cas les enfans ſont reçus à faire preuve de l'impudicité de leur mere pendant l'an du deuil, afin de lui faire perdre les avantages à elle faits par leur pere. Cela a été ainſi jugé par un arrêt récent, du 23 mai 1704, remarqué par M. Augeard, tom. 1, art. 50.

La punition a lieu, quoique la femme épouſe celui qui l'a dèshonorée. M. Cambolas, liv. 5, ch. 45 & M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 72, rapportent des arrêts du parlement de Toulouſe qui l'ont ainſi jugé.

Dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 5, ch. 26, il y a un arrêt du 7 janvier 1648, qui ſemble avoir jugé le contraire. Par cet arrêt la ſentence du bailli de Noyon, qui avoit privé de ſon douaire une veuve, qui dix mois après la mort de ſon mari, avoit eu commerce avec un autre homme; & étant devenue groſſe, elle l'avoit épouſé : mais il y avoit pluſieurs circonſtances favorables.

1°. Dix mois après la mort de ſon premier mari. 2°. C'étoit une villageoiſe, qui faiſoit valoir une ferme : elle avoit été obligée d'introduire cet homme dans ſa maiſon, pour conduire ſon labour. 3°. Elle étoit pour lors fiancée, & depuis il l'avoit épouſée. Auſſi l'arrêt porte, *ſans tirer à conſéquence.* Cependant Soefve, tom. 2, cent. 4, ch. 96. dit que par un arrêt du 29 mars 1680, il a été jugé que les héritiers collatéraux n'étoient pas recevables à objecter à la veuve qu'elle avoit vécu impudiquement dans l'année du deuil avec celui qu'elle avoit depuis épouſé, à l'effet de lui faire perdre le douaire & les avantages à elle faits par ſon premier mari.

Sçavoir, quelles peines encoure la femme qui vit impudiquement pendant l'année du deuil? Il ſemble que cela ſoit décidé par la novelle 39, chapitre 2, par laquelle Juſtinien impoſe à une ſemblable femme les mêmes peines qu'à celles qui ſe remarient avant l'an du deuil : *modis omnibus eam privari antinuptiali donatione & ſecundùm proprietatem, & ſecundùm uſum, ſubdendam quoque aliis omnibus pœnis, ut ſi ſecundas eam contigiſſet ante luctûs tempus legitimas celebraſſe nuptias.* Cependant il y a des auteurs qui eſtiment qu'elle doit être privée de ſa dot; mais c'eſt aller trop loin, *pœnis Legum contenti eſſe debemus.*

Sçavoir, ſi elle doit être privée du profit de la communauté? Il y auroit lieu de le croire, parce que c'eſt un avantage qui provient ordinairement du mari; mais comme le profit de la communauté eſt cenſé provenir *ex mutua collaboratione*, la femme qui a mal vécu pendant l'an du deuil, n'en doit pas être privée, cependant je crois qu'il faut diſtinguer entre les pays de coutume, & les pays de droit écrit. Dans les premiers, la communauté eſt un avantage de la coutume, dont la moitié appartient à eux de droit; mais dans les autres où la communatué eſt un avantage qui procede du mari, la femme qui vit mal dans l'an du deuil en doit être privée, comme de tous les autres avantages. Cela a été ainſi jugé au parlement de Grenoble, par un arrêt du 9 décembre 1636, rapporté par Baſſet, tome premier, livre 4, chapitre premier, vers le milieu.

A l'égard des honneurs & priviléges attachés à ſa qualité de veuve, elle les perd, ſuivant la loi 2, *cod. de ſec. nupt. probroſis inuſta notis honeſtioris, nobiliſque perſonæ decore & jure privetur.*

Sur ce fondement par un arrêt rendu en la cour des aides de Paris au mois de décembre 1631, une veuve qui s'étoit mal comportée pendant la premiere année de ſon veuvage, a été déclarée indigne de jouir de l'exemption des tailles, à cauſe de la nobleſſe de ſon mari. Cet arrêt eſt remarqué par M. Henrys, tom. 2, liv. 4, queſt. 66.

BIU Cujas

TROISIÉME QUESTION.

Si la veuve qui vit impudiquement après l'an de deuil, eſt ſujette à quelques peines?

Juſtinien par ſa novelle 39 ayant déclaré la femme qui déshonore la mémoire de ſon mari pendant l'année du deuil, ſujet aux mêmes peines que celle qui ſe remarie dans la même année, il faut conclure qu'après l'année du deuil, elle n'eſt plus ſujette à ces peines. Cependant au parlement de Toulouſe, l'on étend la peine au-delà de l'an du deuil. M. Cambolas, liv. 3, ch. 45, rapporte un arrêt de ce parlement, qui a privé une veuve qui avoit mal vécu après l'an du deuil, de la ſucceſſion de ſes enfans du premier lit.

M. Catalan, liv. 4, chap. 62 rapporte un arrêt poſtérieur, qui ſemble avoir jugé au contraire; mais il remarque une circonſtance, qui fit que l'on excuſa cette femme: elle n'avoit eu commerce avec ſon ſecond mari, qu'après le contrat du mariage paſſé, qui fut peu de tems après ſuivi de la célébration du mariage.

QUATRIÉME QUESTION.

Sur un legs fait par un mari à ſa femme, à condition de demeurer en viduité.

Après les guerres civiles, la république étoit épuiſée d'hommes & d'argent. Jules-Céſar fit une loi, qui fut appellée de ſon nom, & de celui de ces deux Conſuls ſous qui elle fut faite, *Lex Julia, Papia, Popea*, par laquelle l'on invitoit par des eſpérances les gens à ſe marier, & l'on puniſſoit de diverſes peines ceux qui demeuroient dans le célibat ou en viduité. Cependant l'on n'oſa pas ouvertement déroger à la condition de demeurer en viduité; mais l'on permit aux veuves de recevoir les legs à elles faits, à condition de garder la viduité, en affirmant dans l'année du décès de leurs maris, qu'elles n'avoient deſſein de ſe remarier, que pour avoir des enfans, *non libidinis cauſa, ſed deſiderio Liberorum.* Après l'année elle étoient obligées de donner caution qu'elles ne ſe remarieroient point; l'on appelloit cette caution *Mutiana*, du nom de Quintus Mutius Scevola, qui l'avoit introduite. 23

Les juriſconſultes qui étoient toujours pour la liberté, rejettoient abſolument toutes les conditions qui alloient à gêner la liberté des mariages. Ils décidoient, que ſans avoir égard à une ſemblable condition, le legs étoit dû, quoique le légataire ſe remariât, l. 62, § 2, & l. 79, § 4; *de condit. & demonſt.*

Juſtinien, par la loi pénultiéme, du code *de indict. vid. & leg. Jul. Miſcella toll.* abrogea cette loi, qu'il appelle *Miſcella*, ſoit qu'elle ait été faite par Julius Miſcellus, comme il le dit dans ſa novelle 22 ch. 43, ſoit qu'elle ait été ainſi nommée, à cauſe qu'elle étoit mêlée de pluſieurs choſes, comme le dit M. Cujas, dans ſes paratitles, ſur ce titre; il déchargea les veuves de l'obligation d'affirmer & de donner caution, & leur permit de recevoir le legs ſans aucune charge ni condition, & de le garder quoiqu'elles ſe remariaſſent. Par la loi derniere du même titre, il décide la même choſe, à l'égard des hommes veufs.

Mais quelquetems après, il rétablit la loi *Julia*, par ſa novelle 22, ch. 43 & 44. Par ce dernier chapitre, il ordonne 1°. que la veuve à qui un ſemblable legs aura été fait ne le pourra demander qu'un an après le décès de ſon mari.

2°. Qu'après l'année, elle ne pourra le recevoir qu'en donnant caution (ſçavoir caution juratoire, ſi le legs eſt d'un héritage,) de le rendre avec les fruits, ſi elle ſe remarie. Si c'eſt un effet mobilier ou de l'argent, en donnant bonne caution: & ſi elle ne peut trouver caution, ou que la caution ne ſoit pas ſolvable, que la choſe léguée demeurera entre les mains de l'héritier ou du ſubſtitué, en payant l'intérêt à la veuve.

3°. Que la condition de viduité peut être appoſée par toutes ſortes de perſonnes, & dans toutes ſortes de diſpoſitions.

4°. Qu'il eſt permis au teſtateur de décharger le légataire de donner caution.

5°. Il réſulte de l'eſprit de cette novelle, que ſi la veuve ſe fait religieuſe, elle doit être déchargée de donner caution; car Juſtinien en décharge le mari quand il ſe fait prêtre, ou qu'il eſt certain qu'il ne ſe remariera point, *aut fiat manifeſtum, nullatenùs poſſe ad nuptias pervenire.* Or, comme il a été dit ci-deſſus, la loi eſt commune aux maris & aux femmes.

BIU Cujas

La diſpoſition de cette novelle eſt ſuivie en France, même dans les pays de coutume, ſuivant trois arrêts célèbres; le premier prononcé en robes rouges, le 24 mars 1562, il eſt rapporté par Anne Robert *rer. jud.* l. 2, ch. 7. Le ſecond eſt auſſi en robes rouges à Noël 1592, il eſt cité par Mornac, ſur le titre *de indict. vid.* Le troiſiéme du 27 février 1674, qui eſt rapporté dans le journal du palais, tom. 3, pag. 220.

Au parlement de Toulouſe cette loi eſt ſuivie, quoique tous les enfans nés du mariage ſoient morts après le pere, ſuivant un arrêt du 25 juin 1654. remarqué par Albert, ſous le mot *Nôces*, art. 2.

DES ÉLECTIONS.

QUESTION SOIXANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il importe à l'état de punir les enfans qui manquent à leur devoir envers leurs peres & meres.*
2. *Arrêt du 2 juillet 1640, qui juge que le fils, nommé par la mere, ſe rend indigne de cette nomination, en ſe mariant ſans ſon conſentement.*
3. *La mere qui a une fois nommé ne peut plus varier.*
4. *La mere peut révoquer ſa nomination, quand ſon fils ſe marie ſans ſon conſentement.*
5. *La nomination peut être révoquée pour toutes les injures graves.*
6. *Le partage fait par les enfans des biens de leur pere, à l'inſçu de leur mere, les rend indignes du bénéfice de l'élection.*
7. *Les parens ſe rendent indignes de la faculté de choiſir, quand ils maltraitent leurs enfans, ou qu'ils vendent le bénéfice de l'élection.*

QUESTION LXVII.

Si le fils nommé héritier par la mere en l'hoirie du pere, s'en rend indigne par un mariage clandeſtin, & contracté avec une perſonne infâme.

L'HONNEUR & le reſpect qui eſt dû aux peres & meres, tient après le culte de Dieu le premier dégré dans la ſociété des hommes. C'eſt parce qu'il eſt le fondement de tout autre devoir, & que c'eſt par rapport à la qualité de pere qu'on eſt obligé de reſpecter les perſonnes plus relevées. Les rois ſont conſiderés comme les peres du peuple, & les gouverneurs & les magiſtrats ont la même qualité dans les provinces. Dans l'égliſe même, c'eſt un nom qu'on donne aux prélats & aux ſupérieurs & directeurs des conſciences. Les prêtres mêmes n'ont été appellés tels, que parce qu'étant plus anciens, ils nous tenoient lieu de peres. Enfin, c'eſt de la paternité, & du reſpect qui lui eſt dû, qu'on remonte par dégrés juſques aux puiſſances plus hautes. Ce qu'un pere eſt dans ſa famille, le magiſtrat l'eſt dans la ville, le gouverneur dans la province, & le roi dans le royaume. Qui eſt aſſez inſolent pour mépriſer cette premiere autorité, ſe porte inſenſiblement au mépris des autres. Ainſi les loix ne ſçauroient être trop rigoureuſes à punir les enfans, lorſqu'ils oublient le devoir auquel la nature les oblige envers les peres. Mais c'eſt principalement aux mariages que cette rigueur doit être obſervée, & c'eſt en cela que le public doit prendre un grand intérêt.

C'eſt un point qui fut agité en notre ſiége, dans une cauſe qui fut plaidée en icelui avec aſſez d'appareil, & qui ayant été vuidée à l'audience, a donné ſujet à l'arrêt que nous donnons au public. Nous ne voulons pas nous étendre ni à déduire le fait, ni à rapporter les raiſons qui furent exagérées ſur trois queſtions diverſes que la même cauſe enfermoit. Pour le fait, on le peut aſſez comprendre par la teneur de l'arrêt, & par le diſcours des avocats. Pour le raiſonnement, il y eſt de même ébauché, & ce que les avocats en ont dit, fera bien juger du reſte. D'ailleurs dans la ſeconde partie de ce livre, nous eſpérons inſérer parmi d'autres plaidoyers, le plaidoyer que nous fîmes en la cauſe. C'eſt là que le lecteur pourra recourir, & qu'il y pourra trouver de quoi contenter ſa curioſité. Toutes les queſtions y ſont exagérées avec aſſez d'érendue, & il n'eſt pas néceſſaire de dire en deux lieux ce qui eſt amplement traité en un.

Extrait des regiſtres de la cour de parlement.

Entre maître Jean Vial le jeune, notaire royal au Chambon, appellant des ordonnances, & jugemens rendus par le bailli de Forêts, & gens tenans le ſiége préſidial à Montbriſon, les quatre & ſix·eme février 1640, d'une part; & M. Fleury Vial, auſſi notaire audit Chambon, intimé, d'autre: & encore Françoiſe Renaud, veuve de défunt M. Chriſtophe Vial, vivant auſſi notaire audit Chambon, deman-

BIU Cujas

deresse en intervention, suivant sa requête du 4 du présent mois de juillet 1640, d'une part; & lesdits Jean & Fleury Vial, freres défendeurs, d'autre; sans que les qualités puissent préjudicier aux parties. Martinet, avocat pour l'appellant, dit, que feu Christophe Vial a fait son testament, & par icelui institué son héritiere Françoise Renaud sa femme, à laquelle il a donné pouvoir de nommer pour son héritier tel de ses enfans qu'elle voudra; & en cas qu'elle n'en nommât aucun de son vivant, le testateur déclare qu'il veut que ce soit son fils puîné, auquel, audit cas, il entend que son hoirie soit restituée. Lad. Renaud de son vivant, après le décès du pere, a nommé pour héritier sa partie, fils aîné, partie capable, & même s'est dépouillée de tous les biens de l'hérédité à son profit; mis en possession sa partie, sous la charge d'administrer à sa mere ses alimens; & encore, a si bien reconnu sa capacité, qu'elle a institué sa partie héritiere par son testament; & partant ayant la liberté par le testament du pere de nommer pour héritier tel qu'elle voudroit de leurs enfans, ayant satisfait & nommé sa partie, fils aîné, envers lequel elle s'est désaisie des biens d'icelle, & ayant mis en possession sa partie, qui a joui quatre ans après icelle, elle a depuis révoqué ladite institution d'héritier, & déclaré que suivant le testament de son mari, elle a nommé l'intimé pour héritier; & ensuite de ce, sa partie ayant été assignée pardevant le bailli de Forêts, afin de se désister des biens de l'hoirie, sa partie y a été condamnée; qui est son appel, auquel conclut à ce qu'il soit dit mal jugé; parce que depuis que la mere a fait élection, & choisi sa partie pour héritier fils aîné, auquel par le droit du sang, ladite succession appartient, elle n'a pu varier, ni révoquer icelle, sur-tout après la jouissance & possession pendant quatre ans, nommer un autre de ses freres audit droit: il soutient que le premier choix de la personne de sa partie doit avoir lieu; & cet acte tient lieu comme donation entre-vifs, & non révocable: émendant, que nonobstant ladite révocation, sa partie sera maintenue & gardée en la possession & jouissance de tous les biens de l'hérédité, & demande dépens. Robert, aussi avocat pour l'intimé, que la famille de sa partie prend part en la cause; la volonté du pere n'a jamais été de nommer pour son héritier l'appellant, d'autant qu'il a jugé qu'il étoit incapable, débauché, & qu'il ne pouvoit conserver les biens à la famille, & l'a ainsi jugé par le testament, en ce qu'il a dit, qu'en cas que sa femme fût surprise, & qu'elle ne nommât personne de ses enfans, le pere nommoit sa partie, auquel dès-lors le pere avoit porté son jugement. Et en la question générale concernant la révocation, s'est passé trois actes suggérés par l'appellant. Le premier, sur la nomination de sa personne pour héritier; l'autre, une convention pour les alimens de la mere; & le dernier, un testament de la mere, par lequel il s'est fait instituer son héritier. Ces actes sont faux, la mere malade, agitée de mal, & ainsi, aisée à surprendre; conséquemment, ces actes ne peuvent être pris que pour donation à cause de mort, qui peuvent être révoqués; & partant, la mere ayant vu qu'elle a été surprise, soutient qu'elle a pu révoquer & nommer sa partie, lequel avoit été auparavant nommé par le pere: outre qu'il résulte une autre nullité de droit à l'encontre de l'appellant, laquelle fait que la révocation faite par la mere est valable; c'est que l'appellant, depuis icelle, s'est rendu indigne, pour avoir contracté mariage clandestin, sans le consentement de sa mere, & de tous ses parens, avec une femme infame & de mauvaise vie, qui a eu deux enfans baptisés sans nommer le pere, & de laquelle on prétend qu'il a abusé: auquel cas la révocation peut servir d'exhérédation à l'encontre de l'appellant, pour l'injure qu'il a fait à sa mere, & à toute la famille; conformément à l'ordonnance de l'an 1556; & partant, bien jugé; même que par la sentence il y a décret à l'encontre de l'appellant, du prêtre qui l'a épousé, & de ceux qui ont assisté audit mariage clandestin. Fedeau, avocat pour la mere, qui a conclu à son intervention: oui ensemble Talon pour le procureur général du roi, qui a dit que la cause se réduit à deux questions. La premiere est de sçavoir, si la révocation est valable en la premiere question: estimant n'y devoir prendre part; l'autre question aboutit à une exhérédation & privation prétendue, à l'encontre de l'appellant, de l'hérédité en question. Le pere faisant son testament, a institué sa femme son héritiere, à la charge de choisir tel de leurs enfans qu'elle voudroit pour rendre l'hérédité; & en cas qu'elle n'en nomme, le pere nomme le cadet; & par-là il semble qu'il a reconnu que son fils aîné seroit mauvais ménager, désobéissant, & qu'il feroit quelque déshonneur à leur famille. Néanmoins, l'appellant ayant vu la mere malade, a tiré d'elle les actes dont est question; sçavoir, la nomination d'héritier au profit de l'appellant, de la succession du pere; un autre acte concernant lesd. alimens de la mere, & un testament par lequel la mere l'institue son héritier. Ces actes sont suspects attendu la maladie de la mere. Il est vrai que l'appellant s'est mis en possession de tous les biens; mais reste à sçavoir si ces actes de nomination à l'hérédité se peuvent révoquer. La question a été amplement traitée par les avocats, & estiment que la mere n'a pu révoquer sa nomination premiere; mais pour ce qui s'est passé depuis de la part de l'appellant, qui a contracté un mariage clandestin, sans le consentement de la mere & de tous ses parens, avec une personne infame, mal renommée, qui a eu des enfans baptisés sans nommer le pere, il a fait injure, tant à la mémoire du pere & de la mere, qu'à toute la famille, & qu'en tout cas, il faut prendre ici la révocation pour une exhérédation, que la mere a pu faire, suivant l'ordonnance; laquelle, lorsque cela paroît en public, sont obligés de la faire entretenir. C'est pourquoi, pour l'exemple, soutiennent qu'il a été bien jugé. La cour ayant égard à l'intervention de la mere, a mis & met l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel sortira son plein & entier effet, sans dépens, ni restitution de fruits, même ceux de la piece qui a été labourée & semée par l'appellant; & condamne l'appellant à l'amende. Fait en parlement le deux juillet 1640. *Signé*, GUYET.

Il est aisé de juger, tant par le discours des avocats, & conclusions de monsieur le procureur général, que par la forme de la prononciation, que des trois questions qui furent agitées lors de la plaidoyerie, la cour n'en a jugé qu'une: qu'elle ne s'est arrêtée que sur l'indignité encourue par le fils, pour s'être marié à l'insçu de sa mere, & avec une personne infame.

C'est le fondement que la cour a pris, & c'est aussi sur ce point que nous nous étions arrêtés, lorsque nous conclûmes en premiere instance. Ce n'est donc pas un préjugé que la mere fut obligée de nommer le puîné, quoiqu'indiqué & désigné par le pere, ou comme plus cheri de lui, ou comme reconnu plus propre & plus capable. On ne peut non plus inférer de cet arrêt, qu'il fût loisible à la mere de varier, après une nomination exécutée, & suivie d'une jouissance de quatre ans. La cour n'a donc jugé que le fait de l'indignité, & c'est pour elle seule, que des deux freres, l'aîné fut privé de l'hoirie. La désignation du pere étoit un bon témoignage de sa volonté, ou plûtot, de sa

BIU Cujas

prévoyance ou conjecture; mais elle n'étoit pas pour cela obligatoire. La variation de la mere eût peut-être été légitime, ſi elle eût été faite dans un léger intervalle, & ſi la mere, dans ſa convaleſcence, eût révoqué les actes qu'elle avoit faits. Mais qu'après avoir approuvé en ſanté ce qu'elle avoit fait malade, qu'après avoir elle-même exécuté les actes, & laiſſé jouir l'héritier nommé des biens, elle pût changer de volonté, il n'y avoit pas apparence, & ce ſeroit donner trop d'avantages aux caprices des femmes. Si ce qu'elle avoit fait en une maladie extrême ne pouvoit être réputé que pour une diſpoſition à cauſe de mort, à cauſe de la diſpoſition de nos coutumes, & même de celle de Paris, il avoit changé de nature par la ſuite & par l'exécution. C'eſt ce que nous avons jugé à propos de faire obſerver au lecteur, afin qu'il ſçache diſtinguer la thèſe de l'hypothèſe.

OBSERVATIONS.

ÉLECTION D'HÉRITIER.

Si la nomination peut être révoquée, quand le fils au profit duquel elle a été faite, ſe marie ſans le conſentement de ſa mere.

4 DAns cette queſtion l'auteur en propoſe trois. 1°. Si la mere qui a pouvoir de nommer, peut varier. 2°. Si elle eſt tenue d'élire celui que le pere a déſigné. 3°. Si le fils élu qui ſe marie ſans le conſentement de ſa mere avec une perſonne infame, peut être privé du bénéfice de l'election faite en ſa faveur. L'auteur remarque que l'arrêt qu'il rapporte, n'a jugé que la derniere queſtion, & qu'il a privé le fils de la nomination faite de ſa perſonne, pour s'être marié à l'inſçu de ſa mere avec une perſonne infame. Il traite cette même queſtion plus amplement dans ſes plaidoyers, plaidoyer 4.

L'on peut appliquer à cette queſtion ce que dit Juſtinien dans le ch. 26, ſur la fin de de la nov. 22. *Palam vero eſt quia ingratum intelligi eum oportet, qui circa ambos parentes, aut omnino circa poſterius morientem factus apertè monſtratur.*

M. Ricard, dans ſon traité des donations, partie 3, chapitre 6, ſection 2, ſur la fin, traite la même queſtion, & rapporte le même arrêt, ſans faire l'honneur à notre auteur de le citer.

Si le bénéfice de l'élection peut être révoqué pour toutes les injures graves.

5 Ce n'eſt pas ſeulement pour s'être mariés ſans le conſentement de la mere, que les enfans peuvent être privés du bénéfice de l'élection; elle peut auſſi être révoquée pour toutes les injures & les indignités commiſes contre la mere par celui qui avoit été élu, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt rendu au parlement de Grenoble le 3 juillet 1675 qui eſt rapporté dans le journal du palais.

Si le partage fait entre les biens du fidéicommis, à l'inſçu de leur pere ou mere, les rend indignes du bénéfice de l'élection.

6 Sçavoir ſi les enfans étant convenus de partager entr'eux le fidéicommis, ſans attendre l'élection de leur pere ou de leur mere, & ayant ſur cela tranſigé, ſi ce ſeroit une indignité ſuffiſante pour les priver du fidéicommis. Il faut diſtinguer: ſi tous les enfans ont paſſé de concert la tranſaction, ou s'il n'y en a que quelques-uns. Dans le premier cas, ce ne ſeroit pas une indignité capable de les priver tous du fidéicommis, pour le tranſférer aux étrangers: Dans le ſecond cas, j'eſtime que ceux qui ont été aſſez mal aviſés pour tranſiger ſans le conſentement de leur pere ou mere, doivent être privés du bénéfice de l'élection, qui doit appartenir aux autre enfans, quand même ce ſeroit des cadets ou des filles.

Lapeirere, lettre T, nombre 140 dit que la tranſaction eſt nulle, parce que ce ſeroit contrevenir à la volonté du défunt, & donner moyen aux enfans de ſe moquer de leur mere.

Boniface, dans la ſuite de ſon recueil, tome 3, livre 2, titre 20, chapitre 3 rapporte un arrêt du parlement de Provence, du 29 octobre 1686, qui a déclaré une ſemblable tranſaction valable; mais c'eſt parce que le pere s'étoit rendu indigne de choiſir, en maltraitant ſes enfans, & en prenant de l'argent de ſes enfans pour faire différentes élections, tantôt en faveur des uns, tantôt au profit des autres.

BIU Cujas

Si les parens qui maltraitent leurs enfans, ou qui prennent de l'argent pour élire un de leurs enfans, ſe rendent indignes du bénéfice de l'élection.

Si les enfans ſe rendent indignes du bénéfice de l'élection, en faiſant injure à leurs parens, & en partageant entr'eux le fidéicommis à l'inſçu, & ſans le conſentement de celui qui doit le rendre; les parens ſe rendent auſſi indignes de la faculté de choiſir, quand ils maltraitent ſans ſujet leurs enfans, qu'ils leur refuſent les alimens, ou quand ils rendent cette faculté vénale, en la vendant à prix d'argent, comme il a été jugé par l'arrêt ci-deſſus cité, & par un autre encore plus précis, rendu le premier août 1663, au parlement de Grenoble, rapporté par le même Boniface, tome 2, livre 3, titre 2 chapitre. 3. 7

Différens endroits où l'auteur parle du droit d'élection.

Je ne m'étendrai pas davantage ici ſur la matiere des élections, quoiqu'elle ſoit très-fréquente dans les pays de droit écrit, parce que notre auteur en parle en pluſieurs endroits: ſçavoir, dans le livre ſuivant, queſt. 16, 17, 18, 19, 20, 61, 62, 76, 78, 117, 118, 119 & 124 & liv. 6 queſt. 14; & dans ſes plaidoyers, plaidoyer 4. Sur tous ces endroits je ferai quelques obſervations, parce que ce ſont des queſtions différentes qui ſe préſentent ſouvent.

DES CLAUSES PÉNALES.

QUESTION SOIXANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si la peine du double, ſtipulée dans un contrat de mariage, doit être exécutée.*
2. *Clauſe du contrat, qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Les ſtipulations de peines ſont valables dans tous les contrats, à la réſerve de celui du prêt.*
5. *Raiſons pour la négative.*
6. *Arrêt du 5 juin 1658, qui décharge de la peine du double.*
7. *Remarques curieuſes, ſur le Roman de l'Aſtrée.*

QUESTION LXVIII.

De la force des clauſes pénales, & ſi par icelles on peut s'obliger au double.

1 PAr le contrat de mariage de damoiſelle Éléonore le Long, avec le ſeigneur de Genetines, dame Diane le Long, dame de Châteaumorand, & principal ſujet de ce fameux roman de l'Aſtrée, lui auroit conſtitué la ſomme de cinq mille livres pour ſes droits, & outre cela lui auroit encore donné ſemblable ſomme de cinq mille livres, qu'elle ſe
2 ſeroit obligée payer dans des termes préfix avec clauſe expreſſe, qu'où elle n'auroit entierement payé la ſomme par elle promiſe de ſon vivant, elle vouloit que ſes héritiers fuſſent tenus d'en payer le double.

La dame de Châteaumorand décede avant que d'avoir payé le tout, & étant encore débitrice de la ſomme de huit cents livres, le ſeigneur de Genetines fils & héritier de lad. damoiſelle Éléonore le Long, a ſoutenu que la peine conventionelle étoit acquiſe, & que l'héritier de ladite dame de Châteaumorand devoit être condamné à lui payer cinq mille livres, outre ce qui reſtoit à payer. Le ſeigneur marquis de Châteaumorand au contraire, ſoutenoit que ce n'étoit qu'une clauſe comminatoire, & qu'on ſe devoit contenter qu'il payât ce qui reſtoit, & les intérêts dont il faiſoit offre.

Pour le demandeur, on pouvoit dire que la convention portée par le contrat de mariage étoit valable, & obligatoire; & que tant s'en faut qu'elle fût contre les loix, ou contre le droit public, qu'au contraire cette peine ſe trouve autoriſée par l'article ſoixante de l'ordonnance d'Orléans, & par l'article 48 de celle de Moulins, qui porte, qu'il eſt en 3
l'option du créancier de faire contraindre ſon débiteur par empriſonnement de ſa perſonne après les quatre mois, ou par la rigueur du doublement ou tiercement de la dette. Comme ces ordonnances ont voulu pourvoir à l'aſſurance de ceux qui ont de trop puiſſans débiteurs, elles ont auſſi tâché d'aller au devant de leur contumace, & de leur mauvaiſe foi. Elles ont jugé qu'il y en a qui ne payeroient jamais, & qui s'en exempteroient par l'autorité qu'ils ont ſur les lieux; que le nombre n'eſt que trop grand de ceux qui au lieu de ſatisfaire à leurs créanciers, les conſomment en frais & longueurs, & leur font perdre haleine. Ces ordonnances ont donc jugé néceſſaire de les preſſer, & de les obliger à s'acquitter de ce qu'ils doivent, par une juſte crainte d'en payer un jour le double. Et quoique quelques-uns

BIU Cujas

ayent douté ſi ces ordonnances doivent être ſuivies à la rigueur, ou ſi elles ne ſont que comminatoires, pour réduire la peine à un légitime intérêt ; cependant il a été jugé par divers arrêts, que les mêmes ordonnances doivent être obſervées, & qu'on doit condamner les coutumax & mauvais payeurs, à payer le double de ce qu'ils doivent.

Chenu en la queſtion 58 de ſa premiere centurie, en rapporte deux arrêts, l'un du 26 avril 1620 par lequel il fut bien jugé qu'on ne pouvoit accumuler la peine de l'empriſonnement & du doublement, mais que ſe contentant de l'un d'eux, on pouvoit auſſi bien punir la coutumace par le doublement de la dette, que par la contrainte par corps. Tant y a que par cet arrêt, le débiteur en demeure de payer fût condamné au doublement de ce qu'il devoit. L'autre arrêt avoit été donné long-tems auparavant contre le ſeigneur de Châteauroux, le dernier décembre 1573, & il eſt de même inſéré dans le recueil de monſieur Louet en la lettre P. nomb. 4.

Mais quand les ordonnances ſuſdites ne ſeroient pas ſuivies à la rigueur, & que la miſere du tems & les conditions des perſonnes pourroient quelquefois obliger les juges à s'en relâcher : quand même la peine du doublement ne ſeroit que comminatoire, & que le condamné à payer le double pourroit être reçu à purger ſa contumace, *celeri ſatisfactione*, ainſi que quelques-uns le tiennent, le demandeur pouvoit ſoutenir que ce relâchement ne pouvoit s'étendre au fait de la cauſe. S'il peut avoir lieu pour les condamnations du double, qui procédent de l'office du juge, il ne peut pas avoir lieu, lorſque pour le doublement il y a convention expreſſe, & qu'elle ſert auſſi-bien de fondement pour la condamnation que la contumace. C'eſt parce que le débiteur s'y étant ſoumis, il ne peut s'en plaindre, & il faut qu'il ſouffre la loi qu'il a priſe ou donnée.

Ce que le demandeur pouvoit dire avoir lieu ſans difficulté, quand ce n'eſt pas dans une obligation d'un pur prêt, mais en un autre plus favorable que cette peine ſe trouve appoſée. C'eſt en effet par cette diſtinction qu'il faut concilier les loix, qui ſemblent contraires. Il eſt vrai qu'en la loi 44, *ff. de uſuris*, le juriſconſulte dit, que *pœnam pro uſuris ſtipulari nemo ſupra modum uſurarum licitum, poteſt*, & en la loi 15 & 16 du même titre du code, il eſt pareillement dit, qu'à défaut de payement on ne peut pas convenir d'une peine qui excede le juſte intérêt ; mais ce n'eſt qu'enhaine des uſures que cela a été ainſi décidé, & c'eſt pour empêcher que les créanciers plus rudes ne prennent ſous ce prétexte de plus grands intérêts que la loi ne permet. D'où s'enſuit que les loix ſuſdites ne s'oppoſant qu'à ce qui ſe fait *in fraudem legitimarum uſurarum*, on ne peut pas étendre leur prohibition aux autres contrats ; & que quand le prétexte ou le ſoupçon de l'uſure ceſſe, la convention eſt toujours obligatoire.

Qu'en effet on n'a jamais douté qu'en matiere de vente, il ne ſoit loiſible au vendeur de mettre dans le contrat telle peine que bon lui ſemble, pour en faciliter l'accompliſſement, & obliger l'acquéreur à tenir ce qu'il promet. C'eſt parce que cette peine & cette convention fait partie du prix, & qu'autrement le vendeur n'auroit pas conſenti la vente, comme il eſt dit en la loi 76 *ff. de contrah. emptione*. Ce qui a lieu pareillement en faveur de l'acheteur, ſuivant la loi *Lucius Titius ff. de actionib. empti*. En fin pour montrer que le vice de l'uſure ceſſant, c'eſt une regle générale, que les empereurs décident en la loi 37 *C. de tranſaction. promiſſis tranſactionis cauſa non impletis, pœnam in ſtipulatione deductam, ſi contra factum, exigi poſſe*.

Et tant s'en faut que s'agiſſant d'un contrat de mariage, & d'une donation & libéralité, il faille rejetter la peine, qu'au contraire elle en eſt plus favorable ; d'autant que ſans cette convention le mariage n'auroit pas été fait, & le mari qui voyoit qu'il auroit à demander la conſtitution à une dame puiſſante, ne s'y ſeroit pas fié ſans cette aſſurance. Il ne ſe ſeroit pas contenté de ſon obligation, ſi la peine du double n'y avoit été appoſée, & ſi cette précaution ne lui en avoit fait eſpérer payement plus prompt. Il ſçavoit aſſez qu'il eſt plus aiſé de promettre, que de tenir parole, & qu'il eſt véritable, ſelon le dire de Séneque, *æs leve aebitorem, grave inimicum facere*. Il vouloit donc s'aſſurer le payement de ce qu'on lui promettoit, & il croyoit qu'il ne pouvoit mieux y aſtraindre la dame de Châteaumorand, que par la peine du doublement ; & que quand cela ne pourroit pas l'obliger à ſatisfaire à ſa promeſſe, il auroit du moins cet avantage, que ſi l'attente lui étoit fâcheuſe, elle produiroit le double.

Qu'au reſte, s'il eſt vrai que la donation fût favorable, il eſt pareillement vrai, qu'ayant été faite dans un contrat de mariage, pour la dot & conſtitution de l'épouſe, elle étoit devenue onéreuſe, & que s'il y étoit demeuré quelque faveur, c'étoit à l'égard du mari, & de la femme. Que ſi en la loi *mulier*, § *finali, C. ſponſalibus*, l'empereur parlant des arrhes qui ſe donnent entre les fiancés, & rejettant la peine du quadruple, établie par l'ancien droit, ne laiſſe pas de l'autoriſer ſi elle a été convenue ; s'il met cette exception, *niſi ſpecialiter aliud ex communi conſenſu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit*, pourquoi pourroit-on douter qu'en promettant une dot, on ne puiſſe s'obliger au double, au défaut de la payer, non dans un terme préfix, mais dans le cours de ſa vie. Et cela ſert de réponſe à ce qu'on pourroit dire, que la contumace ſe peut purger, du moins *celeri ſatisfactione*. Car la dame de Châteaumorand n'étant plus envie, & ayant negligé de s'acquiter pendant un ſi longtems qu'elle a vêcu après le contrat de mariage, elle n'eſt plus aux termes de ſatisfaire & de purger ſa demeure.

Pour le ſeigneur de Châteaumorand, on pouvoit dire que la loi *magnam, Cod. de committenda ſtipulatione*, n'eſt pas en uſage, & que les ordonnances allegées ne ſont non plus ſuivies à la rigueur. Que quelque diſtinction qu'on faſſe entre les clauſes pénales, & les clauſes réſolutoires, il faut toujours avouer qu'elles ſont plus de peur que de mal, & qu'on eſt toujours reçu à purger la contumace. Qu'on peut toujours réparer le défaut par le payement effectif du principal, & des intérêts, lors même qu'il n'y a point eu d'interpellation, ni de pourſuite. Si la dame de Châteaumorand avoit été pourſuivie, & qu'elle eût recherché les fuites & les longeurs que les plaideurs ne recherchent que trop ſouvent, peut-être que ſa demeure en ſeroit plus odieuſe, par l'argument de la loi *ſi quis ſus, Cod. de inoffic. teſtam.* enlaquelle l'héritier *qui in danda legitima contumax fuit*, ne peut être condamné au double, qu'au cas que *expectato judiciorum ſtrepitu : & multis variiſque certaminibus habitis, vix eam reddiderit*.

Mais cela ceſſant, il ne ſeroit pas raiſonnable qu'une conſtitution volontaire & gratuite, traînât tant de rigueurs, & qu'une pure libéralité fût ſi préjudicable. Qu'autre choſe ſeroit, ſi la conſtitution de dot avoit été néceſſaire, & que la dame de Châteaumorand n'eût conſtitué que ce qu'elle devoit : car en ce cas, n'ayant rien donné du ſien, ſa condition en ſeroit moins

§

moins favorable, & il y auroit moins d'excuſe en ſa demeure. Mais que celle qui a donné du ſien propre pour aider à marier ſa parente, & qui peut-être n'a différé de payer, que pour ne lui avoir été demandé, ſoit obligée de payer le double, ce ſeroit une rigueur trop grande : qu'il ne falloit donc pas faire diſtinction entre la défunte & ſon héritier, & qu'icelle ayant de ſon vivant payé la plus grande partie, ſon héritier doit être reçu à payer le reſte & les intérêts, & que la repréſentant, c'eſt la même choſe qu'il ſoit prêt d'y ſatisfaire : Qu'en tout cas & à toute rigueur on ne pouvoit demander que le double de ce qui reſtoit à payer, la peine ſtipulée devant être référée plûtôt à ce qui ſe trouveroit dû de reſte, qu'à la ſomme entiere, ſuivant la déciſion formelle du chapitre, *ſuam ad nos, extra de pœnis*, où le ſouverain pontife trouve encore que c'eſt trop de rigueur, & condamne ceux *qui inhoneſtis quæſtibus anhelando, deſiderant cum aliena jactura ditari.*

A quoi l'on pouvoit répliquer ce qui eſt dit par le juriſconſulte, *in l.* 13, § 26, *ff. de actionib. empti, in ea ſpecie non fœnus illicitum contractum, ſed legem contractui non improbato dictam.* Que l'interpellation n'a point été néceſſaire ; parce qu'en ſemblables conventions, *dies interpellat pro homine ;* & même qu'il falloit inférer de ce que la dame de Châteaumorand n'avoit pas voulu payer de ſon vivant, qu'elle avoit voulu charger ſon héritier d'en payer le double ; que c'eſt un legs, ou fideicommis tacite qu'elle en avoit fait ; parce que ſçachant bien la teneur de l'obligation, & n'y ayant pas voulu ſatisfaire, il falloit croire que c'eſt à deſſein qu'elle l'avoit fait ; & que ne laiſſant aucun enfant, c'eſt un avantage qu'elle avoit voulu faire par l'argument de la loi *conficiuntur, ff. de jure codicillor.*

6 L'arrêt intervenu ſur cette queſtion eſt du 5 juin 1638, & il porte : Notrédite cour, par ſon jugement & arrêt, entant que touche l'appel dudit Genetines, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, & ſans amende : émendant, & faiſant droit ſur ladite inſtance, condamne ledit de Châteaumorand, èſdits noms, payer audit de Genetines la ſomme de cinq mil livres & intérêts, à raiſon de l'ordonnance, du jour de la demande, déduction faite ſur icelle de ſix cent livres, payées à ladite Eleonore le Long, par quittance du huit juin mil ſix cent vingt-huit, & outre, payer audit de Genetines les intérêts, à raiſon du denier quinze, des huit cent livres qui reſtoient à payer des dix mille livres promis par le contrat de mariage par ladite le Long, & ce depuis le terme porté par icelui, juſques au jour du décès de ladite dame de Châteaumorand, à la charge de l'acquitter par ledit de Genetines en ſon nom, envers les héritiers du ſecond mari de ladite Eleonore le Long, de ce qui leur pourroit appartenir aux intérêts deſdits huit cent livres, leſquels quatre mille quatre cent livres reſtant & intérêts, il ſera tenu payer dans ſix mois après la ſignification du préſent arrêt, faite à ſa perſonne ou domicile : autrement & à faute de ce faire, ledit de Genetines jouira de la terre de Pierre-Fite, ſuivant le contrat : Et ſur l'appel dudit de Châteaumorand, les parties hors de cour & de procès : condamne, led. de Châteaumorand aux dépens de ladite inſtance, ſans autres dépens entre leſdites parties, la taxe des adjugés pardevers notredite cour réſervée.

L'appel étoit d'une ſentence rendue par le bailli de Forêts, le 23 juin 1614, du vivant de la dame de Châteaumorand, ſur lequel appel on fit demande incidente de la peine, l'inſtance ayant été repriſe après le décès de ladite dame.

OBSERVATIONS.

Remarque curieuſes ſur le Roman de l'Aſtrée.

L'Arrêt rapporté par l'auteur en cet endroit, eſt plus remarquable par la qualité des parties, que pour la déciſion. Il a décidé que la ſtipulation de la peine du double, n'eſt pas valable, ou dumoins qu'elle ne demeure pas encourue de plein droit, quoiqu'elle ſoit portée par un contrat de mariage.

Cette ſtipulation avoit été faite par Diane le Long, dame de Châteaumorand, que l'on appelloit la belle Diane. C'eſt elle qui eſt l'héroïne du roman de l'Aſtrée, qui eſt le plus beau de tous les romans. Auſſi ſon auteur, qui eſt le ſieur marquis Durfé, avoit beaucoup d'eſprit & de politeſſe ; il avoit fréquenté la cour, & voyagé dans toutes les cours de l'europe. Ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que tous les perſonnages ſont véritables, & tous des perſonnes conſidérables. Il ſemble que l'auteur de ce roman ait inſpiré ſon eſprit à toute la nobleſſe du pays de Forêts : elle eſt fort polie & fort galante.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

JE crois que l'on ne me blâmera pas de rapporter l'hiſtoire des deux mariages de l'héroïne du roman d'Aſtrée. Elle avoit épouſé les deux freres : en premieu lieu, Amé Durfé, qui étoit l'aîné de cette illuſtre maiſon. Après avoir été mariée avec lui pendant quelques années, elle ne lui trouva pas les qualités requiſes pour le mariage ; elle fit diſſoudre ſon mariage pour fait d'impuiſſance ; le mari y conſentit, à condition qu'elle épouſeroit Honoré Durfé ſon frere puîné, ce qui fut exécuté. C'eſt pendant leur mariage qu'il compoſa le roman de l'Aſtrée, & la comédie de Silvanire : dans l'un & dans l'autre ſon épouſe eſt l'héroïne ; il ſe trouve peu de mari auſſi galant. Après avoir paſſé leur vie très-agréablement, ils firent le voyage de l'autre monde preſque en même-tems ; le mari mourut le premier ; dans le moment ſa femme dit qu'elle le rejoindroit bien-tôt. En effet elle mourut peu de jours après ſans enfans. Après ſa mort ſes héritiers ayant formé leur demande pour le payement de ſes conventions matrimoniales, les héritiers du mari leur

BIU Cujas

oppoſerent la nullité du mariage, ſur le fondement qu'elle avoit épouſé les deux freres. Le procès ayant été porté au parlement de Dijon, il intervint un arrêt qui condamna les héritiers du mari au payement des conventions matrimoniales. Cet arrêt eſt cité par le ſieur Fevret, dans ſon traité de l'abus, liv. 5, chap. 3, nomb. 3. Cet auteur rend trois raiſons de ce jugement. La premiere, parce que le mariage avoit été diſſous par l'impuiſſance d'Amé Durfé par un jugement eccléſiaſtique; mais il a omis d'obſerver, que les héritiers du mari ſoutenoient que ce jugement étoit colluſoire. La deuxiéme, que les héritiers n'avoient point formé d'oppoſition à la publication des bans du ſecond mariage; ils n'y auroient pas été bien reçus, car Honoré Durfé étoit auſſi brave que galant. La troiſiéme, à cauſe du laps de tems, le mariage avoit duré vingt-cinq ans; les héritiers du mari n'avoient garde de lever le maſque pendant ſa vie; il étoit amoureux de ſa femme, ainſi il n'auroit pas conſenti à la diſſolution de ſon mariage.

Au ſurplus, le roman de l'Aſtrée eſt le plus beau & le plus chaſte de tous les romans; toutes les avantures ſont belles, & il n'y a rien qui puiſſe bleſſer la pudeur. Il faut ajouter que tous les perſonnages ſont réels, ce ſont toutes perſonnes qualifiées de la province. Il eſt écrit d'un beau ſtyle, & quoique le langage ait vieilli, l'on ne laiſſe pas d'en ſentir la beauté.

DES RENTES FONCIERES.

QUESTION SOIXANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La principale différence entre les rentes foncieres & conſtituées, conſiſte dans l'origine de la rente.*
2. *Pour connoître ſi l'on peut demander 29 années d'arrérages d'une rente, il faut conſidérer la cauſe primitive.*
3. *Clauſe du contrat, & récit du fait dont il s'agit.*
4. *Sentence du ſénéchal de Lyon, qui déclare la rente fonciere.*
5. *Moyens d'appel de la part du débiteur de la rente, pour établir que la rente devoit être réputée rente conſtituée.*
6. *Moyens du créancier, pour établir que la rente étoit fonciere.*
7. *Arrêt qui infirme la ſentence, & condamne à payer ſeulement cinq années d'arrérages.*

QUESTION LXIX.

De la différence des rentes foncieres, & des rentes conſtituées à prix d'argent.

Nous ne voulons pas ici traiter amplement toutes les différences qu'on peut rapporter entre la rente fonciere, & la rente conſtituée à prix d'argent, nous nous contentons d'employer ce qu'en a dit maître Charles Loiſeau, au livre premier, chapitre 3, du traité du déguerpiſſement, & d'y renvoyer le lecteur. Ainſi ſans rechercher toutes les marques qui peuvent diſtinguer l'une d'avec l'autre, il nous ſuffit de préſuppoſer que la principale & plus conſidérable différence conſiſte en l'origine de la rente, & qu'au lieu 1
que c'eſt de la délivrance d'une ſomme, & pour cauſe d'icelle que la rente conſtituée procede, il faut au contraire que le bail d'un héritage cauſe la rente fonciere. Il eſt vrai que l'une & l'autre approchent bien de la vente; mais cette diverſité s'y rencontre, que l'argent eſt toujours le prix de la premiere, & l'héritage qu'on baille ſert de prix à l'autre. Elle s'appelle en effet rente de bail d'héritage, en l'article 109, de la coûtume de Paris, & rente proprietaire en la coûtume de Senlis, art. 273, & 274.

C'eſt pourquoi quand on diſpute la nature d'une rente, & qu'on veut ſçavoir ſi les arrérages en peuvent être dûs de plus de cinq années, il faut recourir 2
à la ſource, rechercher la cauſe primitive, & ſe regler par elle. Il faut voir ſi le premier débiteur de la rente a pris de l'argent, ou bien un fonds, & ſi le créancier n'a fait qu'ouvrir ſa bourſe, ou s'il a quitté un héritage qui lui fut propre: c'eſt ce que nous allons examiner en l'eſpece de cette queſtion.

A cet effet ſera ſuppoſé, que par contrat du pénul- 3
tiéme janvier de l'an 1480, Jacques & Humbert Ayque, auroient paſſé vente à Pierre Dacis d'une maiſon ſituée à Lyon, & ſtipulé par acte ſéparé, mais fait à l'inſtant, qu'en cas que ledit Dacis acquéreur n'auroit entierement payé le prix de la vente dans le terme préfix, ladite vente ſeroit nulle, & de nul effet. Nonobſtant cette clauſe, Dacis, quoiqu'il n'eût point ſatisfait, ne laiſſa pas de vendre la même maiſon à Humbert de Vareyre, pour le prix de deux mille écus d'or. Lors de laquelle, & par acte ſéparé fait à l'inſtant, Humbert de Vareyre auroit concédé au vendeur pouvoir de ravoir & racheter la même maiſon, toutefois & quand il voudroit, en impoſant ſur icelle la rente ou penſion annuelle & perpétuelle de trente-ſix écus d'or, à cauſe de ſix cens écus d'or qu'il avoit payé ſur & en déduction du prix convenu.

BIU Cujas

Mais comme les freres Ayque, premiers vendeurs, ſoutenoient que par faute d'avoir été payés du prix de la vente par eux faite, elle étoit nulle, & de nul effet, enſuite de la convention & clauſe réſolutive du contrat, & par conſéquent que Pierre Dacis premier acquéreur, n'avoit pu vendre la maiſon à Humbert de Vareyre, au contraire led. Humbert ſoutenoit qu'il lui ſuffiſoit d'avoir acquis de celui qu'il croyoit le vrai maître de la choſe, néanmoins comme il doutoit de ſon droit, il auroit été conſeillé de s'en accommoder : deſorte que par contrat du 24 mai 1482 led. Humbert de Vareyre, du conſentement de la veuve & tutrice des enfans dud. Pierre Dacis, auroit délaiſſé la maiſon auſd. freres Ayque, premiers vendeurs ; & pour ſe rembourſer des ſix cens écus d'or qu'il avoit payé, auroit réſervé ſur lad. maiſon une rente annuelle & perpétuelle de trente-ſix écus d'or. Cette rente eſt qualifiée rente fonciere, & toutefois eſt déclarée racherable pour vingt ans tant ſeulement, en payant le principal des ſix cens écus en eſpeces d'écus d'or couronnés

Enſuite de cette réſerve & faculté, la rente ayant été rachetée & éteinte pour une moitié, les dames & ſœurs de la Salle, créancieres de l'autre moitié, tirerent en inſtance pardevant le ſénéchal de Lyon, demoiſelles Catherine & Françoiſe Navergnon, tenancieres de la maiſon, pour reconnoître de nouveau, & payer les arrérages de ladite rente de quinze années en eſpeces d'écus d'or, ou la juſte valeur au tems que les payemens étoient échus.

Contre cette demande, les défendereſſes auroient oppoſé, que la rente ne pouvoit être cenſée que rente conſtituée à prix d'argent, & par conſéquent, qu'au lieu des arrérages de quinze années, on n'en pouvoit demander que cinq. Et de plus, qu'il falloit venir à une réduction, & évaluation des écus, & la régler à ce qu'ils valoient au tems du contrat : en tout cas, que comme on s'étoit contenté de trois livres quatre ſols pour le paſſé, on devoit auſſi accepter l'offre qu'elles faiſoient, de continuer la rente à même raiſon de trois livres quatre ſols pour écus

4 Sur ce le ſénéchal de Lyon rend ſa ſentence le 19 ſeptembre 1635, par laquelle leſdites ſœurs Navergnon auroient été condamnées reconnoître de nouveau la rente de 18 écus d'or, payer quinze années d'arrérages, & autres, échues depuis la demande, & continuer à l'avenir tant qu'elles ſeroient tenancieres, & ce en écus d'or, ou la variation & eſtimation, lors & au tems des payemens, avec dépens.

De cette ſentence leſd. ſœurs Navergnon appellent, & relevent leur appel au parlement, & pour établir le mal jugé, ſoutiennent, que la rente n'étoit qu'une rente conſtituée à prix d'argent ; & de plus, que l'écu ſe devoit réduire à trois livres. Deſorte que l'hypothèſe enveloppant double queſtion, nous traiterons l'une & l'autre ſéparément, & celle qui regarde la nature de la rente avant l'autre, qui concerne la réduction des écus.

5 A cet effet, on peut dire que Humbert de Vareyre n'avoit pas été vrai maître & propriétaire de la maiſon, & par conſéquent n'avoit pû impoſer ſur icelle une rente qui fût fonciere. Qu'en effet Pierre Dacis n'avoit acquis lad. maiſon qu'à condition qu'à faute de payer le prix dans le terme préfix, la vente ſeroit nulle & de nul effet. Que cette clauſe avoit ſuſpendu l'effet de la vente, ou plûtôt en avoit opéré la réſolution au défaut d'y avoir été ſatisfait ; & partant que led. Dacis n'avoit pû transférer à Humbert de Vareyre un droit qu'il n'avoit pas eu, ni le rendre maître d'une choſe de laquelle lui-même ne le fut jamais : que ſemblables clauſes marchent en arriere, & réduiſent les choſes au même état que ſi la maiſon n'étoit jamais ſortie de la maiſon des premiers vendeurs : *quaſi non tunc obvenisſet illis, credatur nunquam ab illis profectam fuisſe*, comme il eſt dit en cas moins favorable, *in l. cum proponebatur verſiculo ſed cum nihil, ff. de caſtrenſi peculio.* Que ſi les premiers vendeurs ſe ſont chargés de ſix cens écus d'or, & pour iceux de la rente annuelle ; c'eſt pour ſe rédimer de procès, & par accommodement.

Que par ce moyen la rente ne tenant lieu que de la ſomme que led. Humbert de Vareyre avoit débourſée, elle ne pouvoit pas être cenſée fonciere ; quoique par une énonciation erronée, qui ne peut prévaloir à la vérité, elle ſoit qualifiée telle par le contrat. C'eſt parce qu'on doit plûtôt conſidérer ce qu'on fait que ce qu'on dit, & qu'il faut plûtôt s'attacher à la vérité des choſes, qu'à la couleur qu'on leur donne.

Mais ce premier moyen ceſſant, les défendereſſes pouvoient ſoutenir, que préſuppoſé que Pierre Dacis premier acquéreur eût eu pouvoir de vendre, il ne ſe trouvoit pas que Humbert de Vareyre eut eu intention d'acquérir ; qu'au contraire, il paroiſſoit qu'il avoit voulu plûtôt faire un engagement qu'une vente, & s'acquérir une hypotéque ou une rente ſur la maiſon, que la maiſon même. Qu'en effet il avoit conſenti qu'il fût loiſible aud. Pierre Dacis de rentrer dans la maiſon, & de la ravoir toutefois & quand il voudroit, en impoſant ſur lad. maiſon la penſion ou rente annuelle & perpétuelle de trente-ſix écus d'or, à cauſe de 600 écus d'or par lui payés. Ce qu'il auroit encore mieux témoigné par le déſiſtement de ſon droit accordé aux premiers vendeurs, moyennant la rente annuelle & perpétuelle de trente-ſix écus d'or, avec faculté de la pouvoir racheter dans vingt ans.

Au contraire, les demandereſſes pouvoient répliquer, que la maiſon ayant été acquiſe à Pierre Dacis premier acquéreur, il avoit pû la revendre. Que la convention qu'à faute de payer le prix, la vente ſeroit nulle & de nul effet, n'avoit pas empêché l'effet de la vente, ni lié les mains audit Dacis ; que ſemblables clauſes ne ſont que comminatoires, & ſe peuvent toujours purger, ſuivant la différence que remarque le ſieur Brodeau ſur monſieur Louet en la lettre P. num. 50 entre les clauſes pénales & les clauſes réſolutives des contrats : Que ſuivant cette diſtinction la cour a reçu par ſes arrêts les acquéreurs, les locataires, & les débiteurs à purger la demeure. Qu'en effet la rigueur de la loi *magnam C. de committ. ſtipulat.* n'a pas été approuvé par les interprêtes, & n'eſt pas auſſi en uſage parmi nous ; que maître Antoine Mornac l'a remarqué ſur la loi 2 *C. de jure emphyteut.* où il aſſure, que *Lex commiſſoria non obtinet in Gallia niſi poſt acceptum judicium.* 6

Enfin les demandereſſes pouvoient ſoutenir, qu'encore que Humbert de Vareyre n'eût payé tout le prix à Dacis, il ne laiſſoit pas d'avoir droit en la choſe, & que c'étoit aſſez que le vendeur ſe fût contenté de ſa foi. Bref, que la faculté accordée de pouvoir racheter la maiſon, toutefois & quand le vendeur voudroit, en impoſant ſur icelle la rente du prix débourſé, n'avoit pas altéré la vente. Que cette faculté n'avoit pû que la rendre réſoluble ſous l'événement d'une condition, ſuivant la loi 2 *de pactis inter empt. & vend.*

Nonobſtant toutes ces raiſons, qui ont auſſi plus d'apparence que de vérité, la cour a jugé par l'arrêt ci-après inſéré, que la rente n'étoit pas fonciere, & ne pouvoit être priſe que pour une rente conſtituée à prix d'argent ; car autrement, en émendant la ſentence du ſénéchal de Lyon, qui avoit adjugé 7

BIU Cujas

les arrérages de quinze années échues lors de la demande, elle n'eût pas réduit la condamnation deſd. arrérages aux cinq années qui avoient précédé la demande. Auſſi faut-il avouer que dans la ſuſpenſion de la vente faite à Pierre Dacis, il n'avoit pas pû revendre la maiſon; ou s'il l'avoit pû revendre, qu'enſuite de la clauſe réſolutoire, & de la faculté réſervée par led. Dacis en revendant la maiſon à Humbert de Vareyre, les choſes avoient été remiſes au premier état, & le droit, tant dudit Dacis que dudit Humbert, réſolu d'un commun conſentement: mais pourtant en vertu d'une paction inhérente au premier contrat: par conſéquent qu'il eſt vrai de dire que la rente créée à ſon profit, n'avoit autre cauſe ni autre fondement que l'avance de ſon argent, & que s'il étoit demeuré créancier de la rente c'étoit plûtôt pour en avoir débourſé le principal, que pour avoir relâché la maiſon.

OBSERVATIONS.

De la nature des rentes foncieres.

Sur cette queſtion l'auteur rapporte un arrêt, qui a réduit la demande des arrérages d'une rente qualifiée fonciere, & créée par un créancier qui avoit droit ſur la maiſon délaiſſée par le contrat de conſtitution à cinq années, ayant jugé que cette rente ne devoit être conſidérée que comme une ſimple rente conſtituée à prix d'argent.

A cette occaſion, l'auteur examine la différence qu'il y a entre les rentes foncieres & celles conſtituées à prix d'argent. Il cite M. Charles Loiſeau dans ſon traité du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 3; ce n'eſt pas en cet endroit où cet excellent juriſconſulte traite cette matiere, c'eſt dans ſon traité des rentes, liv. 1, ch. 6, après une ſi abondante moiſſon, il ne reſte plus rien à glaner. Pour l'honneur de la province, je citerai pourtant M. Jean Papon, dans ſon recueil d'arrêts, livre 12, tit. 7, où il rapporte pluſieurs eſpéces remarquables, & pluſieurs déciſions notables ſur le ſujet des rentes.

DES RENTES, SI ELLES SONT PAYABLES En mêmes eſpéces.

QUESTION SOIXANTE-DIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Auteurs qui ont traité la queſtion.*
2. *La juriſprudence a varié ſur cette queſtion.*
3. *Edit du roi Henri IV, de l'an 1602, qui ordonne que le rachat des rentes conſtituées en cens, ſe fera ſur le pied de ſoixante ſols par écu.*
4. *Arrêt du 3 août 1640, qui ordonne qu'une rente créée en cens ſera rembourſée ſur le pied de trois livres par écu.*
5. *A préſent l'on compte par livres, & non par écus.*
6. *Note curieuſe de Chopin, ſur le changement de la monnoie.*
7. *Auteurs qui ont traité de toutes les monnoies qui ont eu cours en France.*

QUESTION LXX.

Si la rente créée en écus d'or, & payable en mêmes eſpeces, ſe doit payer de la même ſorte.

1 Nous ne voulons pas traiter cette queſtion à plein fonds, ni même ſi amplement que la précédente. Comme elle ſe trouve traitée au long par de bons auteurs, auſſi craindrions-nous d'emprunter plûtôt le leur, que de donner du nôtre au lecteur. Nous nous contenterons donc de la renvoyer à ce que monſieur Louet, & Brodeau ſur icelui en la lettre R nombre 8. Monſieur Bouguier en la lettre R. nombre 9 & monſieur Neſmond, premier préſident au parlement de Bordeaux, en l'un de ſes arrêts prononcés en robes rouges, rapportent ſur ce ſujet. Après tant de diverſes raiſons que le dernier a recherchées & exagérées pour le ſoutien des deux parties, il ſeroit comme fruſtratoire d'en rechercher d'autres.

Il ſuffira donc de dire que les interprêtes s'étoient démêlés de cette difficulté par la diſtinction qu'ils faiſoient, ſi le contrat ne portoit conſtitution de la rente qu'en écus, ſans aucune apprétiation d'iceux, ou s'il y avoit réduction à tant de livres, tant pour le principal que pour la rente. Il eſt vrai que cette réduction étant faite, il n'y peut pas avoir de doute, parce que par elle les parties ont aſſez témoigné qu'elles entendoient faire & créer une rente en livres

BIU Cujas

plûtôt qu'en écus. Mais il ne s'enſuit pas pour cela que les écus n'ayant été appréciés, elles ayent entendu ſe reſtraindre plûtôt aux eſpeces qu'à la valeur, & qu'encore qu'il ait été dit, il faille payer toujours en eſpece. Le débiteur n'a pas ſongé à un changement ſi grand que celui que le tems a cauſé, & il n'a pas cru qu'un écu, qui lors du contrat, ne valoit que trente-trois ou trente-cinq ſols, dût un jour valoir cinq livres, & encore plus.

2 Diſons donc que notre juriſprudence a varié ſur ce point, & que ſi par les premiers arrêts, la cour avoit jugé que la rente étoit dûe en écus d'or, ſelon leur valeur, & ne ſe pouvoit racheter qu'en mêmes eſpeces, elle a d'autrefois jugé le contraire. Ledit ſieur Bouguier, au lieu cotté, fait mention d'une ſentence du ſénéchal de Lyon, du 4 juin 1621, entre les recteurs de l'Hôtel-Dieu du pont du Rhône, demandeurs, & Jean & Eſtienne Tardy défendeurs, par laquelle il fut jugé que la rente conſtitué en écus, bien qu'il fût dit qu'elle ne ſeroit rachetable qu'en eſpeces, ſe pouvoit néanmoins racheter à raiſon de trois livres ou de ſoixante ſols l'écu. Ce que la cour confirma par arrêt du 21 janvier 1626, ainſi que le même auteur l'aſſure.

Mais comme nous avons dit que c'eſt un point qui avoit été diverſement jugé, auſſi leſdites dames de la Salle avoient produit en cauſe d'appel un arrêt qui avoit jugé le contraire, & avoit été rendu ſur l'appel d'une ſentence du même ſénéchal de Lyon. La ſentence étoit du 28 ſeptembre 1618, rendue entre Pierre Boyer, pere & légitime adminiſtrateur de Pierre Boyer ſon fils, héritier de feue Antoinette de Bery ſa mere, maître Jean Depomey, avocat à Lyon, & autres oppoſans & intervenans ſur la diſtribution du prix provenu de la vente & adjudication par décret de certaine maiſon qui fut de feu maître Benoît Corſan, contre Marie Allard, femme de Jeanne Joannin, & héritiere dudit défunt Corſan. L'arrêt eſt du 23 décembre 1624, & porte que la cour faiſant droit, tant ſur le procès par écrit, que procès évoqué, a mis & met l'appellation au néant ſans amende, ordonne que la ſentence dont a été appellé ſortira effet; & ce faiſant, que la rente dont eſt queſtion ſera payée & continuée en écus d'or, ou la valeur & eſtimation à laquelle ils ſe trouveront avoir cours lors & au tems de chacun des payemens; condamne l'appellante aux dépens de ladite cauſe d'appel, & du procès évoqué.

3 Mais nonobſtant ce préjugé, & autres qu'on alléguoit, & contre leſquels on oppoſoit d'autres contraires, la cour ne laiſſa pas de donner gain de cauſe aux appellantes, & de réduire la rente à raiſon de 60 ſols l'écu, tant pour le paſſé que pour l'avenir. Elle a donc jugé par cet arrêt que nous donnons au public, que quelque clauſe qu'il y ait au contrat, de racheter en mêmes eſpeces d'or & de poids, le rachat peut être fait à raiſon de 60 ſols l'écu, & que la rente annuelle n'eſt exigible qu'à cette raiſon. C'eſt ſuivant l'édit de Henry IV. de glorieuſe mémoire, de l'année 1602, lequel n'a excepté que les dépôts & conſignations. En effet, la réduction portée par cet édit doit ſervir de réglement général, & nous croyons qu'il a ſervi de fondement à l'arrêt prononcé en robbes rouges au parlement de Bourdeaux, par ledit ſieur préſident de Neſmond. Car comme c'eſt un milieu de réduire l'écu, non pas à ce qu'il valoit au tems de la création de la rente, ni auſſi à ce qu'il vaut à préſent, ou lors des payemens échus; auſſi ce milieu n'a été fondé que ſur l'édit. C'eſt donc une nouvelle juriſprudence que nous croyons devoir être ſuivie, puiſqu'elle eſt juſte & raiſonnable.

Nous ajouterons que notre arrêt eſt d'autant plus conſidérable, qu'en l'eſpece d'icelui il y avoit des quittances par leſquelles il paroiſſoit qu'on avoit payé à raiſon de ſoixante-quatre ſols l'écu, les années 1630 & 1631, & de plus, qu'on avoit fait offre devant le ſénéchal de payer & continuer la rente à même raiſon de ſoixante-quatre ſols l'écu. Auſſi dèſlors que nous eûmes communication du procès en cauſe d'appel, nous jugeâmes à propos d'obtenir lettres, tant pour mieux exagérer le fait, & réparer l'inſtruction de la premiere inſtance pour l'une & l'autre queſtion, que pour faire que les appellantes fuſſent relevées du préjudice que les quittances & les offres leur pouvoient faire. Car encore qu'elles ne fuſſent que de quatre ſols plus pour écu; néanmoins puiſqu'il falloit ſe tenir à l'édit de 1602, & à la regle qu'il a établie, il étoit néceſſaire, qu'on fût relevé de ce qu'on avoit payé, & offert au par deſſus.

Extrait des regiſtres du parlement.

4 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces préſentes lettres verront. SALUT. Sçavoir faiſons, que comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant, le dix-neuvieme jour de ſeptembre mil ſix cent trente ſix, entre dame Françoiſe Henry, femme de M. Leonor de Baillon, ſieur & baron d'Irue; Eliſabeth Henry, femme de M. Jean de Regi, ſieur & baron de Palernes, & Heleine Henry, femme de M. François de Provans, comte d'Alteſſan, autoriſées par juſtice au refus de leurs maris, filles & héritieres de feu noble homme Arthus Henry, vivant ſieur de la Salle, & Vaux de Quincies; demandereſſes en reconnoiſſance de penſion fonciere, & payement d'arrérages, d'une part, & damoiſelles Catherine Navergnon, femme de M. André Girard, ſubſtitut de notre procureur général au baillage de Forêts, & Françoiſe Navergnon, femme de M. Guillaume Patiſſier, avocat en notre ſenéchauſſée de Lyon, autoriſée par juſtice au refus de leurs maris, défendereſſes, d'autre. Par laquelle leſdites défendereſſes auroient été condamnées reconnoître de nouveau, au profit deſdites dames demandereſſes, la penſion fonciere de dix-huit écus d'or couronnés, & payer quinze années d'arrerages d'icelles, échues au jour Saint Jean 1634, en deniers ou quittances valables, ceux depuis échus, & continuer à l'avenir tant & ſi longuement qu'elles ſeroient tenancieres de la maiſon ſiſe audit Lyon, faiſant le coin de la grande rue, tendant de l'egliſe S. Niſier à la Grenette, & ce en écus d'or, ou la valeur & eſtimation à laquelle ſe trouveroient monter & avoir cours leſdites eſpeces, lors & au tems des payemens; & outre condamnés es dépens de l'inſtance: Eut été par leſdites damoiſelles Navergnon appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit, conclu & reçû pour juger entre les parties, ſi bien ou mal auroit été appellé; les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle deſdites appellantes; auſquelles leſdites dames Henry intimées pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens deſdites appellantes, joint les prétendues fins de non-recevoir des intimées, & défenſes au contraire deſd. appellantes qu'elles pourroient reſpectivement bailler; ſur leſquelles ſeroit préalablement fait droit. Vu icelui procès, griefs, réponſes, forcluſions de bailler moyens de nullité, & produire de nouveau: requête employée par leſdites dames intimées pour fins de non-recevoir; forcluſions de fournir réponſes par leſdites intimés: Lettres de notre chancellerie obtenues par leſdites appellan-

BIU Cujas

tes le 8 mai 1637, afin d'être reçues à articuler de nouveau les faits y contenus, & pour être relevées des offres par elles faites de payer l'écu à raiſon de ſoixante-quatre ſols, & encore pour être reſtituées des quittances de ſix cent trente, & ſix cent trente-un, de payemens faits en écus d'or en eſpeces; enſemble contre le pretendu déſiſtement fait de l'appel de ladite ſentence par ledit Patiſſier, mari de ladite Françoiſe Navergnon; défenſes, appointemens en droit, productions deſdites parties ſur ledit incident de lettres; contredits reſpectivement fournis, ſuivant l'arrêt du dernier août 1637, ſalvations deſdites damoiſelles Navergnon; production nouvelle deſdites dames Henry; requête deſdites damoiſelles Navergnon, employée pour contredits; tout joint & diligemment examiné: Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, ayant aucunement égard auſdites lettres, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant, ſans amende: Emendant, condamne leſdits Navergnon paſſer titre nouveau, & réconnoiſſance de la rente annuelle de dix-huit écus d'or, en payer les arrérages échus depuis la S. Jean 1631, & ceux qui écherront ci après, à raiſon de trois livres par chacun écu, & ſans dépens. Prononcé le 3 jour d'août 1640. Signé par collation, Radigues.

Cet arrêt a été donné en la troiſieme des enquêtes.

OBSERVATIONS.

Des différens changemens de la monnoye.

5 AUjourd'hui cette difficulté ceſſe par la diſpoſition de l'ordonnance, qui ordonne que l'on comptera par livres & non par écus.

La France ſeroit bien malheureuſe ſi l'on comptoit encore par écus, les fréquens changemens qui ſont arrivés depuis environs vingt ans au prix des écus, auroient cauſé des procès ſans nombre.

6 A l'occaſion de tous ces changemens, j'obſerverai que j'ai lu une note marginale dans Chopin, *de ſacra polit.* liv. 3, tit. 6, nomb. 17, vers la fin, qui porte qu'en France il eſt établi que les officiers de la monnoie, lorſqu'ils ſont reçus en charge, font ſerment, lequel ils renouvellent tous les ans, qu'ils ne conſeilleront jamais au roi de changer la monnoie; c'eſt-à-dire, dit l'auteur, de ne point tromper le prince, ni trahir l'état, *hoc eſt Rempublicam non prodere, principemque non circumvenire. O tempora, ô mores!*

M. Julien Brodeau, ſur M. Louet, let. R, ch. 12, rapporte toutes les ordonnances qui ont augmenté ou diminué la monnoie.

7 Mais perſonne n'a mieux traité cette matiere que le ſavant Ducange, ſur le mot, *moneta*, il rapporte des choſes très curieuſes. L'on ne ſçauroit aſſez louer & eſtimer un auteur qui a tant travaillé pour le ſervice du public; ſi en France l'on récompenſoit ceux qui travaillent pour le public, celui-là mériteroit qu'on lui érigeât des ſtatues.

M. Bouteroue, conſeiller en la cour des monnoies, a fait un traité fort curieux touchant la monnoie de toutes les différentes nations: il eſt intitulé, Recherches curieuſes des monnoies de France; depuis le commencement de la monarchie, & imprimé en 1666.

Le ſieur Leblanc en a auſſi donné un au public, ſous le titre de traité hiſtorique des monnoies de France, depuis le commencement de la monarchie juſqu'à préſent.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'Ai dit dans ma précédente obſervation, que la difficulté de ſavoir ſur quel pied les rentes conſtituées en écus doivent ſe racheter, avoit été levée par le moyen de l'ordonnance qui ordonne que l'on comptera par livres & non par écus: mais je n'ai pas dit par quelle ordonnance.

M. Lebret, dans ſon traité de la ſouveraineté, liv. 2, ch. 13, vers la fin, dit que le roi, par ſes derniers édits, & principalement par celui de 1577, a ordonné que les rentes & tous les autres contrats ſe pourroient acquitter, en payant par le débiteur en livres ce que l'écu valoit au tems du contrat, nonobſtant toutes les clauſes & les conditions contraires que l'on y avoit inſérées, *& que pour retrancher à l'avenir toutes les contentions, on ne compteroit plus en écus, mais en livres ſeulement.*

M. Bouguier dans ſon recueil d'arrêts, ſous la lettre R, ch. 9, dit que le rachat des rentes conſtituées en écus ſe peut faire, à raiſon de ſoixante ſols par écu, *ſuivant la réduction des écus en livres, faite par l'édit du roi Henri IV, en l'année* 1602.

Ces deux magiſtrats n'ont pas bien pris le ſens de ces deux ordonnances, ou du moins ils ne les ont pas rapportées exactement.

L'ordonnance du roi Henri III, du mois de ſeptembre 1577, faite ſur le réglement des monnoies, veut dans l'article 8 que l'on ne compte plus par livres, mais par écus, à raiſon de ſoixante ſols l'écu: cette ordonnance eſt rapportée dans ſon entier par Fontanon, tom. 2, liv. 2, pag. 192.

BIU Cujas

L'ordonnance du roi Henry IV, du mois de septembre 1602, veut que dorénavant l'on compte par livres & non par écus : cet ordonnance eſt rapportée par le même auteur, tom. 1, liv. 4, tit. 6, pag. 749.

DES RENTES DUES POUR FONDATION.

QUESTION SOIXANTE-ONZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les rentes dûes pour fondation, ſont réputées foncieres.*
2. *Elles ne ſont pas compriſes dans l'ordonnance qui réduit les arrérages des rentes conſtituées, aux cinq dernieres années.*
3. *Eſpéce ſur laquelle eſt intervenu l'arrêt ci-après.*
4. *Arrêts du parlement de Bordeaux, qui ont adjugé vingt-neuf années d'arrérages des rentes dûes pour fondation.*
5. *Raiſons de l'auteur pour juſtifier l'arrêt qui ſuit.*
6. *Arrêt du parlement de Paris, qui a réduit les arrérages d'une ſemblable rente à cinq ans.*
7. *La juriſprudence du parlement de Toulouſe adjuge vingt-neuf années.*
8. *Critique de l'arrêt du parlement de Paris.*
9. *Cenſure des arrêts de Boniface.*
10. *Il faut tenir pour une maxime certaine, que l'on peut demander 29 années d'arrérages d'une ſemblable rente.*
11. *Quand la fondation n'a pas été ſervie, on ne laiſſe pas d'adjuger 29 années d'arrérages, qui ſont employés à l'augmentation du ſervice.*
12. *Dans les rentes de cette qualité, l'aſſignat paſſe toujours pour démonſtratif.*
13. *Le payement des arrérages d'une ſemblable rente eſt ſolidaire.*
14. *Si la rente diminue, les héritiers du fondateur ſont obligés d'y ſuppléer.*
15. *Si l'héritage, ſur lequel la rente eſt aſſignée, périt, elle doit être rétablie ſur d'autres héritages.*
16. *Au parlement de Toulouſe ces ſortes de rentes ſont impreſcriptibles, même contre les tiers-poſſeſſeurs.*
17. *Les arrérages ſont dûs de 29 ans, ſi ce n'eſt contre les tiers-acquéreurs.*
18. *Une ſemblable rente peut être prouvée par témoins.*

QUESTION LXXI.

Si la rente dûe à l'égliſe pour fondation du divin ſervice, eſt cenſée fonciere ; & ſi les arrérages ne s'en peuvent demander que des cinq dernieres années.

DANS la précédente queſtion, nous avons dit que la rente fonciere ne peut être créée que par le bail d'héritage, & qu'il faut que ce ſoit en la tradition d'icelui qu'elle s'impoſe. Et de fait, le ſieur Loyſeau pour en bailler la définition, dit que c'eſt la redevance principale d'un héritage impoſée en l'aliénation d'icelui, pour être payée par le détenteur ; & c'eſt ce qui a donné ſujet de douter ſi la rente créée par don & legs peut être cenſée fonciere, ou ſi elle doit être compriſe au rang des rentes conſtituées à prix d'argent.

1 Ledit ſieur Loyſeau, au chapitre 7 & 8 du livre 1 de ſon traité du droit de déguerpiſſement, avoue que c'eſt une eſpece de rente fort irréguliere ; mais quelqnes différences qu'il remarque pour la ſéparer de la rente fonciere, il demeure pourtant d'accord que par la faveur particuliere des alimens, la charge d'iceux eſt réputée fonciere, ſuivant la loi *ſi fideicommiſſum*, § *quid tamen*, *ff. de judiciis* ; & la loi ſeconde, *ff. de alimentis & cibariis legat.* Ce qu'il dit devoir être étendu par identité de raiſon à tous legs pitoyables, comme ès rentes delaiſſées, ou fondées au profit de l'Egliſe, pour célébrer les obits & anniverſaires, & leſquelles il eſtime en conſéquence devoir être réputées foncieres, avec les canoniſtes, *in cap. quanto, extra de decimis* ; & ſuivant la doctrine de Guy Pape, en ſa déciſion 576.

C'eſt de-là même qu'il infere que ſemblables ren- 2
tes ne peuvent être ſujettes à l'ordonnance de Louis XII de l'an 1512, pour la réduction des arrérages aux cinq dernieres années avant la demande ; parce qu'en effet, ni le texte de l'ordonnance, ni les raiſons contenues en ſa préface ne ſe peuvent pas adapter aux rentes qui procedent de fondations & legs à pies cauſes. C'eſt auſſi l'uſage commun, enſuite duquel nous avons vu ſouvent adjuger aux eccléſiaſtiques & religieux, les arrérages de plus de cinq années, pour fondations faites à l'égliſe, à la charge de célébrer quelque office annuellement.

Toutefois, y ayant eu procès devant le bailli de 3
Forêts, entre les curés & prêtres de Boen, & le ſeigneur de Saint Prieſt, comme héritier de Gaſpard

BIU Cujas

de Levy, seigneur de Cozan; & ledit bailli ayant condamné ledit seigneur de Saint Prieſt à payer les arrérages d'une rente ou fondation de pluſieurs années; la cour, en infirmant ſa ſentence, a reſtraint ſa condamnation à cinq années d'arrérages, par l'arrêt ci-après inſéré, & que nous donnons au public, non pour ſervir de loi, puiſque c'eſt un jugement ſolitaire & particulier; mais pour lever l'impreſſion qu'il pourroit avoir faite dans cette province de Forêts en l'opinion de pluſieurs.

En effet, nous n'eſtimons pas que la cour, par ledit arrêt, ait voulu introduire une juriſprudence nouvelle, & réduire les legs à pies cauſes, & fondations de ſervice divin, à la regle des rentes conſtituées, vû la différence qu'il y a des unes aux autres. La rente conſtituée tient en quelque façon de l'uſure, & n'a été inventée que pour en couvrir le vice: C'eſt en effet par une eſpece de prêt, & au lieu des intérêts que la rente ſe paye; de ſorte qu'il a été bien juſte de ne permettre pas qu'on la puiſſe demander de trop long-tems, tant pour obliger le créancier à ſe faire payer, que pour empêcher que ſa patience n'accable le débiteur. Mais en une fondation, la cauſe eſt beaucoup plus favorable: ce n'eſt pas pour intérêt ou revenu que la rente ſe paye, c'eſt pour récompenſe du divin ſervice qu'elle eſt dûe; c'eſt une eſpece de ſalaire, dont l'action ſe renouvelle autant de fois qu'on fait le ſervice, & c'eſt pourquoi l'action que produit chacune année n'eſt pas même ſujette à preſcription, ou du moins elle a ſa preſcription particuliere, ainſi que nous dirons ci-après.

4 Auſſi, pluſieurs ont approuvé l'opinion du ſieur Loiſeau, qui nous ſera toujours fort conſidérable; & entr'autres, maître Bernard Automme, en ſon commentaire de la coutume de Bordeaux, ayant propoſé ſur l'article 90, ſi d'un legs fait à l'égliſe de certaine preſtation annuelle à prendre ſur certain fonds, les arrérages en ſont dûs de vingt-neuf années, il conclut pour l'affirmative, & en cotte deux arrêts du parlement de Bordeaux, l'un du mois de février de l'année 1699, & l'autre, du 22 avril 1613, donné en l'audience.

5 Il faut donc chercher quelque motif particulier de l'arrêt que nous rapportons. Cet auguſte parlement ne juge pas à la volée, ni ne ſe départ pas des regles communes, qu'il n'y ait quelque forte conſidération & particularité qui emporte la balance: c'eſt pourquoi, s'il faut approfondir les oracles, & pénétrer le ſecret du ſanctuaire, nous jugeons à propos d'avertir le lecteur que la ville & ſeigneurie de Boën étoit membre dépendant de la baronie de Cozan, & que ce n'eſt que depuis quelques années que le ſeigneur marquis de Saint Prieſt l'a ſéparé & vendue au ſeigneur marquis du Palais. C'eſt donc depuis cette déſunion, que les curés & prêtres de Boën ont recherché le payement de leur fondation, a cauſe de ce que ledit ſeigneur de Saint Prieſt n'étant plus leur ſeigneur, auroit voulu leur ôter une prébende ou chapelle dépendante de Cozan, & qu'un précédent ſeigneur dudit Cozan avoit annéxée à la commuauté de leur égliſe. Comme ils virent qu'il leur vouloit faire perdre cette prébende, & en pourvoir un prébendier particulier, ils demanderent non-ſeulement la reconnoiſſance de leur fondation, mais encore les arrérages d'icelle de longues années. Un procès ſuivit l'autre, & c'eſt preſque en même tems qu'ils furent jugés. Il y a donc apparence de croire que la cour, par cette conſidération, & de la qualité des parties, n'a pas trouvé raiſonnable d'adjuger contre ledit ſeigneur de Saint Prieſt, auſdits curé & prêtres de Boën des arrérages de ſi longues années, & même du tems qu'il étoit ſeigneur dudit Boën; mais plûtôt ce qu'elle a préſumé que de ce tems-là ils avoient été payés ou ſatisfaits, & qu'autrement, ils ne ſeroient pas demeurés dans un ſi long ſilence. Bref, elle a jugé que ce ſeroit choſe trop dure que d'obliger un ſeigneur de rapporter des quittances de ce qu'il avoit pu payer, ou faire payer à la bonne foi, ſans autre aſſurance, vu même que la baronie de Cozan ayant paſſé par diverſes mains, & ledit ſeigneur de Saint Prieſt ayant ſuccédé au fait d'autrui; après un long litige, il lui étoit d'autant plus difficile de montrer des quittances qu'on avoit vraiſemblablement négligées, ou laiſſé perdre, pour n'être pas tombé dans la croyance des ſeigneurs de Cozan, que ceux qui dépendoient en quelque façon d'eux, leur vouluſſent demander deux fois une même choſe. C'eſt tout ce que nous pouvons conjecturer du motif de l'arrêt, laiſſant à juger aux plus ſenſés, ſi c'eſt une déciſion générale ou particuliere.

ARRÊT.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut. Sçavoir faiſons, comme de la ſentence donnée par notre bailli de Forêts ou ſon lieutenant à Montbriſon le 23 décembre 1636, entre les curés & prêtres de l'égliſe de Boën, demandeurs en reconnoiſſance de penſion, & payement d'arrérages d'icelle, d'une part, & Louis de Saint Prieſt, marquis dudit lieu & baron de Cozan, défendeur d'autre: par laquelle ledit défendeur auroit été condamné reconnoître de nouveau au profit des demandeurs la penſion annuelle & perpétuelle de ſoixante livres, ſuivant le legs à eux fait par dame Paule de Gaſte en ſon teſtament du 16 février 1598, & payer les arrérages de vingt-neuf années d'icelles, échûs au jour de leur demande, & continuer à l'avenir, en affirmant par leſdits demandeurs avoir fait le ſervice auquel ils étoient obligés par ledit teſtament, ſans dépens entre les parties, fors des frais & épices de ladite ſentence, èſquels ledit défendeur auroit été condamné: eut été appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre ledit marquis de Saint Prieſt, appellant de lad. ſentence, d'une part, & leſd. curé & prêtres de Boën, intimés, d'autre; & encore entre leſd. curé & prêtres de Boën, appellans, en ce que par icelle, on ne leur auroit adjugé aucuns dépens, d'une part; & ledit marquis de Saint Prieſt, intimé, d'autre; ſi bien ou mal auroit été appellé, joints les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & productions nouvelles deſdits appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance: auſquels griefs & moyens de nullité, leſdits intimés pourroient répondre, & contre leſdites productions nouvelles bailler contredits aux dépens deſdits appellans. Icelui procès vû, griefs dudit de Saint Prieſt, réponſes: requête deſdits curé & prêtres, employée pour griefs: requête dudit de Saint Prieſt employée pour réponſes; forcluſions de fournir moyens de nullités, & produire de nouveau par ledit de Saint Prieſt, production nouvelle deſdits curé & prêtres; requête employée pour contredits; incident ſur l'entérinement de lettres par nous obtenues par leſdits curé & prêtres le vingt-huit juin dernier, afin d'articuler de nouveau, & faire preuve des faits y contenus; & en ce qu'en augmentant leur demande, ledit de Saint Prieſt fût condamné payer toutes les années échues de ladite rente annuelle de ſoixante livres, depuis ladite fondation 6

BIU Cujas

dation juſques à préſent, d'une part; & led. de Saint Prieſt défendeur, d'autre : Appointement en droit, production deſdites parties; tout diligemment examiné: Notredite cour par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter à noſdites lettres, faiſant droit ſur les appellations reſpectivement interjettées, a mis & met leſdites appellations, & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende: Emendant, a condamné & condamne ledit de Saint Prieſt reconnoître de nouveau au profit deſdits curé & prêtres de la ville de Boën, ladite rente de ſoixante livres par an, payer cinq années d'arrérages, échues avant la demande, & continuer à l'avenir; condamne ledit de Saint Prieſt ès dépens de la cauſe principale, ſans dépens des cauſes d'appel, & dudit incident; & ſur la demande deſdits curé & prêtres, hors de cour & de procès, ſans dépens, la taxe des adjugés pardevers notredite cour réſervée. Si mandons au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre ſergent ſur ce requis, à la requête deſdits curé & prêtres de Boën, ce préſent arrêt mettre à due & entiere exécution ſelon ſa forme & teneur: de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre parlement le 10 juillet, l'an de grace 1638, & de notre regne le vingt-neuvieme. Par jugement & arrêt de la cour. Radigues.

Nous avons depuis vu le chapitre 6, du livre premier des queſtions de monſieur d'Olive du Meſnil, où il rapporte des arrêts contraires du parlement de Toulouſe, & aſſûre que d'ordinaire il adjuge les arrérages de vingt-neuf années de ſemblables fondations. 7

OBSERVATIONS.

Si les rentes pour cauſe de fondation ſont réputées foncieres.

L'Auteur décide, que les rentes dûes à l'égliſe pour la fondation du divin ſervice, ſont réputées foncieres, & que les arrérages en ſont dûs de 29 années. Il rapporte pourtant un arrêt rendu le 10 juillet 1638, en faveur du ſieur marquis de Saint Prieſt, contre les curé & prêtres de la ville de Boen en Forêts, qui a réduit les arrérages d'une rente de cette qualité à cinq années; il s'éleve avec raiſon contre cet arrêt qu'il appelle ſolitaire & particulier, mais ſa modeſtie le porte à chercher des raiſons pour juſtifier un jugement ſi extraordinaire; pour moi qui n'ai pas une déférence ſi aveugle pour les arrêts, j'applique à celui-ci la réponſe du juriſconſulte Ulpien, dans la loi premiere *de appellat. Nonnunquam bene latas ſententias in pejus reformant.* 8

J'obſerverai pourtant que Boniface, dans ſon recueil d'arrêts, tom. 1, liv. 8, tit. 2, ch. 6, rapporte un arrêt rendu au parlement de Provence, le 21 janvier 1641, qui a jugé la même choſe, mais il n'y a pas grand fond à faire ſur les arrêts rapportés par cet auteur. 9

Il faut donc tenir pour maxime certaine, que les arrérages des rentes établies pour des fondations pieuſes, peuvent être demandées de 29 ans, ſuivant le ſentiment de notre auteur, auquel il faut joindre le témoignage de M. Charles Loyſeau, de la diſtinction des rentes, liv. 1, ch. 7, & l'autorité des arrêts du parlement de Toulouſe, rapportés par M. d'Olive, liv. 1, ch. 6. Après ces trois auteurs, qui ſont ſans contredit les trois plus excellens juriſconſultes de la juriſprudence Françoiſe, l'on ne peut prendre d'autre parti ſans s'égarer. 10

M. d'Olive, au même endroit, traite deux autres queſtions.

La premiere, que quoique la fondation n'ait pas été ſervie, l'on ne laiſſe pas d'adjuger vingt-neuf ans d'arrérages, mais la condamnation ne va pas au profit du chapelain, c'eſt à l'augmentation du ſervice de la chapelle, ou à l'ornement des autels. 11

La ſeconde, qu'en faveur des rentes de cette qualité, l'on rejette la diſtinction qu'il y a entre l'aſſignat démonſtratif ou limitatif, enſorte que ſi l'héritage ſur lequel la rente eſt aſſignée n'eſt pas ſuffiſant pour la payer, on rejette la charge ſur tous les autres biens du teſtateur, ſi les termes de la fondation n'y réſiſtent abſolument. 12

3°. Dans la nouvelle adition il dit, que le payement des arrérages de ces rentes eſt ſolidaire contre chacun des tenanciers, quand la rente eſt aſſignée ſur un certain genre de biens. Notre auteur, dans le liv. 1 eſt de même avis pour la ſolidité. M. Chorier, dans la juriſprudence de Guy-Pape, pag. 244, dans ſes notes, dit que les penſions créées en faveur de l'égliſe ſont indiviſibles. 13

M. Papon, dans ſes arrêts, liv. 20, tit. 6, art. 4, dit que ſi la rente vient à diminuer par la ſucceſſion des tems, les héritiers du fondateur ſont tenus de la parfaire. Il rapporte un arrêt rendu au parlement de Grenoble, le 7 juillet 1456, qui l'a ainſi jugé. 14

Dans l'article ſuivant il fait mention d'un ancien arrêt donné au parlement, de la Pentecôte de l'an 1280, qui a jugé que la perte de la choſe ſur laquelle une ſemblable rente eſt aſſignée, ne fait aucun préjudice à la redevance qui doit être rétablie ſur d'autres héritages. M. Boniface dans la ſuite de ſon recueil, tom. 3, liv. 2, ch. 3, rapporte un arrêt du parlement de Provence, du 13 mai 1686, qui a jugé la même choſe. 15

Depuis ces obſervations faites, l'on a donné au public le recueil d'arrêts de M. Catelan,

BIU Cujas

conſeiller au parlement de Toulouſe, lequel au tom. 1, liv. 1, ch. 7, rapporte pluſieurs arrêts intervenus ſur cette matiere.

1°. Il aſſure qu'à préſent au parlement de Toulouſe la juriſprudence eſt conſtante, pour déclarer impreſcriptibles les rentes pour cauſe de fondations pieuſes, ſoit qu'elles ſoient établies par teſtament ou par contrat.

16 2°. Que cette impreſcriptibilité a lieu non-ſeulement contre les héritiers du fondateur, mais même contre les acquéreurs & poſſeſſeurs des héritages affectés à la rente, ſans que l'égliſe ſoit obligée de diſcuter les héritiers préalablement. Il dit que cela a été ainſi jugé à ſon rapport. Il ajoute qu'il a été jugé par un autre arrêt rendu au rapport de M. d'Olive, le 5 décembre 1678, que le poſſeſſeur d'une partie des biens du fondateur, doit payer les arrérages entiers de la rente, ſauf ſon recours contre les autres poſſeſſeurs.

17 3°. Il certifie que c'eſt auſſi une juriſprudence conſtante, que d'une ſemblable rente les arrérages en ſont dûs de 29 ans; il n'y met qu'une ſeule exception en faveur du tiers poſſeſſeur, qui a eu juſte ſujet de l'ignorer, lequel à cauſe de ſa bonne-foi, l'on ne condamne au payement des arrérages que du jour de l'introduction de l'inſtance, il cite un arrêt du 30 mars 1675, qui l'a ainſi jugé

18 Ce même auteur, liv. 3, ch. 2, dit que les rentes obituaires, c'eſt-à-dire, dûes pour cauſe d'obit, peuvent être prouvées par témoins; il cite un arrêt qui l'a ainſi jugé. Je n'ai pas de la peine à le croire, c'eſt une néceſſité: car quand le titre de la fondation eſt perdu l'on ne peut pas prouver la poſſeſſion par les quittances qui ſont entre les mains du débiteur, il faut donc avoir recours à la preuve par les témoins qui ont vu faire le ſervice.

DES RENTES POUR FONDATION.

QUESTION SOIXANTE-DOUZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le fond des rentes pour fondation eſt impreſcriptible.*
2. *Moyens des demandeurs.*
3. *Moyens des défendeurs.*
4. *Sentence du bailliage de Montbriſon, qui a jugé que la rente eſt impreſcriptible.*
5. *Sentiment de M. d'Olive, pour l'impreſcriptibilité.*
6. *Une ſemblable rente eſt impreſcriptible, quoique dans le contrat elle ſoit ſtipulée rachetable.*
7. *Caractère de MM. d'Olive, Henrys du Perrier.*
8. *Eloge de M. Catelan.*
9. *Le fond des rentes dûes aux particuliers, quoiqu'elles conſiſtent en eſpeces, eſt ſujet à preſcription.*
10. *Il faut diſtinguer entre les rentes & les penſions viageres, les premieres ſont ſujettes à preſcription, les ſecondes ſont impreſcriptibles.*
11. *Les auteurs ſont partagés en trois ſectes; Bulgare admet la preſcription ſans aucune diſtinction, Martin la rejette abſolument.*
12. *L'opinion de Bulgare eſt ſuivie au parlement de Grenoble.*
13. *La même opinion eſt ſuivie dans les tribunaux de Flandres & de Brabant, à la réſerve des penſions viageres.*

QUESTION LXXII.

Si les fondations & preſtations annuelles, dûes à l'Egliſe pour le divin ſervice, ſont preſcriptibles.

En raiſonnant ſur la preſcription des arrérages, nous venons de dire en paſſant que les fondations & preſtations annuelles dues à l'egliſe pour le divin ſervice, ne ſont ſujettes à preſcription quelconque. C'eſt ce qui nous engage de traiter plus amplement la queſtion, à cauſe même que s'étant préſentée quelquefois en notre bailliage & préſidial, nous avons remarqué que les ſentimens étoient différens

Nous préſuppoſerons en peu de mots une fondation faite à l'egliſe de quelque rente annuelle, à la charge de faire à chacun an & à jour préfix, l'office ordonné par le teſtateur. On demande ſi les curé & prêtres affirmant d'avoir annuellement ſatisfait à l'anniverſaire, ſont recevables à ſe faire payer de la fondation, & demander les arrérages d'icelle, encore qu'il y ait plus de quarante ans, & qu'il ne paroiſſe d'aucune quittance ou payement qui faſſe obſtacle à la preſcription, & renouvelle l'action.

BIU Cujas

Moyens des demandeurs.

Pour les demandeurs on peut dire qu'il n'y a rien
2 de plus favorable que l'exécution de la volonté des teſtateurs, ſur-tout lorſque c'eſt pour la décharge de leur ame. En effet, quand Platon dit qu'on doit rendre juſtice à trois ſortes de perſonnes, à Dieu, aux vivans & aux morts, ce n'eſt que pour obliger les héritiers & les juges d'accomplir fidélement ce que les perſonnes décédées ont ordonné par leur derniere diſpoſition. De-là s'enſuit que comme un héritier ou ſucceſſeur, n'en peut conteſter le payement ſans faire tort au défunt, & bleſſer ſa conſcience, la preſcription ne peut auſſi être recevable de ſa part: Bref, que s'il y a de la mauvaiſe foi de l'oppoſer aux autres choſes, c'eſt notamment en ſemblable fait qu'elle eſt odieuſe.

En conſéquence de quoi les demandeurs peuvent dire, que ſi par le droit commun la preſcription eſt admiſe contre l'egliſe, avec un peu plus de tems que contre les autres perſonnes; il ne s'enſuit pas que ce ſoit une regle ſi générale qu'on la doive étendre aux fondations & preſtations annuelles dues à l'egliſes à titre onéreux. Il faut avec la loi, faire différence des actions communes, & de celles qui naiſſent tous les ans pour l'accompliſſement d'une convention ou fondation annuelle: *In his promiſſionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per ſingulos annos, vel menſes, vel aliquod ſingulare tempus continent.* La preſcription ne peut pas courir: comme à chacune année l'action & l'obligation ſe renouvelle, il répugne qu'elle puiſſe ſe preſcrire, ſi ce n'eſt pour les arrérages dont il y a plus de trente ans. C'eſt ainſi que l'empereur Juſtinien le décide *l. cùm notiſſimi, paragraph. in his etiam, C. de præſcrip. 30, vel 40, annorum.* Mais plus expreſſément, *in l. 46, § 6, C. de Epiſcopis & Clericis.* Car après avoir ordonné que les fondations annuelles faites au profit de l'egliſe, *quæ vocantur annalia*, ne pourroient pas s'éteindre en façon quelconque, il veut que les héritiers & ſucceſſeurs y demeurent perpétuellement obligés: *nulla temporis præſcriptione opponenda ipſis Eccleſiis, cùm per unumquemque annum talis naſcatur actio, & ut nomen, & memoria defuncti, & annui reditus in operibus perpetuo conſervetur.*

C'eſt ce que le même empereur confirme d'abondant, en la loi derniere du même titre, en laquelle il enchérit ſur ſa conſtitution précédente, & veut abſolument que ſemblables fondations ſoient perpétuelles. Il argumente à cet effet, & de la faveur & deſtination de ſemblables legs, & de leur dénomination; il dit qu'étant annuels, l'action doit être nouvelle à chaque année. Il ajoute, que comme les choſes deſtinées pour les hommes doivent avec eux prendre quelque fin, au contraire, il eſt raiſonnable que ce qu'on donne à Dieu ſoit perpétuel, ou dure autant que le monde, & le nom chrétien. Il conclud donc, que tant que les egliſes pourront durer, il faut que les fondations ſubſiſtent, & que les offices fondés ne ceſſant pas en icelles, la récompenſe ne ceſſe non plus: *ita ut quæ perpetua ſunt, perpetuam cauſam habeant.* Si bien qu'on peut conclure pour les demandeurs, qu'après des déciſions ſi claires & geminées, il n'y peut reſter aucun doute.

Pour le défendeur, on peut ſoutenir au contraire,
3 qu'il n'y a point de faveur qui ne cede à celle de la preſcription; que c'eſt elle qui met à couvert toutes choſes, qui établit le repos des familles, & coupe chemin aux procès: bref, que comme c'eſt l'unique aſſûrance que les hommes peuvent trouver en ce monde pour ſe maintenir en leurs héritages, il n'eſt pas auſſi juſte de la leur ôter. On accorde bien que l'egliſe eſt favorable, & pour cette cauſe, que pour preſcrire contre elle, la loi déſire un tems plus long, mais de n'y mettre point de borne, point de fin, & de vouloir rendre ſes actions perpétuelles, c'eſt contre toute raiſon, & plûtôt pour empêcher qu'on ne donne à l'egliſe, que pour lui conſerver le ſien. Car comme elle ſe rendroit en quelque façon odieuſe par des recherches trop vieilles, auſſi faiſant payer aux ſucceſſeurs & détenteurs de bonne foi, ce qu'ils n'eſtiment pas devoir, cela les détourneroit de donner du leur.

C'eſt donc pour ce ſujet que l'empereur Juſtinien a voulu régler le cours des preſcriptions, auſſi-bien contre l'egliſe, que contre les autres perſonnes, en la novelle 131, en laquelle toutes les preſcriptions contre l'egliſe ſont réduites à quarante ans, tant pour la demande des legs, que pour les autres actions; ce que le docte Cujas, *lib. 5, obſervat. cap 5*, remarque avoir été confirmé *in legibus antiquis Caroli, & Ludovici.* C'eſt pourquoi comme cette conſtitution eſt poſtérieure aux autres, & que c'eſt une loi nouvelle, & qui déroge, auſſi c'eſt d'elle qu'on a tiré l'autentique *quas actiones, Cod. de ſacroſanct. Eccleſiis*, pour en établir une regle générale. Outre qu'on peut dire qu'aux conſtitutions alléguées, & qui ont été ajoutées au titre du Code, *de Epiſcopis & Clericis*, ſuivant la verſion qu'en a fait du grec le profeſſeur Contius, ſi l'empereur rend les fondations impreſcriptibles, c'eſt en conſéquence de ce qu'il n'a pas voulu qu'elles puſſent être rachetées, ni éteintes en quelque façon que ce fût. Mais puiſqu'à préſent cette rigueur ne s'obſerve pas, & qu'il eſt aſſez commun de racheter & d'éteindre les fondations, auſſi s'enſuit-il qu'elles ſe peuvent preſcrire par quarante ans, ce laps de tems faiſant préſumer leur extinction, & le payement du ſort principal.

Pour la réſolution de cette queſtion, il faut préſuppoſer la diſpute des interprêtes, ſur le § *in his etiam*, de la loi *cùm notiſſimi.* L'empereur ayant dit que la preſcription des preſtations annuelles ne ſe doit pas compter *ab exordio obligationis, ſed ab initio cujuſque anni, vel menſis*; les uns veulent que la preſcription commence à courir du jour de la ceſſation du payement, auſſi bien pour cette année-là, que le débiteur ceſſe de payer, que pour les autres ſubſéquentes, s'il y a un intervalle ſuffiſant, à compter de la ceſſation, comme dit eſt. Les autres au contraire, que chaque année a ſa preſcription particuliere, & qu'encore qu'elle ſoit complette pour les années qui ont précédé, elle ne ſe trouve pourtant qu'en ſon commencement pour la derniere, nonobſtant qu'il y ait plus de quarante ans de l'obligation, ou fondation.

Or comme cette derniere opinion ſemble plus conforme au ſens de Juſtinien, auſſi Martin qui en eſt le Coriphée, a été plûtôt ſuivi que Bulgare, qui a tenu le parti contraire. Et quoiqu'Azor, & Salicet après lui, ayent voulu diſtinguer entre les contrats & les legs, leur diſtinction a été rejettée, tant par les anciens, que par les modernes, comme contraire aux termes de la loi; laquelle, comme remarque fort bien le docte Cujas ſur icelle, & encore ſur la loi *à vobis, ff. de annuis legatis*, ne fait point de différence entre l'obligation qui vient d'un legs, & celle qui naît d'une ſtipulation. De ſorte que chaque année, ou chaque terme produiſant ſon action, autant de penſions, autant d'actions faut-il établir, à cauſe qu'un même legs en contient pluſieurs, & qu'une même obligation en enveloppe diverſes, mais pour divers tems. C'eſt pourquoi comme elles ne naiſſent pas toutes à la fois, auſſi chacune a le tems de la preſcription; & par conſéquent lorſque l'action de la premiere année ſe trouve preſcrite par l'eſpace de plus

BIU Cujas

de trente ans, l'action des autres ne l'eſt pas encore, & celle de la vingt-neuvieme, ou trentieme année en eſt bien éloignée, par ce qu'elle ne fait que naître: ce qui rend par ce moyen l'action principale en quelque façon perpétuelle & hors les limites de la preſcription.

C'eſt ainſi que le réſout *Autor capellæ Toloſanæ, in deciſione* 343, ſur laquelle *Aufrerius* ſemble encore rechercher une nouvelle diſtinction, & faire différence ſi l'obligation eſt *orta de præſenti*, quoique la demande ſoit différée, ou ſi au contraire l'obligation *non eſt orta de præſenti, ſed oritur quolibet anno, ut in legato annuo.* Mais plus nettement la même queſtion ſe trouve réſolue en la déciſion 405, de Guy-Pape; car après l'avoir agitée, & rapporté les opinions diverſes, il conclud, *quod annuæ præſtationi non currit præſcriptione indiſtinctè, niſi à principio cujuſlibet anni*: Ce qu'il dit eſt vrai, ſi ce n'eſt qu'on eût ceſſé de payer plus de cent ans; auquel cas il ſemble concéder que tout droit eſt éteint par argument de la loi, *an fructu ff. de uſufr.* & de la loi, *ſi uſufr. ff. de uſufr. legato.* Tant y a que cet auteur aſſûre qu'il l'a vû toûjours juger de la ſorte; à quoi ſouſcrivent tous ces commentateurs, & c'eſt pourquoi monſieur Maynard, au ch. 34, liv 6 de ſes queſtions notables, a eu raiſon de ſoupçonner l'exemplaire du recueil d'arrêt de monſieur Papon d'avoir été corrompu, quand au titre des preſcriptions, arrêt 5, il eſt dit avoir été jugé au contraire au parlement de Grenoble, contre les freres mineurs. Car comme c'eſt de Guy-Pape qu'il l'a emprunté, auſſi faut-il avouer, ou qu'il y a de l'erreur, & que cela a été gliſſé contre l'intention dudit ſieur Papon, ou qu'il s'eſt trompé: car au contraire, le même Guy-Pape, en la déciſion déja cottée, aſſûre que la queſtion ne fut pas jugée, & que le procès fut vuidé en audience ſur d'autres fondemens.

Mais outre les déciſions cottées, & celles du Préſident Boyer en ſa queſtion 336, ledit ſieur Maynard dit que le parlement de Toulouſe le juge de la ſorte; comme fait pareillement celui de Bordeaux, ainſi que l'atteſte Automne au lieu déja cotté. C'eſt par la raiſon préalléguée, qu'aux preſtations annuelles, un légat en contient pluſieurs, une fondation en implique diverſes, contre leſquelles il faut auſſi pluſieurs preſcriptions, *cùm per unumquemque annum talis naſcatur actio*, dit la loi. Et partant il faut conclure avec Godefoy ſur icelle, que des choſes *quarum actio ſingulis annis naſcitur, earum perpetua petitio eſt, nulla præſcriptio*, nonobſtant la novelle 131, & l'antentique *quas actiones*, qui en a été tirée: car elle ne parle que *de temporalibus præſcriptionibus*, & réduit ſimplement les preſcriptions de dix, vingt, ou trente ans à quarante, ſans toucher aux actions que leur nature peut rendre en quelque façon perpétuelle; & quand il faudroit demeurer aux termes de la réduction, cela ne feroit pas brêche à la réſolution que nous venons de prendre après tant de graves auteurs. Car ſi la preſcription de quelques années ne ſert pas pour les autres, & ſi elle ne commence à courir que pour chacune année, à meſure qu'elle eſt échue, on ſe trouvera toujours dans les 40 ans pour la derniere, s'il eſt vrai qu'à chaque fois que l'égliſe exécute la fondation, & fait le ſervice, il en naît une action nouvelle, notamment lorſque c'eſt contre l'héritier, ou ſucceſſeur de celui qui a fondé le ſervice.

N'ayant point d'arrêt à donner ſur ce ſujet, nous nous contenterons pour le préſent de dire, que la même queſtion s'étant préſentée en notre ſiége, entre les curé & prêtres de ſaint André de Montbriſſon, & le ſieur Thénot avocat, elle auroit été jugée en faveur de l'égliſe, & contre la preſcription oppoſée de plus de cinquante ans, par ſentence préſidiale. 4

Depuis ce traité, ayant vû le recueil des œuvres de monſieur d'Olive du Meſnil, conſeiller au parlement de Toulouſe, nous avons trouvé qu'entre les queſtions notables que ce grand homme a données au public avec autant de doctrine que d'éloquence, il a traité au ch. 6, du liv. 1, les deux mêmes queſtions que nous venons d'examiner; & que la réſolution qu'il en donne, & qu'il confirme par les arrêts qu'il rapporte, eſt conforme à celle que nous venons de donner; ſçavoir, que la nature des fondations, & la faveur des rentes obituaires n'étend pas ſeulement le payement des arrérages à vingt-neuf années, mais qu'elle rend encore l'action principale comme immortelle & perpétuelle. 5

C'eſt pourquoi nous renvoyons ceux qui ne ſeront pas plainement ſatisfaits de notre labeur, à ce qu'une meilleure & plus délicate plume en a écrit, & qui peut-être nous eût relevé de peine de traiter le même ſujet, ſi nous euſſions auparavant vû ce que led. ſieur d'Olive en avoit écrit.

Nous avons pareillement vû au recueil des queſtions notables de monſieur le Prêtre, chap. 39 de la premiere centurie, qu'il établit la même maxime, & tient qu'encore que ce ne ſoit qu'une obligation, il y a pourtant autant d'actions que de penſions. Il cite le § dernier de la loi *eos notiſſimi*, & monſieur Cujas ſur icelle; & ſur la loi *erit C. de uſuris*, où il dit, *ſingulas actiones habere ſua tempora, & non computari tempora ab initio contractæ obligationis uſurarum, ſed à fine anni cujuſque quo uſuræ peti potuerunt.* 6

OBSERVATIONS.

Si les rentes pour fondation du ſervice divin ſont impreſcriptibles.

7 L'Auteur dans cette queſtion, décide que les rentes dûes à l'égliſe pour cauſe de fondations, & toutes les preſtations annuelles, ne ſont point ſujettes à la preſcription. Il établit cette maxime fort ſolidement: à la fin il cite avec éloge M. d'Olive, liv. 1, ch. 6, qui établit la même maxime. Dans la nouvelle adition il cite un arrêt du 4 avril 1642, rendu après un partage, par lequel il a été jugé que ces ſortes de rentes ſont impreſcriptibles, quoique dans le contrat il y ait la clauſe, que la rente ſera rachetable.

M. Duperier, dans ſes queſtions notables du droit, livre 4, queſtion 27, traite la même queſtion avec beaucop d'eſprit, il ne céde gueres aux deux autres; le jugement que l'on peut porter ſur ces trois auteurs, eſt que notre auteur traite les queſtions avec beaucoup de ſolidité, Monſieur d'Olive avec beaucoup d'élégance, Monſieur Duperier avec beaucoup de ſubtilité. Ainſi quand ces trois grands hommes ont traité une queſtion

BIU Cujas

de droit, & qu'ils ſont de même avis, il faut être bien hardi pour oſer prendre un parti contraire.

M. Catelan eſt de même avis dans le ch. 7, du livre premier, où il rapporte pluſieurs 8
arrêts qui l'ont ainſi jugé ; c'eſt un magiſtrat conſommé qui a joint à une longue expérience une grande application & beaucoup de ſageſſe & de modeſtie.

*. La note ſur les déciſions de Lapeyrere, lett. R, n. 102, dit que la rente obituaire, aſſignée ſur un certain fonds eſt impreſcriptible, même ſur la tête d'un tiers-acquéreur, *ſic judicatum*, par arrêt du 25 février 1695.

Il n'en eſt pas de même des rentes dûes aux particuliers, ſoit qu'elles conſiſtent en 9
argent, en grains, vins ou autres eſpèces : elles ſe preſcrivent toutes par l'eſpace de 30 ou 40 années, ſuivant la doctrine de M. Expilly, dans ſes arrêts, ch. 211.

Il faut diſtinguer entre les rentes qui dépendent d'un principal & celles qui n'en ont 10
point, comme les penſions viageres. Les arrérages des premiers ſe preſcrivent par le même eſpace que le principal, comme Juſtinien dans la loi 26, *de uſur.* le décide à l'égard des intérêts : *principali enim actione non ſubſiſtente, ſatis ſupervacuum eſt ſuper uſuris vel fructibus adhuc Judicem cognoſcere.* Pour ce qui eſt des penſions viageres, & autres ſemblables redevances qui ſe payent annuellement, Juſtinien dans la loi *cùm notiſſimi*, § dernier, décide que la preſcription ne commence qu'à la fin de chaque année, c'eſt-à-dire qu'il faut 30 ans pour chacun des payemens. Ainſi quand on a attrapé 30 ans, ſans rien payer, l'on n'a preſcrit que contre le premier payement, enſorte que l'on peut encore demander 29 années d'arrérages.

Quoique la diſtinction de ces deux loix ſoit claire & certaine, les auteurs ſe ſont par- 11
tagés en trois factions.

La premiere, eſt celle des ſectateurs de Bulgare, qui a tenu que la preſcription de 30 ans couvroit toutes les autres années ſans aucune diſtinction. La ſeconde, eſt celle de Martin, qui a ſoutenu que pour chaque payement il falloit une nouvelle preſcription, parce que chaque année il naiſſoit une nouvelle action. * La troiſiéme, eſt celle de Joannes, d'Accurſe & d'Azon, qui veulent diſtinguer entre les preſtations annuelles dûes par contrat ou par teſtament. M. Cujas ſur la loi *cùm notiſſimi*, & ſur la loi *plures 19, cod. de fid. juſt.* réfute fortement cette diſtinction.

M. Papon, dans ſes arrêts, liv. 12, tit. 3, des preſcriptions, n. 4, dit qu'au parle- 12
ment de Grenoble l'on ſuit l'opinion de Bulgare & celle de Martin, au parlement de Paris. Encore aujourd'hui au parlement de Grenoble l'on ſuit l'opinion de Bulgare, ſelon le témoignage de M. Expilly, ch. 211, de M. Salvain, des fiefs, ch. 78, & de M. Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy-Pape, pag. 243 & 329.

* M. Boyer, dans ſes déciſions, queſt. 336, dit que par la coutume générale de France on ſuit l'opinion de Bulgare.

Je ne m'étendrai pas davantage ſur cette queſtion, elle eſt traitée divinement par M. Duperier, dans ſes queſtions de droit, liv. 4, queſt. 27.

Stokmans, déciſ. 81, aſſure que dans tous les tribunaux de Flandre & du Brabant, 13
l'on ſuit l'opinion de Bulgare, ſans diſtinction entre les arrérages des rentes, & les intérêts des obligations ; mais il y apporte une exception pour les penſions annuelles qui ne dépendent point d'un principal.

DES RENTES CONSTITUÉES.

QUESTION SOIXANTE-TREIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les rentes conſtituées ne ſont pas fréquentes dans le pays de Forêts.*
2. *Pour la validité d'une rente conſtituée, il faut que le contrat porte une numération réelle des deniers, & en quelles eſpéces.*
3. *L'on peut convertir une obligation en un contrat de conſtitution.*
4. *Il y a un cas où les arrérages peuvent entrer dans un contrat de conſtitution, quand c'eſt au profit de la caution qui les a payés.*
5. *Pour empêcher la preſcription des cinq années, il ſuffit d'un ſimple commandement.*

BIU Cujas

QUESTION LXXIII.

Des rentes conſtituées, & de leur uſage & preſcription.

1 NOus avons remarqué qu'en ce pays on péche auſſi-bien en la création des rentes conſtituées, qu'au payement d'icelles : c'eſt parce qu'elles n'y ſont pas autrement fréquentes, & que l'uſage en eſt preſque ignoré par nos notaires. Quant à la création, on n'obſerve pas toujours que le payement du ſort principal ſoit actuel, & que le contrat le porte. Quant au payement des arrérages, on croit que l'ordonnance ne permettant pas de les demander que des cinq dernieres, il faut une demande & condamnation pour les demander de plus long-tems. On ſe trompe en l'un & en l'autre, & c'eſt une double erreur que nous voulons corriger.

Il faut donc ſuppoſer pour choſe certaine, que comme les rentes conſtituées ont été inventées pour couvrir l'uſure, & pour la facilité du commerce, c'eſt auſſi un contrat plus chatouilleux. Qu'en effet, il eſt néceſſaire abſolument, & par un droit ſingulier, que le contrat de conſtitution porte une nu-
2 mération réelle & actuelle du prix. C'eſt bien une eſpéce de vente, ſuivant l'extravagante *Regimini*, mais elle ne ſe régle pas comme les autres, auſquelles il ſuffit qu'on confeſſe d'avoir reçu le prix, ou qu'on donne terme pour le payement. Mais pour la rente conſtituée, il faut, comme dit eſt, que le prix ſoit payé comptant, & que le contrat le porte, & en quelles eſpeces le payement en a été fait ; ainſi que maître Antoine Mornac l'a remarqué ſur la loi 26 *C. de uſuris*. C'eſt afin qu'il n'y ait point de retranchement, ni de fraude, que la rente ne ſoit pas créée à un taux illicite, & que le créancier ne puiſſe rien prendre ou retenir du ſort principal par forme de reconnoiſſance & de préſent. C'eſt auſſi afin que les arrérages d'une rente précédente étant dûs de pluſieurs années, on ne ſe ſerve pas d'iceux pour en faire une nouvelle, & tomber dans l'anatociſme. Le même auteur cotte donc deux arrêts, par leſquels un contrat de rente fut déclaré uſuraire & de nul effet, au défaut d'avoir fait inférer au contrat un payement réel & actuel, & en quelles eſpeces il avoit été fait. C'eſt ſuivant le § *ſi quis autem*, de la loi 26 *C. de uſuris*.

Ainſi la confeſſion qui pourroit ſuffire pour une dette d'autre nature, n'eſt pas ſuffiſante pour une conſtitution de rente. A quoi ne peut faire aucun préjudice l'arrêt que le même Mornac cite ſur la loi 6. *C. ſi certum petatur* : car ſi la cour a approuvé une rente conſtituée en acquittement & 3
cancellation d'une obligation précédente, il ne s'enſuit pas que cet arrêt ſoit contraire. Si la cour le jugea de la ſorte, c'eſt parce que le créancier pouvoit contraindre le débiteur de payer, & lui délivrer après pour le prix de la rente, l'argent qu'il auroit reçu. En effet, cela équipole, & ce qui ſe feroit *brevi manu*, eſt cenſé fait. C'eſt parce que *celeritate conjungendorum actuum unus occultatur, & alter proditur*. Et que ſerviroit-il de toucher l'argent pour le rendre ? On peut voir ſur ce ſujet Carondas en ſes réponſes, liv. 10 ch. 21 & Bouvot *in verbo, rentes* ch. 9.

C'eſt ce qui eſt plus particuliérement traité par monſieur Louet en la lettre R, art. 55 & encore plus amplement par ſon commentateur, qui remarque quelques cas auſquels les arrérages peuvent 4
entrer dans une conſtitution de rente, comme quand c'eſt un fidéjuſſeur qui a payé, parce qu'à ſon égard ils lui tiennent lieu de principal. Le lecteur y pourra recourir pour en tirer une inſtruction plus ample.

Quant au ſecond point, il eſt certain parmi nous que pour faire courir l'intérêt, il ne ſuffit pas de faire un ſimple commandement, ni même de faire aſſigner le débiteur pour s'y voir condamner : ſi l'on ne paſſe plus avant, & qu'on ne le faſſe condamner, ou que du moins l'on n'empêche que l'inſtance ne périſſe. Mais pour les rentes conſtituées, il n'en va pas de la ſorte ; & comme le ſeul commandement ſuffit pour conſtituer le débiteur en faute, auſſi le faut-il condamner à plus d'arrérages, que de cinq ans. Il eſt vrai que l'ordonnance de Louis XII pour étendre la condamnation, deſire une demande en juſ- 5
tice ; mais pourtant les arrêts ont jugé qu'un ſimple commandemnt ſuffit, ainſi que Theveneau l'a remarqué ſur l'ordonnance : & c'eſt une différence qu'il faut faire entre les rentes conſtituées, & les obligations pour prêt. C'eſt parce que pour les rentes l'intérêt en eſt dû *ipſo jure*, & par la nature du contrat : au lieu que pour les obligations, l'intérêt n'en eſt dû que par la faute & demeure du débiteur : & c'eſt pourquoi il faut une interpellation & demande en juſtice, & ſans cela il ne peut être ni payé, ni adjugé.

DES RENTES CONSTITUÉES.

QUESTION SOIXANTE-QUATORZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *En France l'on ne peut jamais ſe diſpenſer d'affirmer.*
2. *Exception à l'égard des rentes conſtituées, & des arrérages du cens.*
3. *Quand le débiteur reconnoîtroit devoir plus de cinq années d'arrérages, l'on ne pourroit le condamner à en payer davantage.*
4. *La preuve par témoins, que le débiteur a promis de payer plus de cinq ans d'arrérages, n'eſt pas recevable, mais en ce cas il eſt obligé d'affirmer.*
5. *Un ſimple commandement ſuffit pour empêcher la preſcription, & il n'eſt*

BIU Cujas

point ſujet à péremption, ni l'aſſignation donnée pour raiſon de ce.

6. *Dans les parlemens de droit écrit, l'ordonnance qui a introduit la preſcription de cinq ans, eſt ſuivie.*

7. *A Lyon, les rentes conſtituées ſont immeubles.*

8. *A Lyon, les rentes conſtituées ſont fort en uſage.*

9. *A Lyon, l'on appelle les rentes conſtituées, penſions.*

10. *L'on ſe ſert de ce terme dans tous les pays au-delà de la riviere de Loire.*

11. *Au parlement de Bordeaux les rentes ſont immeubles.*

12. *Au parlement de Grenoble elles ſont meubles.*

13. *Edit du mois d'août 1569, qui permet aux marchands fréquentans les foires de Lyon, de diſpoſer de leurs biens meubles & rentes conſtituées.*

14. *Arrêt d'enregiſtrement, du 4 février 1572, qui déclare les rentes immeubles, pour ce regard.*

QUESTION LXXIV.

De la preſcription des arrérages, & ſi nonobſtant icelle, le ſerment peut être demandé.

1 MAître Antoine Mornac *ad l. manifeſtæ, ff. de jure jurando, & ad l. in contractib. C. non numer. pecun.* dit qu'en France le ſerment n'eſt jamais dénié, & qu'on ne peut s'imaginer aucun cas auquel on puiſſe s'exempter du ſerment, & qu'on ne doive ou le réfeter, ou jurer. Nous ne doutons pas que cela ne ſoit juſte & véritable, quoique *Franciſcus Duarenus ad Titulum de jure jurando, cap. 6*, en excepte quelques cas, & que *Joann. à Sande lib. 1, tit. deciſ. Friſiæ*, atteſte un uſage contraire de ce ſénat. Mais comme il n'eſt point de régle ſi générale qui ne reçoive quelque exception, nous voulons remarquer un cas auquel nous ne croyons pas que le ſerment ſoit néceſſaire, & qu'on y puiſſe aſtraindre une partie.

Il eſt vrai que communément le ſerment ne peut être dénié, & que c'eſt une marque de mauvaiſe foi, & de turpitude, de le refuſer, ou ne le pas réferer. En effet, l'ordonnance des ſix mois contre les marchands qui vendent en détail, ne decharge pas du ſerment, & il faut qu'on ſe purge par ſerment ſur la délivrance, & ſur le payement de la marchandiſe. Les arrêts l'ont ainſi jugé, & c'eſt l'uſage, ainſi que Tronçon l'a remarqué ſur l'article 126 de la coutume de Paris: mais nous ne croyons pas qu'il faille dire le même pour les arrérages des rentes conſtituées ou du cens. Le créancier ayant laiſſé paſſer plus de cinq années, il ne peut pas demander le ſerment du débiteur, s'il a payé les années précédentes aux cinq dernieres. De même la coutume d'Auvergne n'obligeant à payer le cens que des trois dernieres années, comme elle décharge le tenancier des années précédentes, il n'eſt pas obligé d'affirmer s'il a payé. Il ſuffit de dire qu'il en eſt déchargé par la coutume, & que le créancier ſe doit imputer à faute, de ne s'être fait payer.

Nous n'ignorons pas l'art. 265 de la coutume d'Orléans, qui après avoir établi la preſcription par un an des ventes des marchandiſes, menues denrées, ſalaires & autres choſes ſemblables, ajoute que ſi celui qui ſe prétend créancier, veut du payement croire ſa partie par ſerment, elle ſera tenue prêter le ſerment; & où elle ne voudroit jurer avoir paié, qu'en ce cas elle ſera tenue payer nonobſtant la preſcription en affirmant par le demandeur. Nous n'ignorons pas non plus ce que le ſieur Brodeau remarque à ce ſujet ſur M. Loüet, en la lettre S, art. 4. & nous reconnoiſſons avec lui que nonobſtant l'opinion de quelques praticiens, & même de Tullus, ſur la coutume de Chartres art. 80, de Pithou, ſur celle de Troyes, art. 200 & de Gouſſet, ſur celle de Chaumont, art. 130 l'uſage oblige le débiteur à prêter le ſerment s'il a payé.

Mais nous ne croyons pas qu'on puiſſe appliquer 2
cela aux preſcriptions établies pour les rentes & pour les cens, & nous y voyons quelque différence. Aux ordonnances & coutumes qui reglent le cours des ſalaires & des marchandiſes, *nulla tollitur obligatio, ſed via agendi ſolum præcluditur*. Le débiteur ne laiſſe pas d'être obligé, du moins naturellement, & le tems qui l'excuſe *in foro fori*, ne le décharge pas, in *foro conſcientiæ*. L'ordonnance ou la coutume le releve bien de la preuve du payement, & elle veut que le laps du tems ſuffiſe: mais cela n'empêche pas qu'il ne ſoit tenu en conſcience de payer ce qu'il doit bien & qu'il ne ſe faſſe tort plûtôt qu'au marchand, ou qu'au ſerviteur, s'il lui retient ce qu'il lui doit bien. Il n'en eſt pas ainſi de la preſcription des cens ou des rentes; car outre que le principal eſt toujours plus favorable que les arrérages, nous ne croyons pas qu'un tenancier à qui l'on ne demande point ou le cens ou la rente qu'il doit, ſoit tenu de payer plus d'arrérages que l'ordonnance ou la coutume ne permettent, ni qu'il bleſſe en cela ſa conſcience. Nous ſuppoſons que comme on ne lui a rien demandé, il n'a rien auſſi promis, & qu'il ſe prévaut ſimplement de la négligence du ſeigneur ou du créancier. C'eſt pourquoi nous eſtimons que quand il avoueroit n'avoir rien payé, il ne laiſſeroit pas pour cela de ſe ſervir de la décharge introduite par un droit public, & pour le repos des familles. C'eſt que la même ordonnance qui autoriſe l'uſage des rentes, en a réglé le cours, & que c'eſt payer ce qu'on doit, quand on paye les arrérages deſquels ſeuls elle autoriſe l'action, l'excluant de tous les autres, il n'eſt pas néceſſaire de s'enquérir s'ils ont été payés ou non; & c'eſt en vain que le ſerment eſt demandé où l'aveu ne peut ſervir. Enfin l'ordonnance des ſix mois, faite contre les marchands, n'établit la fin de non-recevoir, que ſur une préſomption de payement, qui n'exclut pas du 3
ſerment. Au lieu que l'ordonnace qui réduit les arrérages des rentes aux cinq dernieres années, & les coutumes ſemblables ne ſe fondent pas tant ſur la préſomption de paiement que ſur la faveur des débiteurs. Elles entendent plûtôt empêcher qu'il ne ſoit accablé de trop d'arrérages, qu'elles ne préſument qu'il ait payé. C'eſt donc une fin de non-recevoir que le bien public & le ſoulagemant des débiteurs ont introduite, & contre laquelle il n'y a plus rien à dire.

BIU Cujas

Le créancier ne peut demander des arrérages pour leſquels il n'a point d'action ; & il eſt même cenſé les avoir quitté pour n'en avoir fait la demande. Son ſilence tient lieu de quittance & de remiſſion, outre que la loi fait pour lui. On peut remarquer à ce ſujet ce que le docte Aymon a dit ſur l'art. ſept du tit. des preſcriptions de la coutume d'Auvergne : Sçavoir, que la coutume, lorſqu'elle ne veut pas qu'on puiſſe demander les arrérages des cens & rentes, que des trois dernieres années, n'a pas voulu blâmer la demeure du débiteur, mais la ſeule négligence du créancier ; & que c'eſt en haine d'icelle qu'elle le forclos de pouvoir agir. Enſuite de quoi il ajoute, que ſuivant la doctrine de Paul de Caſtre & de Jaſon, la coutume peut faire que le débiteur preſcrive ſans mauvaiſe foi. Ce qui a lieu ſans difficulté, quand il s'agit de droits & d'arrérages, qui ne ſont dûs qu'en tant qu'ils ſont demandés : Car en ce cas la demeure du débiteur n'eſt point blâmable, mais la ſeule négligence du créancier qui ne demande point. Tel eſt notre ſentiment, que nous ſoumettons pourtant au jugement des plus ſages : mais nous Pouvons bien aſſurer qu'il a été jugé de la ſorte au préſidial de Riom coutre des fermiers de la ville de Thiers.

4 Depuis il s'eſt préſenté ſur ce point un nouveau doute, ſavoir, ſi le fermier propoſant qu'ayant baillé au tenancier des héritages, & étant dus des cens ſur iceux, il lui a promis diverſes fois de payer, le fait de cette promeſſe eſt favorable, & oblige dumoins au ſerment. Nous ne croyons pas que la preuve par témoins en puiſſe être reçue, parce que ce ſeroit éluder l'ordonnance : mais nous ne croyons pas auſſi que le tenancier puiſſe refuſer le ſerment. Il y a bien de la différence d'un cas à l'autre; au premier, la négligence du Fermier rend le ſerment inutile; au ſecond, la mauvaiſe foi & perfidie du tenancier ne permet pas qu'il s'en diſpenſe, & qu'il en tire avantage. En l'un il n'y a plus d'action, la coutume la faiſant ceſſer : en l'autre la promeſſe en produit une nouvelle, qui du moins ſert de fondement pour déférer le ſerment. La preſcription étant établie, il eſt indifférent que le tenancier ait payé ou non ; & c'eſt aſſez que la coutume le libere : mais il n'eſt pas indifférent de ſçavoir s'il a promis de payer, & s'il en a donné ſa parole. Ait payé ou nom, le ſeigneur eſt exclu par la coutume; mais il n'eſt pas exclu ſi le tenancier lui a promis de le payer, & l'a empêché d'agir au moyen de cette promeſſe.

OBSERVATIONS.

Des rentes conſtituées à prix d'argent.

DANS ces deux queſtions, l'auteur établit deux maximes qui ſont indubitables.

Si un ſimple commandement eſt ſuffiſant pour faire ceſſer la fin de non-recevoir.

5 La premiere, que pour perpétuer le cours des arrérages des rentes conſtituées, il n'eſt pas néceſſaire d'une demande en juſtice, il ſuffit d'un ſimple commandement. Cela eſt conforme à la juriſprudence des arrêts cités par M. Brodeau, ſur l'article 94 de la coutume de Paris.

Mais à préſent c'eſt une queſtion de ſavoir ſi un commandement de cette qualité eſt ſujet à péremption, faute de pourſuite pendant trois ans ; parce que par l'arrêt de réglement du 28 mars 1692, les inſtances intentées, quoiqu'elles ne ſoient ſuivies de conſtitution de procureur, ſont déclarées péries, s'il n'y a eu aucunes pourſuites faites.

Cependant je crois que les commandemens pour le payement des arrérages des rentes ne ſont point ſujets à péremption ; parce qu'ils ne ſont introduits que pour avertir le débiteur, afin qu'il ne ſe laiſſe pas accabler par l'accumulation du trop grand nombre d'années d'arrérages. Mais la difficulté eſt plus grande, lorſque le créancier, non content de faire un ſimple commandement, a fait donner aſſignation au débiteur pour être condamné au payement des arrérages, & qu'il ne fait aucunes pourſuites ſur cette aſſignation : cependant j'eſtime qu'en ce cas les arrérages ſont dûs par la même raiſon ; néamoins le plus ſûr eſt de faire des pourſuites, & même d'obtenir un jugement.

Si la preſcription des cinq ans a lieu à l'égard des arrérages des rentes conſtituées, ſans que le débiteur ſoit obligé d'affirmer.

6 La ſeconde maxime établie par l'auteur, eſt que la preſcription des cinq années d'arrérages des rentes conſtituées eſt ſi favorable, que le débiteur n'eſt point obligé d'affirmer s'il a payé. La raiſon qu'il en donne, eſt qu'au moyen de l'ordonnance, il n'en eſt pas dû davantage, & quand le débiteur déclareroit qu'il n'a payé aucuns arrérages, il ne pourroit pas être condamné au payement de plus de cinq années d'arrérages, parce que la décharge du ſurplus eſt introduite par le droit public pour le repos des familles.

L'ordonnance de Louis XII, qui a introduit la preſcription de cinq ans pour les arrérages des rentes conſtituées, eſt ſuivie au parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de M. de la Rocheflavain, dans ſon traité des droits ſeigneuriaux, chap. 6, art. 10, de M. Catelan, tom. 1, liv. 1, chap. 7, & de Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 201, col. 2, verſ. 5, elle eſt ſuivie dans les autres parlemens.

Si

BIU Cujas

Si dans les pays de droit écrit, les rentes conſtituées ſont immeubles.

Je ne m'étendrai pas ici ſur l'origine & la nature des rentes à prix d'argent; cette matiere eſt traitée par pluſieurs auteurs, entr'autres par du Moulin, dans ſon traité *de uſur. & redit. pecun. conſtit.* & par Papon, dans ſes arrêts, liv. 12, tit. 7; mais je crois que le lecteur attend de moi que je diſe ſi elles ſont meubles ou immeubles dans les pays de droit écrit. Elles ſont certainement immeubles, mais il ne ſuffit pas de le dire, il faut le prouver.

Le roi Charles IX, par un édit du mois d'août 1569, en confirmant les priviléges des foires de la ville, avoit déclaré tous les marchands étrangers fréquentans leſdites foires exempts du droit d'aubeine, & à eux permis de diſpoſer de leurs biens meubles, & de leurs rentes conſtituées en quelque lieu du royaume qu'elles fuſſent ſituées. 7

Le parlement, par l'arrêt d'enregiſtrement du 4 février 1572, y apporta cette modification, *ſans y comprendre les immeubles & les rentes conſtituées, leſquelles pour ce regard la cour déclare immeubles.*

Quoique cette clauſe de l'arrêt de vérification ne déclare les rentes immeubles, que pour ce qui concerne la liberté d'en diſpoſer par les étrangers; néanmoins l'on a tiré une conſéquence générale, pour dire que les rentes conſtituées ſont immeubles à Lyon, ſuivant le témoignage de Baquet, dans ſon traité du droit d'aubeine, 1 part. ch. 14, nomb. 5, 6 & 7, de Brodeau, ſur l'art. 94 de la coutume de Paris, nomb. 12 ſur la fin, & de Ricard, ſur le même article, auſſi ſur la fin.

La queſtion s'étant préſentée toute nue entre un légataire des meubles & un légataire des immeubles, le ſénéchal de Lyon déclara les rentes dues au défunt, faire partie du legs des immeubles. La ſentence fut confirmée par arrêt rendu au rôle de Lyon, le 16 juillet 1668, contre les concluſions de M. Bignon avocat général, qui dit que la ville de Lyon étant une ville de grand commerce, il étoit plus utile que les rentes fuſſent meubles. Cet arrêt eſt rapporté dans le troiſiéme tome du journal des audiences, liv. 2, ch. 20.

Je crois devoir encore obſerver deux choſes.

La premiere, que les contrats de conſtitution de rente à prix d'argent, ne ſont guères fréquentes à Lyon, par la facilité que chacun a de faire valoir ſon argent, en le prêtant aux marchands, moyennant un certain bénéfice, ce qui ſera expliqué ci-après, queſtion 108. 8

La ſeconde, que le mot de *rente conſtituée* n'eſt guères en uſage à Lyon, ni dans toute la province; l'on ſe ſert du mot de *penſion.* Je juge à propos de faire cette obſervation, parce que le mot de *penſion* a dans les pays de coutume une autre ſignification: l'on peut s'y tromper, & je ne ſçai ſi pour l'honneur du barreau je dois dire qu'il y a des avocats qui s'y trompent. Il y a environ quatre ans que je plaidai une cauſe au rôle de Lyon pour la demoiſelle Vaginey, où il s'agiſſoit entr'autres choſes d'un legs fait par ſon ayeul à ſon pere d'une penſion de 300 livres à elle dûe par un particulier. L'avocat qui plaidoit contre moi ſoutenoit que ce n'étoit qu'une penſion viagere, cependant ce legs faiſoit partie de la légitime du fils, qui ne peut pas être laiſſée en uſufruit; d'ailleurs le contrat de conſtitution portoit que la penſion avoit été conſtituée, moyennant la ſomme de 3000 livres, & qu'elle pourroit être rachetée moyennant pareille ſomme. 9

Il y avoit encore pluſieurs choſes qui faiſoient ſenſiblement connoître que c'étoit une rente conſtituée, mais le terme de *penſion* l'avoit frappé de telle ſorte, qu'il ne pouvoit revenir d'une équivoque auſſi groſſiere; c'eſt ce qui m'oblige de faire cette obſervation qui paroîtra peut-être puérile dans les pays de droit écrit.

Ce n'eſt pas ſeulement dans la province du Lyonnois où l'on ſe ſert du mot de *penſion*, au lieu de *rente:* l'on s'en ſert auſſi dans le Dauphiné, ſuivant le témoignage de Chorier dans ſa juriſprudence de Guy-Pape, pag. 244, où il dit que les mots de *penſion* & *rentes* ſont ſynonimes. Je crois que l'on ſe ſert du mot de *penſion* dans toutes les provinces qui ſont au-delà de la riviere de Loire. Je crois auſſi que les rentes ſont immeubles dans tous les pays de droit écrit. 10

M. Lapeyrere dans ſes déciſions notables du parlement de Bordeaux, lett. R, n. 87, dit que les rentes conſtituées à prix d'argent ſont immeubles, ſoit qu'elles ſoient conſtituées ſur certains fonds, ou ſur tous les biens. 11

M. Chorier, dans ſa juriſprudence ſur Guy-Pape, pag. 244, dans les notes, dit que l'uſage des rentes conſtituées commencent à s'établir plus univerſellement en Dauphiné depuis quelques années. Il ajoute qu'elles participent de la nature des immeubles, & que l'hypothéque des créanciers les ſuit, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 8 mars 1682, contre les religieux Minimes de Vienne. 12

Cependant les traitans des amortiſſemens, en conſéquence de l'édit qui déclare les

BIU Cujas

rentes conſtituées ſujettes au droit d'amortiſſement, dans les pays où elles ſont immeubles, ayant voulu inquiéter les eccléſiaſtiques & les communautés du Dauphiné qui poſſédent des rentes conſtituées; cela a donné lieu à une conteſtation qui a été portée au conſeil royal des finances: ſur quoi meſſieurs du conſeil s'étant trouvé embarraſſés, le roi qui y étoit préſent nomma des commiſſaires pour examiner la queſtion; leſquels trouvant la queſtion difficile, & d'une grande conſéquence, ont été d'avis de la renvoyer au parlement de Grenoble pour la décider ſuivant ſa prudence. J'oubliois d'obſerver que meſſieurs du parquet du parlement de Grenoble avoient donné un acte de notoriété, qui fut produit au conſeil, par lequel ils certifioient, que ſuivant l'uſage obſervé de tout tems en Dauphiné, les rentes conſtituées ont toujours été conſidérées comme meubles. Cela m'oblige à reconnoître la témérité de mon entrepriſe, de vouloir parler de l'uſage de tous les parlemens de droit écrit, ſur la foi des auteurs, dont le témoignage n'eſt pas toujours bien certain: je me borne donc à la province de Lyon, où les rentes ſont certainement immeubles; & pour le prouver inconteſtablement je crois devoir rapporter ici l'édit du roi Charles IX, avec l'arrêt d'enregiſtrement qui déclare les rentes immeubles.

Extrait des regiſtres du conſeil.

13 CHARLES, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: A tous préſens & à venir, ſalut. Nos chers & bien aimés les marchands étrangers, réſidans, fréquentans & trafiquans ès foires de Lyon, nous ont fait remontrer que les feus rois nos prédéceſſeurs, entre les priviléges qu'ils leur ont donnés, tant par les lettres de création, & établiſſement deſdites foires en ladite ville, que par pluſieurs autres lettres-patentes, même le feu roi Henry, notre très-honoré ſeigneur & pere, afin de leur donner moyen & occaſion d'y venir habiter & faire réſidence, pour bonifier ladite ville, leur auroient concédé, accordé & permis de teſter & diſpoſer de leurs biens qu'ils auroient en ce royaume ou dehors, en tems de foires ou autrement. Et que où ils décéderoient *ab inteſtat*, ceux qui ſeroient appellés à leurs ſucceſſions par loix & coutumes de leurs pays, jouiroient entiérement de leurs biens, encore qu'ils fuſſent demeurans hors notre royaume, & non regnicoles, ſans que leurſdits biens fuſſent ſujets à aucun droit d'aubaine; ce qui auroit donné plus grande volonté auſdits marchands de faire continuelle réſidence en ladite ville, & y attirer le commerce des autres pays: deſorte que noſdits prédéceſſeurs ſe trouvant en urgentes affaires de deniers, en auroient été ſecourus & aidés par le moyen deſdits marchands, ayant demeure & habitation en ladite ville. Et combien que ſuivant leſdites lettres de nos prédéceſſeurs, même celles de notredit feu pere, les héritiers deſdits marchands, encore qu'ils ne ſoient regnicoles, puiſſent & leur ſoit loiſible de ſuccéder, prendre & appréhender les biens & ſucceſſions d'iceux marchands, décédans en notredite ville ou ailleurs, ſans qu'iceux biens puiſſent être prétendus ni jugés, par nos officiers ou autres, nous appartenir par droit d'aubaine. Toutefois leſdits marchands nous ont fait entendre que s'étant aucuns d'eux habitués en notredite ville de Lyon, pour plus aiſément & ſûrement faire leur trafic & commerce ès-dites foires, & enrichir de plus en plus ladite ville; venans iceux marchands à décéder, nos officiers interprétans ce mot de *demeurance*, être pour le tems du cours deſdites foires ſeulement, les veulent priver de leurſdits priviléges & avantage, ſous prétexte de ce qu'aucuns deſdits marchands prennent lettre de naturalité, par le moyen deſquelles ils ſe ſoumettent aux conſtitutions ordinaires de notre royaume, iceux noſdits officiers prétendent leurs héritiers ne pouvoir (pour n'être regnicoles) être héritiers des biens & ſucceſſions deſdits marchands. Ce qui ayant lieu, leur donneroit occaſion de quitter & abandonner leſdites foires & notredite ville, ce qui tourneroit au détriment d'icelle, grand préjudice & dommages des droits que nous percevons par le moyen deſdites foires, à quoi ils nous ont fait très-humblement ſupplier de pourvoir par nos lettres de déclaration.

Pour ce eſt-il que nous, ces choſes conſidérées, déſirant, en tout ce que nous pourrons, entretenir leſd. marchands ès-priviléges, franchiſes & libertés qui leur ont été concédées par nos prédéceſſeurs, & iceux gratifier, accroître & augmenter par tous les bons & raiſonnables moyens qu'il nous ſera poſſible; après avoir eu ſur ce l'avis, & conféré avec les gens de notre conſeil, avons par leurs avis, & de notre certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, dit & déclaré, diſons & déclarons, voulons & nous plaît, qu'ils & chacun d'eux habitués, demeurans, allans, venans, fréquentans & trafiquans ès-dites foires de Lyon, jouiſſent & uſent des priviléges, franchiſes & libertés, pouvoirs & autorités qui leur appartiennent, & leur ont été concédés par nos prédéceſſeurs: ores qu'ils faſſent leur continuelle réſidence audit lieu, & ſans que les lettres de naturalité

BIU Cujas

qu'ils ont eues, ou pourroient avoir & obtenir de nous, leur y puiſſent nuire & préjudicier; ni qu'après leur décès, leurs deniers, cédules, dettes & biens meubles quelconques, ni pareillement leurs rentes conſtituées, en quelque lieu de notre royaume que ce ſoit, puiſſent être prétendues, par nos officiers ni par autres, nous compéter & appartenir par droit d'aubeine: ainſi, qu'iceux leurs héritiers ou autres auſquels ils en auroient diſpoſé, encore qu'ils ne ſoient nos regnicoles, y puiſſent ſuccéder & les prendre & appréhender. Et ſur ce impoſant ſilence à notre procureur & à tous autres.

Si donnons en mandement à nos amés & féaux les gens de nos tours & parlement, chambre des comptes & du tréſor à Paris, ſénéchal de Lyon ou ſon lieutenant, conſervateur deſdits priviléges, & à tous nos autres juſticiers & officiers & à chacun d'eux, comme à lui appartiendra, que nos préſentes déclaration, vouloir & intention, & contenu ci-deſſus, ils faſſent lire, publier & enregiſtrer, & du contenu ci-deſſus, faſſent, ſouffrent & laiſſent leſdits ſupplians jouir & uſer pleinement & paiſiblement, ſans leur faire, ne ſouffrir être fait aucun trouble ou empêchement au contraire, lequel, ſi fait, mis ou donné leur étoit, ils le réparent & remettent incontinent & ſans délai au premier état & dû: car tel eſt notre plaiſir.

Et pour ce que de ces préſentes un chacun deſdits marchands pourra avoir affaire, nous voulons qu'au *vidimus* d'icelles, collationné par un de nos amés & féaux notaires & ſecrétaires, foi ſoit ajoutée comme au préſent original; auquel, afin que ce ſoit choſe ferme & ſtable à toujours, nous avons fait mettre notre ſcel, ſauf entr'autres choſes notre droit, & l'autrui en toutes. Donné au Pleſſis-les-Tours, au mois d'août, l'an de grace 1569, & de notre régne le 9. Signé ſur le repli, par le roi en ſon conſeil, Brulart. Et au coin, *viſa*, *contentor*, Denis. Et ſcellé ſur un lac de fil de ſoie rouge & verte, du grand ſcel dudit ſeigneur; & ſous ledit repli, à l'un des coins étoit écrit: délibéré au conſeil du roi, tenu au Pleſſis-les-Tours le 27 août 1569. Ainſi ſigné, HENRY. De même & au dos deſdites lettres étoit écrit, *regiſtrata* & paraphé.

Lues, publiées & enregiſtrées, oui ſur ce le procureur général du roi, pour en jouir par les impétrans, par forme de privilége & bénéfice gratuit, tant & ſi longuement qu'il plaira au roi, *& ſans y comprendre les immeubles & rentes conſtituées, quelque part qu'elles ſoient conſtituées; leſquelles en ce regard la cour déclare être immeubles, ſuivant les concluſions du procureur général du roi.* A Paris, en parlement le quatriéme jour de février, l'an 1572, *Signé*, Du Tillet. 14

Cet arrêt a été ſemblablement lu, publié & enregiſtré aux chambres des comptes & du conſeil.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AI dit dans ma premiere obſervation que je croyois que les rentes conſtituées étoient immeubles dans tous les pays de droit écrit; c'eſt une erreur: j'aurois parlé plus juſte ſi j'avois dit qu'elles ſont meubles dans tous les pays de droit écrit, à la réſerve de ceux du reſſort du parlement de Paris.

En effet, elles ſont meubles dans la province de Dauphiné, ſuivant le certificat de Meſſieurs les gens du roi du parlement de Grenoble, dont j'ai parlé dans ma premiere obſervation.

Elles ſont auſſi meubles en Languedoc. J'ai vu une remontrance de la chambre des comptes & finances de Montpellier, du 20 avril 1706, faite au roi, au ſujet de la déclaration des amortiſſemens, qui porte que dans cette province, les rentes conſtituées ſont meubles; en conſéquence, les gens de main-morte de la province ont été déchargés du droit d'amortiſſement.

J'ai auſſi vu un arrêt du parlement de Toulouſe du 15 mai 1706, qui déclare les rentes conſtituées mobiliaires.

Sur la requête de ſoit communiqué au procureur général du roi, préſentée à la cour par le ſyndic général de la province de Languedoc, le 23 décembre 1705, à ce que pour les cauſes y contenues, il plaiſe à la cour déclarer les rentes conſtituées à prix d'argent dans le reſſort de la cour, régi par le droit écrit, être meubles & non immeubles, ſoit qu'elles appartiennent à des particuliers, ou à des communautés & gens de main-morte: & vu ladite requête & ordonnance de ſoit montré audit procureur général, arrêt du 24 avril 1703, enſemble le dire & concluſions dudit procureur général, mis au bas de la requête. La cour ayant égard à la requête dudit ſyndic de la province de Languedoc, a déclaré & déclare les rentes conſtituées à prix d'argent dans le reſſort de la cour, être meubles & non immeubles, ſoit qu'elles appartiennent à des particuliers, ou à des communautés & gens de main-morte. Prononcé à Toulouſe, en parlement le 15 mai 1706.

BIU Cujas

J'ai dit dans mes premieres obſervations, que dans les provinces qui ſont au-delà de la riviere de Loire, l'on appelle les rentes *penſions*; l'ordonnance de Louis XII qui borne les arrérages des rentes à cinq ans, ſe ſert du mot *penſions*.

La plupart de nos ſujets au tems préſent uſent d'achats & ventes de rentes, que les aucuns appellent rentes à prix d'argent, les autres rentes volantes, penſions, *hypothéques, ou rentes à rachat, ſelon la diverſité des lieux & pays où ſe font iceux contrats, à cauſe deſquels contrats pluſieurs ſont mis en pauvreté & diſtraction pour les grands arrérages que les acheteurs laiſſent courir ſur eux, qui montent ſouvent plus que le principal..... Pour ce nous deſirant pourvoir à l'indemnité de nos ſujets, conſidérant tels & ſemblables contrats être odieux & à reſtraindre, ordonnons que les acheteurs de telles rentes volantes & hypothéques ne pourront demander les arrérages que de cinq ans, ou moins; & ſi outre iceux cinq ans aucune année d'arrérages étoit échue, dont n'euſſent fait queſtion ne demande en jugement, ne ſeront reçus à les demander; ains en ſeront déboutés par fin de non-recevoir.*

Cette ordonnance borne la demande pour le payement des arrérages des rentes conſtituées à cinq années. J'ai dit dans ma premiere obſervation, que le créancier n'eſt pas recevable à demander l'affirmation du débiteur s'il n'en doit pas davantage, parce que l'ordonnance donne quittance du ſurplus; enſorte que quand le débiteur reconnoîtroit en devoir davantage, le juge ne pourroit pas le condamner de payer plus de cinq années. Cela a été ainſi jugé au parlement de Dijon par un arrêt du 24 janvier 1630, rapporté par M. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, tit. des rentes, art. 2, not. 6.

Cette ordonnance ne parle que des rentes conſtituées à prix d'argent; ainſi il ſemble que lorſque la rente eſt conſtituée pour le prix d'un immeuble que la preſcription de cinq ans ne doit pas avoir lieu, parce que l'acquéreur jouit des fruits: cependant il a été jugé par un arrêt rendu au parlement de Paris le 13 juin 1679, rapporté dans le journal du palais, tom. 7, pag. 316, que le créancier d'une rente conſtituée pour le prix de la vente d'une boutique & d'un cellier n'en pouvoit demander plus de 5 années.

La même choſe a été jugée au parlement de Rouen par un arrêt du 13 juin 1664, rapporté par Baſnage, ſur l'article 525 de la coutume de Normandie.

Au même endroit, cet auteur dit que par un arrêt du 7 juillet 1623, il a été jugé qu'une rente conſtituée par un cohéritier à ſon cohéritier pour le prix d'une licitation, l'on ne peut demander que cinq années d'arrérages. Mais à la fin il dit qu'il n'en eſt pas de même d'une rente dont un lot eſt chargé, quoiqu'elle ſoit ſtipulée rachetable, elle eſt fonciere: il dit que cela a été ainſi jugé par un arrêt ſans date; il ſemble qu'il n'y a point de différence entre un lot de partage & une licitation.

Ce même auteur, ſur l'art. 524, dit qu'il n'en eſt pas de même d'une rente conſtituée pour cauſe de dot, parce qu'elle retient toujours quelque qualité de la choſe à laquelle elle a été ſubrogée.

Il faut porter le même jugement des rentes conſtituées pour cauſe de légitime, parce que la légitime tient lieu d'alimens dont la cauſe eſt très-favorable.

Ainſi je crois que dans les bonnes régles, il faut dire que la preſcription des cinq années ne doit avoir lieu que pour les arrérages des rentes conſtituées à prix d'argent, & non point pour celles qui ſont conſtituées pour une choſe qui produit des fruits ou des intérêts de ſa nature.

Dans les nouvelles notes ſur Lapeyre, lett. R, nomb. 104, l'auteur dit que l'uſage & les arrêts du parlement de Bordeaux ſont contraires à la déciſion de Lapeyrere, ces ſortes de rentes étant mobiliaires.

BIU Cujas

DE LA PRESCRIPTION

De l'action perſonnelle hypothécaire.

QUESTION SOIXANTE-QUINZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les auteurs ſont partagés ſur l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire, les uns la bornent à 30 ans, les autres l'étendent juſqu'à 40 ans.*
2. *Raiſons de ceux qui la bornent à 30 ans.*
3. *Coutumes qui bornent toutes les actions à 30 ans.*
4. *Coutumes qui font durer l'action perſonnelle hypothécaire juſqu'à 40 ans.*
5. *Contrariété entre la loi* ſicut, *& la loi* cùm notiſſimi, cod. de præſcript. 30, vel 40 ann.
6. *Il répugne que l'action perſonnelle étant éteinte, l'action hypothécaire qui n'en eſt qu'acceſſoire ſubſiſte.*
7. *Explication de la loi* 2, cod. de luit. pign.
8. *Eloge de Loyſeau, & ſon ſentiment ſur cette queſtion.*
9. *Raiſons pourquoi après qu'un héritier a payé ſa part, l'action hypothécaire ſubſiſte encore à ſon égard.*
10. *Opinion de d'Argentré, contre la loi* cùm notiſſimi.
11. *Opinion de Papon, qui tient que dans toute la France la preſcription eſt bornée à 30 ans.*
12. *Raiſons de ceux qui étendent en ce cas la preſcription à 40 ans.*
13. *Cujas, Chopin, Baquet & Bourdin, ſont de ce ſentiment.*
14. *Faber remarque pluſieurs cas où l'action hypothécaire ſubſiſte, quoique la perſonnelle ſoit éteinte.*
15. *Avis & raiſons de l'auteur, pour borner à 30 ans cette action.*
16. *Limitation de l'auteur à l'hypothéque conventionnelle, qui ſubſiſte d'elle-même.*
17. *L'hypothéque légale ne doit pas produire le même effet.*
18. *Si l'hypothéque qui deſcend des actes de tutelle & des jugemens doit être conſidérée comme légale ou conditionnelle.*
19. Quid juris, *à l'égard d'un héritier qui ne poſſede aucuns immeubles de l'hoirie.*
20. *L'action perſonnelle jointe à une hypothéque légale, ne dure que 30 ans.*
21. *Dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire, dure 40 ans.*
22. *De même, dans les coutumes qui n'ont point de diſpoſition contraire.*
23. *Au parlement de Toulouſe cette action ne dure que 30 ans.*
24. *Au parlement de Bordeaux autrefois elle duroit 40 ans, mais à préſent elle ne dure que 30 ans.*
25. *Réflexions ſur la diverſité de la juriſprudence ſur cette queſtion.*

QUESTION LXXV.

De la preſcription de l'action perſonnelle hypothécaire, & ſi elle va juſqu'à quarante ans.

Nous avons vu pluſieurs fois former le doute de l'extenſion ou reſtriction du tems requis pour la preſcription des actions perſonnelles & hypothécaires, lorſque les deux concourent enſemble. Pluſieurs
1 tiennent que ſur le concours de ces deux actions, la preſcription ne peut être de moindre intervalle que de quarante ans, ſuivant la conſtitution de l'empereur Juſtin. *in l. cum notiſſimi. C. de præſcript. 30 vel 40 annorum.* Les autres diſent, qu'encore que les deux actions ſe rencontrent en un même ſujet, le tems de la preſcription ne peut toutefois être de plus long tems que de 30 ans. En un mot, que toutes actions, hors celles qui regardent l'égliſe & le fiſque, ne peuvent durer au plus que trente ans; & que c'eſt dans cet intervalle que les différends des hommes doivent trouver quelque fin, ſuivant la novelle de Théodoſe, & de Valentinien, *de 30 annorum præſcriptione omnibus cauſis opponenda*, inſéré au code Théodoſien.

BIU Cujas

2 Ceux qui veulent raccourcir plûtôt le tems de la prescription que l'étendre, soutiennent que toutes les actions qui étoient perpétuelles par le droit ancien, ont été limitées à trente ans par la constitution de l'empereur Théodose le Grand, que nous n'avons pas, & qui est rappellée par la novelle préalléguée de Théodose le Jeune & Valentinien, & confirmée par la loi troisieme, *Cod. de præscript. 30 vel 40 annorum*, laquelle est du même Théodose le Jeune, ainsi que l'a remarqué le docte Cujas, au livre 18, chapitre 26 de ses observations. Comme ces bons empereurs avoient reconnu qu'un si long tems devoit suffire pour la recherche & poursuite de toutes actions, & qu'il n'y avoit pas apparence de souffrir un plus long silence, & une négligence plus grande, aussi jugerent-ils à propos que ce fût le terme, & la fin de toutes actions personnelles, réelles ou mixtes. Ils n'en exceptoient aucunes, ils les comprenoient toutes absolument sous une conclusion autant universelle qu'elle étoit peremptoire. C'est ce que la novelle de Théodose explique assez clairement, lorsque parlant de la loi faite par Théodose le Grand, elle dit: *dicendo omnia, nullum penitus cujuslibet litis, vel causationis fomitem dereliquit*: de sorte qu'on ne pouvoit rien imaginer, *quod non per illud venerabile constitutum hoc peremptorio vocabulo concludatur*. Ce que les mêmes empereurs Théodose le Jeune & Valentinien auroient encore décidé au titre du code Théodosien, *de Episcopali audientia, ut omnia omnibus causis, intra triginta annorum curricula concludantur*. Ce qui a donné sujet à saint Pierre Chrysologue d'assurer au sermon 145, *humanas leges intra triginta annos litigiosas omnes interimere quæstiones*. C'est en effet un tems suffisant pour faire vieillir la possession de toutes choses, comme avoit dit auparavant *Symmachus*, en l'épitre 54 du liv. 5. D'où resulte que c'étoit alors une regle générale & certaine.

Que la même regle ait été établie dans la France, on l'apprend du saint prélat de Clermont *Sidonius Appollinaris*. Car en l'épitre sixieme du livre huitieme, ayant parlé de la prescription tricennale, *cujus peremptoritis abolita rubricis lis omnis in sextum tracta quinquennium terminabatur*. Il loue Nicetius, excellent avocat & jurisconsulte de son tems, de l'avoir le premier fait valoir en France; mais comme il doute si c'est le premier qui l'eût introduite. Aussi le docte Savaron, sur ce passage, prouve fort bien, qu'auparavant Nicetius, la loi tricennale étoit déja reçue en France. C'est ce que nous pouvons encore apprendre de ce bon prélat François, *Yvo Carnotensis*: car en plusieurs endroits, même *in Epist. 30 Epist. 267 & 269*, pour établir un droit assuré, il ne demande que *tricennii quietam possessionem*. Et de fait, elle a été reconnue si juste, ou pour mieux dire, si nécessaire pour le repos commun & sureté des familles, que presque toutes nos coutumes l'ont embrassée, 3
même celles d'Auvergne, Bourbonnois, Berry, Nivernois, Bourgogne, duché de Lorraine, Artois & S. Michel en Barrois: & si les autres coutumes admettent quelqu'autre prescription, comme celles de Paris, Senlis, Estampes, Montfort & Amiens, c'est plûtôt de moins que de plus long-tems: de sorte que les seules coutumes de Vitry, Melun, Laon & 4
Reims admettent la prescription de quarante ans, pour l'action hypothécaire jointe à la personnelle, contre le débiteur ou son héritier. Ce qu'on peut dire avoir procédé plûtôt de l'humeur de quelques praticiens zélés pour le droit Romain, que du consentement de ces provinces.

Quant aux pays de droit écrit, encore que la loi *cum notissimi*, qui est de l'empereur Justin, & que Justinien a insérée en son code, semble décider le contraire, & étendre la prescription à quarante ans lors du concours de l'action personnelle & hypothécaire, *contra debitorem, vel debitoris imaginem obtinentem*; cependant on peut dire, ou que cette loi a son intention spéciale, & est limitée en quelque cas, ou que l'usage l'a rejettée. En effet, si elle n'a pas un cas particulier, elle se trouve contraire à la loi troisieme du même titre, laquelle est de Théodose le Jeune. Mais si elle est contraire, que l'une coupe toutes actions par trente ans, & que l'autre en étende quelques-unes jusques à quarante; pourquoi est-ce que Justinien auroit mis en son code l'une & l'autre? Que si la derniere sert d'exception à la précédente, il faut plûtôt dire que c'est l'usage qui l'a rejettée; c'est un sort que plusieurs autres loix du même code ont de commun. Il n'en faut pas chercher d'autre raison que celle de l'équité, qui autorise la prescription de trente ans, & combat celle de 40. Car outre qu'on ne peut abréger le tems des prescriptions que pour abréger les procès, ni l'étendre, qu'on ne trouble les maisons, & qu'on ne laisse toutes choses dans l'incertitude; il y a d'ailleurs de la répugnance que l'action personnelle étant prescrite, on fasse durer l'hypothécaire; que la principale éteinte, l'accessoire demeure; bref, que l'accident subsiste sans son sujet, c'est ce qui détruit non-seulement les principes du droit, mais encore les regles 6
de la nature. Comme la nature ne souffre pas que les qualités accidentelles restent après la perte du sujet qui les soutenoit, aussi le droit ne veut pas que l'obligation du principal débiteur cessant, celle du fidéjusseur puisse subsister, *l. si hæres 73, ff. ad Trebellian.* ni que la dette payée, on puisse demander les fruits ou les intérêts, *leg. 26, C. de usuris*.

Il est vrai qu'en la loi seconde, *C. de luitione pignoris*, l'empereur assure, *vincula pignorum durare personali actione consummatâ*; mais comme cette loi doit être jointe à la précédente, & qu'elle est en effet une explication d'icelle, aussi l'empereur a voulu montrer que c'est une exception particuliere à la regle générale. En la loi premiere du même titre, il est dit que celui qui est héritier pour une partie, s'il ne paye toute la dette, ne peut pas prendre ou retenir les immeubles de l'hoirie, sur lesquels le créancier a son hypothéque; & c'est pourquoi la loi suivante, pour rendre cela plus intelligible, & lever l'étonnement qui pouvoit naître de ce que le cohéritier, qui ne doit que sa part, ne se libere pas en la payant, dit, qu'encore que par le payement de sa portion, l'action personnelle soit éteinte, l'hypothécaire demeure toujours; c'est parce qu'il n'est pas juste qu'un cohéritier, qui ne veut payer que la part qu'il doit personnellement, & prendre toutefois partie des immeubles, divise l'hypothéque du créancier, ainsi que raisonnent les empereurs, *in l. 1 & 2, C. si unus ex pluribus hæredibus creditoris*. C'est donc *propter indivisam pignoris causam*, comme dit la loi 65, *ff. de evictionib.* qu'entre deux choses qui semblent absurdes, on a voulu choisir la moindre, & plûtôt admettre la subsistance de l'hypothéque sans action personnelle, que la division d'un droit qui est indivisible de soi. 7

Et si encore l'on peut dire que l'argument qu'on tire de la loi seconde, *Cod. de luitione pignoris*, pour montrer que l'hypothéque peut subsister sans sujet, cesse à présent. Quoique de droit, l'un des héritiers puisse payer sa part, & par ce moyen, faire cesser l'obligation personnelle, suivant la loi *cùm hæreditate, ff. de acquir. hæred.* il n'y est pas reçu par notre usage: il peut toujours être contraint pour le tout, sauf son recours contre les cohéritiers, à cause que, sur le concours de l'action personnelle & de l'hypothécaire, la contrainte solidaire a lieu,

BIU Cujas

& n'y peut écheoir le bénéfice de diviſion ni de diſcuſſion, ainſi que monſieur Loüet rapporte avoir été jugé par l'arrêt, en la lettre D, n. 67, & en la lettre H, n. 19, ſuivant la loi premiere, *C. de hæreditariis actionibus*, & autres textes cottés en l'article trois cens trente trois de la coutume de Paris, contre l'autentique, *hoc ſi debitor*, *C. de pignorib.* De ſorte qu'il ſemble inutile de diſputer ſi le cohéritier, payant ſa part, l'action hypothécaire peut ſubſiſter contre lui ſeul, & ſans action perſonnelle, puiſqu'il n'eſt pas recevable à payer ſa part, ſans quitter les héritages, & qu'il faut qu'il paye le tout, ou ceſſe d'être détenteur des immeubles qu'il a eu pour ſa part héréditaire. Donc, on peut inférer contre les loix alléguées, que nonobſtant le payement de la part du cohéritier, il reſte qnelque
8 action perſonnelle qui ſoutient l'hypothécaire.

C'eſt ce que maître Charles Loyſeau, l'un des plus judicieux praticiens que nous ayons, a bien reconnu; car au chapitre ſecond du livre 2 du déguerpiſſement, il avoue qu'en France, l'héritier & bién-tenant ne peut demander diſcuſſion, parce qu'il eſt tenu perſonnellement, & ne peut non plus prétendre diviſion, parce qu'il eſt tenu hypothécairement; ce qui l'oblige à reconnoître pareillement que nous avons mêlé deux actions enſemble, & de deux ſimples actions de droit, fait une compoſée, où nous avons mis enſemble les effets de toutes les deux: ſi bien, qu'à cauſe de ce mêlange, ou pour mieux dire, de l'union de l'action perſonnelle avec l'hypothécaire, les héritiers & bien-tenans, en France, ſont tenus chacun ſeul & pour le tout, ſans diviſion ni diſcuſſion; juſques-là même, que quand, pour faire ceſſer l'hypothécaire, l'héritier voudroit aliéner les immeubles de la ſucceſſion, ou les délaiſſer par hypothéque, il ne laiſſeroit pas d'être tenu pour le tout: Comme il le ſeroit encore, quand bien la perſonne ſeroit éteinte par offre ou payement de ſa part héréditaire; à cauſe, dit le même auteur, que la perſonalité & réalité, qui ſe ſont une fois rencontrées en un même ſujet, produiſent cette double action, ou unité d'actions qui dure éternellement: Et c'eſt de-là qu'il infere que l'héritier & bien-tenant, quoiqu'il ait payé ſa portion héréditaire, n'eſt pas recevable, non plus que le défunt, à délaiſſer par hypothéque les fonds qu'il poſſede de l'hoirie, pour s'exempter du ſurplus qui reſte à payer. C'eſt auſſi de-là qu'on peut prendre ſujet d'étonnement, qu'un eſprit ſi délié ayant fait un vol ſi net, ne l'ait pouſſé plus avant; & qu'au contraire il l'ait rabaiſſé, & déchéant de ſa pointe, conclud incontinent après que l'action perſonnelle hypothécaire dure quarante ans, & ne ſe peut preſcrire par moindre intervalle, & même pour la portion, dont l'héritier n'eſt tenu qu'hypothécairement, pour avoir payé la part qu'il devoit perſonnellement: comme s'il falloit plus de tems pour preſcrire la ſimple hypothéque que le droit de propriété, & que celui-là fût plus important que celle-ci. C'eſt enchérir véritablement ſur la conſtitution de Juſtin: car au lieu qu'il n'étend la preſcription à quarante ans, que contre le débiteur, ou ſon héritier, lequel il préſuppoſe tenu perſonnellement, & de plus, détenteur des choſes hypothéquées; on veut que la même extenſion à quarante ans ait lieu, encore que l'action perſonnelle ceſſe par le payement qu'a fait le cohéritier de ſa part, ou qu'il ne ſoit plus détenteur des héritages de l'hoirie. C'eſt à quoi le diſcours de Loyſeau & l'uſage nous réduiſent. En effet, ſi l'action perſonnelle & l'hypothécaire, ayant une fois coucouru enſemble, en compoſent une qui dure toujours la même, & ne ſe peut plus diviſer, quoique le cohéritier paye ſa part, ou ne tienne plus rien de l'hoirie, il s'enſuit, à parler en bon François, qu'on fait durer & l'action perſonnelle & l'action hypothécaire ſeule juſqu'à quarante ans, attendu que la perſonne n'étant plus obligée, il n'y peut avoir action perſonnelle, ni l'hypothécaire non plus, contre celui qui n'eſt bien-tenant. Il ſeroit donc plus à propos, ſuivant le raiſonnement de Loyſeau, de dire que l'action perſonnelle & hypothécaire, confondues enſemble n'en faiſant qu'une, la moindre prend la nature de la plus noble, l'acceſſoire de la principale; & par conſéquent, qu'étant plus perſonnelle que réelle, elle eſt preſcriptible par trente ans. C'eſt ainſi qu'en la loi *rerum mixtura*, *ff. de uſucapionib.* le juriſconſulte dit que l'union ou mêlange des choſes qu'on aſſemble n'empêche ou ne proroge pas le tems de l'uſucapion. Ou tout ainſi que du Moulin, en quelqu'endroit de ſon commentaire ſur la coutume de Paris, aſſure, *augmentum accedens per modum unionis, & eandem rem conſtituens, omnes qualitates & conditiones rei cui unitur ſuſcipere, & omnino judicari ſicut eadem res*, ſuivant le texte de la loi *inter ſocerum*, § *cùm inter*, *ff. de pactis dotalibus.*

Mais reprenant le premier diſcours, & revenant 9
à l'explication de la loi ſeconde, *C. de luitione pignoris*, quand il ne faudroit pas accorder que l'action perſonnelle & hypothécaire jointes enſemble, en compoſent une qui ne ſouffre plus de ſéparation; on peut pourtant ſoutenir que l'action hypothécaire qui dure ſur les fonds d'un cohéritier, quoiqu'il ait payé ſa part, n'eſt pas ſans quelque ſoutien qui ſerve de fondement à ſa ſubſiſtance. En effet, s'il faut demeurer purement dans les principes du droit Romain, il faut remarquer que l'action hypothécaire ne ſe crée qu'avec la perſonnelle; que c'eſt elle qui l'a fait naître, de ſorte qu'elle en eſt une ſuite & dépendance, & que la principale ne peut croître ou diminuer, que l'autre ne reçoive même accroiſſement ou diminution: c'eſt pourquoi il ne faut pas trouver étrange, ſi l'action perſonnelle venant à ſe diviſer entre pluſieurs héritiers, l'action hypothécaire, qui de ſa nature ne peut pas ſouffrir la même diviſion, ſubſiſte entiere pour ce qui eſt dû, tant & ſi longuement qu'il reſte encore quelque portion de l'action perſonnelle, à laquelle elle a été attachée par la naiſſance. Et n'importe que ce ſoit en divers ſujets; car c'eſt toujours avec dépendance, & relation à la premiere origine & nature de l'action, & il eſt vrai de dire que l'action perſonnelle qui reſte contre l'un des cohéririers qui n'a pas voulu payer ſa part, quoique cette action ſoit moindre, quoiqu'elle ne ſubſiſte plus que pour une partie, & non pour le tout, ne laiſſe pas d'être la même, à laquelle l'action hypotécaire a eté une fois attachée. En effet, le cohéritier qui étoit en demeure de payer ſa part, venant à l'acquitter, l'hypothéque qui ſubſiſtoit indiviſe contre l'autre cohéritier tenancier de quelque héritage de l'hoirie, ceſſe auſſi-tôt: ce qui fait voir qu'encore que l'action perſonnelle & hypothécaire ſoient en divers ſujets, elles ne laiſſent pas pour cela d'avoir quelque liaiſon & dépendance. D'où s'enſuit qu'on ne peut dire qu'en cette rencontre l'action hypothécaire ſubſiſte ſeule ſans la perſonnelle, & par conſéquent, qu'il faille argumenter de la loi ſeconde, *Cod. de luitione pignoris*, à la loi *cùm notiſſimi*, & conclure qu'au cas de celle-là, l'hypothéque durant après l'action perſonnelle, elle puiſſe faire le même au cas de celle-ci. Il y a bien de la différence de l'une à l'autre: en l'eſpece de ladite loi ſeconde, *C. de luitione pignoris*, il n'eſt pas abſolument vrai que l'action perſonnelle ſoit éteinte; elle ne l'eſt que pour une partie; & n'ayant ſouffert qu'une diminution, il en reſte autant qu'il en faut pour ſou-

BIU Cujas

tenir l'hypothéque; mais au ſens qu'on donne à la loi *cùm notiſſimi*, l'action perſonnelle ne ſubſiſte plus après trente ans, elle n'eſt ni totale ni partiale, il n'en demeure rien plus; & partant, c'eſt choſe abſurde qu'après ſon extinction & ſa fin derniere, on faſſe encore ſubſiſter une nûe hypothéque en l'air, ſans fondement ni ſoutien quelconque.

Que ſi l'on vouloit dire que l'action perſonnelle étant preſcrite, ce n'eſt que l'obligation civile qui s'évanouit, & que la naturelle demeure toujours; & par conſéquent, que l'action hypothécaire peut pareillement reſter, *dum naturalis obligatio ſubſit, cui applicetur, nec in totum extincta ſit materia obligationis, l. Græcè, l. fidejuſſ. obligari*, § 3 & 4, *ff. de fidejuſſ.*: On répond que c'eſt trop ſubtiliſer & s'attacher aux mots plûtôt qu'aux choſes, d'autant que cette obligation naturelle n'eſt qu'imaginaire, qu'elle n'a non plus d'être que d'effet, & que c'eſt avec raiſon que le docte Argentré s'en mocque, & l'appelle une ombre ſans corps, une idole qui fuit, & plûtôt la figure de la choſe, que la choſe même.

D'ailleurs, s'il eſt vrai que le payement fait ceſſer l'obligation naturelle, ne s'enſuit-il pas, comme raiſonne le même auteur, que la preſcription tenant lieu de payement & de conſentement, il n'y peut non plus reſter ni action ni obligation, ſoit civile ou naturelle? N'eſt-ce pas par cette raiſon, qu'en la loi 37, *ff. de fidejuſſ.* le juriſconſulte *Paulus* dit que le débiteur qui eſt libéré par le laps du tems, donne en vain un fidéjuſſeur, puiſqu'il n'y a plus d'obligation: partant, le même Argentré a ſujet de conclure & d'inférer de-là que l'hypothécaire, étant acceſſoire de la perſonnelle, & ne venant qu'enſuite d'icelle, pour plus grande aſſurance de ce que la perſonne promet; il implique contradiction que la principale éteinte, l'autre demeure comme un lierre qu'on voudroit faire demeurer debout, le vieux tronc qui lui ſervoit d'appui retranché. C'eſt la comparaiſon qu'il rapporte aſſez à propos, le lierre n'étant pas plus attaché à l'arbre qui le ſoutient & maintient, que l'action hypothécaire l'eſt à l'obligation perſonnelle.

Et quoiqu'on rencontre dans le droit civil quelques autres textes qui ſemblent établir la durée de l'action hypothécaire, après que la perſonnelle eſt éteinte, & que le docte Cujas faſſe fondement ſur iceux au chapitre 31 du traité des preſcriptions, & en quelques endroits de ſes obſervations; ſi eſt-ce pourtant qu'on leur peut donner une interprétation toute autre que celle par laquelle on veut que l'hypothéque ſubſiſte de ſoi toute ſeule, & ſans rapport à aucune action perſonnelle. L'un des textes plus forts qu'on objecte, eſt celui de la loi *debitor, ff. ad Trebellian.* En l'eſpece de cette loi, le debiteur avoit inſtitué héritier ſon créancier; à la charge de rendre l'hoirie à la fille du teſtateur. L'héritier n'ayant pas voulu accepter de gré l'hoirie, eſt condamné par le préteur à ce faire, afin que le fidéicommis ne demeurât illuſoire. On demande ſi après la reſtitution de l'hoirie, le créancier peut retenir ou revendiquer le fonds qui lui avoit été hypothéqué pour ſa dette, le doute procédoit de ce que, par l'adition de l'hérédité, & concours des deux qualités de créancier & de débiteur, en une même perſonne, l'obligation & l'action fondée ſur icelle demeuroit confuſe, & par conſéquent, l'hypothéque éteinte. Toutefois, le juriſconſulte *Paulus* réſout, qu'au contraire, *remanet propter pignus naturalis obligatio*, & que le créancier peut retenir l'héritage s'il le poſſede; ou s'il ne l'a pas, le retirer du ſubſtitué. C'eſt de-là qu'on infere que l'action perſonnelle éteinte par la confuſion qui ſuit l'acceptation d'une hoirie, l'hypothécaire ne laiſſe pourtant de ſurvivre. Mais ſans employer ce qu'on a déjà touché contre l'obligation naturelle, laquelle le docte Faber, préſident de Chambery, ne peut non plus goûter en l'interprétation qu'il donne à ladite loi *debitor*, au chapitre 17 du livre 5 de ſes conjectures, il faut remarquer qu'au cas de ladite loi, l'héritier grévé ne s'étoit pas jetté de gré dans l'hoirie, *ſed tantùm juſſu Prætoris*; & par conſéquent, qu'il n'y avoit pas apparence qu'une adition forcée, & faite plûtôt pour autrui que pour ſoi-même, lui fût préjudiciable, & dérogeât à ſes droits, ni que le fidéicommiſſaire, pour lequel & au bénéfice duquel il avoit accepté l'inſtitution, lui oppoſât un acte duquel lui-même tiroit tout l'avantage. Outre que par l'effet de la reſtitution de l'hoirie, les choſes étant remiſes au premier état, il eſt vrai de dire que l'action perſonnelle, & enſuite l'hypothécaire, qui dormoit plûtôt qu'elle n'avoit été éteinte, reprend ſa force & vigueur. Car pour éteindre l'obligation & l'hypothécaire, ce n'eſt pas aſſez que le créancier devienne maître de la choſe, il faut qu'il le ſoit incommutable, & demeure tel; autrement, comme la condition qui l'oblige à rendre la choſe, ſuſpend ſon droit, auſſi la reſtitution qu'il en fait le réveille, & efface l'effet de l'inſtitution, comme ſi jamais elle n'avoit été déférée. C'eſt ainſi que le grand Papinien, *in l. ſi Patroni*, § *ultimo, ff. ad Trebellianum*, raiſonne en un cas approchant, *quia poteſtas evictionis tollit intellectum acquiſitionis.* C'eſt ainſi qu'en la loi ſeconde, § *ſi quis, ff. de hæreditate vel actione vendita*, l'héritier qui volontairement accepte l'hoirie, & la vend, ne laiſſe pas d'avoir ſes actions contre l'acheteur de l'hoirie, encore qu'elles fuſſent confuſes, & comme éteintes par l'adition de la même hoirie.

C'eſt à cauſe, diſent les interprêtes, que c'eſt la même choſe que s'il n'avoit jamais accepté, & que l'acheteur de l'hoirie eût été héritier direct, comme il en avoit pris la place & le droit. Il s'enſuit donc que l'hérédité rendue au ſubſtitué, l'héritier inſtitué ne ceſſe pas ſeulement d'être maître des biens, mais eſt cenſé tel, comme s'il ne l'avoit jamais été. C'eſt ſuivant la loi 139, *ff. de regulis juris*, & la déciſion de la loi *non quocumque, ff. de legat.* 1, en laquelle, pour éteindre l'obligation du légat, il ne ſuffit pas que le légataire ſoit ſaiſi de la choſe léguée, il eſt néceſſaire qu'elle lui demeure: *ſed ita*, dit la loi, *ſi eo modo fuerit ejus quo avelli non poſſit.*

Ce qu'on peut employer contre la loi *ſi ex ſextante*, § *Latinus, ff. de except. rei judic.* parce qu'en l'eſpece de la loi, l'hypothéque qui ſembloit éteinte, ne ſubſiſte que par un retour des choſes au premier état, & à cauſe, comme dit Barthole, que le créancier n'acquérant pas l'héritage irrévocablement, ce droit de propriété, qui eſt irrévocable, ne peut pas éteindre ſon hypothéque, ni, étant incertain, opérer un changement qui ſoit aſſuré; mais ſeulement ſuſpendre l'effet. Auſſi, n'eſt-ce pas choſe nouvelle, *ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent; licèt ille caſus exiſteret à quo initium capere non potuerunt*, comme il eſt dit *in l.* 85, *ff. de regulis juris.*

Enfin, on peut oppoſer les textes de la loi *qui occidit, ff. ad legem Aquiliam* de la loi *ſi ſuperatus, ff. de pign.* de la loi 51, § *de eviction.* & autres loix ſemblables, qui décident que le créancier venant à ſuccomber en ſa cauſe par ſa faute & négligence, ou par l'ignorance du juge, il perd bien ſon action contre le débiteur, mais non pas ſon hypothéque contre un tiers qui ſe trouve détenteur de la choſe hypotéquée. Mais ce n'eſt pas choſe pareille, puiſque c'eſt à l'égard d'une diverſe perſonne, & qu'il y a bien de la différence de faire ſubſiſter, après l'action perſonnelle l'hypothécaire contre une autre. Comme en ce cas les actions ſont ſéparées, elles ont auſſi leur cauſe particuliere,

BIU Cujas

culiere, & subsistent d'elles-mêmes. Et de fait, le créancier qui perd sa cause par son imprudence, ne perd pas seulement à l'égard du débiteur l'action personnelle, il perd encore l'hypothéque qu'il peut avoir sur ses biens, *licet pecunia soluta non sit, nec aliter satisfactum*, qui sont les conditions de la convention & action hypothécaire, comme il est dit en la loi *grege*, § *etiam*, *ff. de pignorib.* Cela se fait donc nonobstant le défaut de ces conditions, parce qu'il n'est pas raisonnable qu'un créancier ait perdu son action contre le débiteur, & qu'il puisse contre lui-même poursuivre son hypothéque. Il y auroit quelque répugnance, & la sentence & perte de la cause seroit illusoire, si l'hypothéquaire pouvoit rester. C'est pourquoi lorsque c'est une même personne, il faut que la ruine de l'action personnelle entraîne celle de l'hypothécaire, que leur sort soit commun & leur fin égale, aussi-bien que la naissance; à quoi se rapporte la loi 13, *ff. quibus modis pignus solvitur.* D'ailleurs, suivant la doctrine de nos interprétes, il faut séparer l'action d'avec l'obligation, croire que l'une se peut perdre, l'autre subsistant, & que c'est bien plus dire que l'obligation est éteinte, que de dire que l'action est perdu, *l.* 59 *ff. de condictione indebiti.* Qui perd sa cause par sa faute, perd à la vérité son action, la sentence la lui ôte; mais comme il n'a pas été payé, aussi demeure-t-il quelque obligation, qui peut servir de fondement à l'action hypothécaire, non pas contre le même débiteur, mais contre un tiers qui ne doit pas se prévaloir de la sentence obtenue par un autre que par lui, comme elle ne pourroit pas lui nuire. La force de la chose jugée ne s'étend pas si facilement, & il n'est pas aussi raisonnable que l'exception de la chose jugée serve à tous; elle est en quelque façon personnelle, & ne se communique qu'avec identité, & de la chose, & de la personne.

Ainsi la subsistance de l'hypothéque contre un tiers, après que le débiteur se trouve absous, plûtôt par hasard que par le mérite de la cause, n'a rien de commun avec le cas que nous traitons pour le cours de la prescription. Comme l'argument d'un sujet à divers sujets n'est pas recevable, & que d'ailleurs la prescription tient lieu de payement, & ne libere le débiteur, que parce qu'elle fait présumer qu'il a payé, & qu'autrement le créancier ne seroit pas demeuré dans le silence; aussi tout ce qu'on recherche ne sçauroit couvrir la répugnance qu'il y a qu'en un même sujet, l'action personnelle prescrite, l'hypothécaire subsiste sans elle.

C'est ce qui a porté plusieurs bons auteurs à reclamer de cette extension de la prescription à quarante ans, lors du concours de l'action personnelle & hypothéquaire, outre le docte Argentré, qui l'a puissamment combattue sur l'art. 273 de l'ancienne coutume de Bretagne, M. le président Boyer semble réduire cette prescription à trente ans, en sa quest. 182, où il dit, qu'en France toutes choses sont prescriptibles par trente ans, & renvoye à ce qu'il a écrit sur la coutume de Berry: ce qu'il confirme en sa décision 328. Monsieur Papon, sçavant en ce qui étoit de droit, & de l'usage du pays de droit écrit, sur l'art. 23 de la coutume de Bourbonnois, tient ouvertement,
11 que la restriction du tems des prescriptions à trente ans, a lieu aussi-bien au pays de droit écrit, qu'aux pays qui se régissent par coutume. Et de fait, quoique le parlement de Toulouse soit un parlement de droit écrit, & s'attache fort à son observance, néanmoins monsieur Maynard au chap. 30 du livre sixiéme, & au chapitre 62 du livre 7 de ses question, assure, qu'audit parlement l'action personnelle hypothécaire ne dure pas plus de trente ans, & en rapporte divers préjugés.

Ce qui semble d'autant plus juste, qu'il n'est pas raisonnable lorsque les hommes vivent moins, d'étendre davantage le cours des actions. Au contraire, plus on voit que le cours de notre vie s'abrége, plus faut-il abréger le tems de la prescription, n'y ayant pas apparence que les actions durent plus que les personnes, comme elles feroient, si le tems de la minorité, qui est exempt des prescriptions, étant retranché, on les étendoit jusques à 40 ans: Attendu même que parmi nous, les actions personnelles & hypothécaires sont plus fréquentes, que parmi les Romains. A présent il n'y a presque point d'action personnelle, à qui l'hypothéque des biens ne soit jointe; car suivant le dire commun, qui s'oblige, oblige le sien. Presque toutes les obligations obligent les héritages, aussi-bien que la personne; & comme l'ordonn. de Moulins nous oblige à passer contrat de toutes choses qui excedent cent liv. aussi faut-il avouer que la prescription de 30 ans n'auroit plus lieu que pour les simples actions réelles, cédules & conventions qui sont faites sous écriture privée. Et si encore les promesses reconnues, & les sentences de condamnation emportent l'hypothéque par la même ordonn. de Moulins; & partant, au lieu de la prescription trentenaire, le concours de l'action personnelle & hypothécaire, pourroit étendre presque toutes les actions à quarante ans.

Ceux qui semblent vouloir étendre le procès, & favoriser plûtôt la durée des actions que le repos public qui se rencontre en leur assoupissement, soutiennent au contraire, que notre action personnelle hypothécaire dure jusqu'à 40 ans, & qu'il est raisonnable que les deux ensemble ayent une plus longue vie que les deux séparées: Que cela étant décidé par le texte formel de la constitution impériale, *cùm notissimi*, il faut se tenir avec respect à la loi écrite, & n'en pas rechercher la raison: Qu'autrement il n'y auroit rien d'assuré, s'il étoit permis de disputer contre une décision si précise & si claire, que ce seroit tomber dans l'erreur des Sceptiques & Pyrroniens, qui tenoient qu'on devoit douter de tout, & ne rien déterminer. Bref, que Justinien ne s'étant pas contenté d'inférer en son code la loi *cùm notissimi*, après la la loi *sicut*, comme lui dérogeant, ou l'interprêtant; mais ayant encore confirmé la même résolution en loi premiere, *C. de annali exceptione*, c'est entreprendre sur son autorité, & se rendre téméraire, que d'oser controverser un droit reçu, & qui passe pour le droit commun des nations, ou plûtôt pour la raison écrite qui les doit régler. 12

Que la loi *cùm notissimi*, soit claire & formelle, ses partisans disent, que c'est sans doute, & qu'il ne faut que lire ses termes pour les comprendre, & en inférer que ce n'est pas une régle particuliére, mais une loi générale, qui veut que la personne & la chose étant ensemble obligées, il y ait un plus longtems: Que le concours de l'action personnelle & l'hypothéqu'aire, en un même sujet, étende la prescription jusqu'à 40 ans, afin que deux actions jointes ayent plus d'avantage que si elles étoient séparées, & que la personnelle qui a l'hypothécaire accumulée, soit plus favorable par cette rencontre, qu'elle ne seroit toute seule: Comme nous disons que deux liens sont plus forts qu'un seul, que leur étreinte est plus ferme, ne devons-nous pas dire que la personne & les biens étant obligés, il est raisonnable que cette obligation soit plus assurée, & que ce double lien dure plus qu'un seul. Le tems des prescriptions n'a pas été introduit au hasard, & sans considération, il faut croire que c'est avec poids & mesure qu'on l'a réglé: & c'est pourquoi comme le tiers acquéreur, qui possede de bonne foi la chose hypothéquée, la peut prescrire par 10 ou 20 ans, & qu'il en faut 30 au débiteur tenu personnellement; aussi faut-il par la

BIU Cujas

même proportion que le débiteur poſſédant l'héritage hypothéqué, ne puiſſe preſcrire que par 40 ans; autrement il s'enſuivroit qu'un tiers acquéreur qui ſçait l'hypothéque, & ceſſe d'être en bonne foi par une notification expreſſe, ſeroit d'auſſi pire condition, que celui-là même qui s'eſt obligé avec ſes immeubles, ſi la preſcription étoit également réduite à trente ans, auſſi bien pour l'un, que pour l'autre.

D'oppoſer qu'il répugne en quelque façon que l'action perſonnelle éteinte, l'hypothécaire ſubſiſte, il ſemble que c'eſt ſe flatter, après tant de rencontres ſemblables, que le grand Cujas a remarqué dans notre droit. Il eſt vrai que la cauſe principale manquant, l'acceſſoire vient à défaillir, & que par la régle de droit, *cùm principalis cauſa non conſiſtit, nec ea quidem quæ ſequuntur locum habent*: Mais comme remarque le même Cujas, ce n'eſt pas abſolument; la loi même ajoute, *plerumque*, c'eſt le plus ſouvent, mais ce n'eſt pas toujours. D'ailleurs, comme dit le même auteur, l'obligation hypothécaire n'eſt pas purement acceſſoire de la perſonnelle; elle eſt en quelque maniere principale, & ſubſiſte d'elle-même. Elle ſe joint à l'autre, mais elle n'eſt pas ſa ſuite, ni ne ſe regle pas comme l'obligation du fidéjuſſeur. Il y a bien de la différence: celle du fidéjuſſeur ne peut, ni au commencement, ni après, ſubſiſter ſans la perſonnelle, de laquelle elle eſt une ſuite néceſſaire. Mais l'hypothécaire, qui au commencement a beſoin de la perſonnelle, peut après demeurer ſans elle. Ainſi l'action hypothécaire peut appartenir à celui qui n'a plus l'action perſonnelle, mais non pas à celui-là qui ne l'a jamais eu. Il faut bien que la perſonnelle ait été une fois acquiſe, mais il n'eſt pas néceſſaire qu'elle ſoit encore, comme raiſonne le même Cujas, ſur la loi premiere § *cum prædium*, *ff. de pignoribus*. Et de fait, cela ſe vérifie lorſque le débiteur a vendu les fonds hypothéqués & qu'il vient à mourir ſans héritier, ni hoirie; car il ſe peut faire que par ce moyen ou autrement, l'action perſonnelle ceſſe, & non pas l'hypothaire qui reſte contre un tiers-acquéreur. Que ſi cela peut avoir lieu contre un tiers, pourquoi non contre le débiteur même, ou ſon héritier? Si ces deux actions ſont diſtinctes, quoiqu'en un même ſujet, ſi elles peuvent ſe ſéparer, & paſſer l'une à l'héritier, l'autre au légataire, ou détenteur de la choſe; il n'importe point que l'action perſonnelle ceſſant en la perſonne du débiteur, ou de l'héritier, l'hypotéquaire ne puiſſe encore demeurer en lui, comme elle feroit contre une tierce perſonne. Quel inconvénient peut-on trouver en cela, puiſque ce n'eſt pas choſe nouvelle que l'accident qui n'eſt point phyſique & naturel, mais moral & politique, pour parler avec le Sr. Brodeau, ſur M. Louet, ſubſiſte de ſoi, & par ſoi, ſans aucun ſujet.

Ou l'action perſonnelle & hypothéquaire ſont conſidérées en la perſonne du débiteur, comme deux actions, ou bien comme une ſeule action compoſée de deux. Si c'eſt comme deux actions, la ſéparation en eſt d'autant plus aiſée, & leur ſubſiſtance particuliere plus facile à concevoir. Que ſi l'on veut dire que ce n'eſt qu'une même action, & que les deux qui la compoſent ne ſe peuvent plus ſéparer; pourquoi ne dira-t-on pas que dans cette compoſition, l'une & l'autre ont apporté leurs droits & leurs avantages? qu'il faut joindre le tems des deux actions, ainſi que l'on joint leurs autres effets; & par conſéquent, que la preſcription de l'action perſonnelle hypothécaire, ainſi compoſée de deux, doit durer 40 ans. Non pas que l'hypothécaire ſubſiſte après la perſonne; mais plûtôt parce que celle-là ayant joint ſes dix ans aux trente ans de celle-ci, ce n'eſt plus qu'une même action, mais qui dure 40 ans.

Que s'il faut après ces raiſons paſſer aux autorités outre l'autorité de M. Cujas, qui ſeule prévaut aux autres, M. Bourdin, ſur l'art. 120 de l'ordonnance de 1539. M. Baquet, chapitre 21, traité des droits de juſtice, M. René Chopin, *lib. 2, de morib. Pariſ. tit.* 8, *& lib.* 2, *de morib. Andium, cap.* 2, *tit.* 5, tiennent tous, que l'action perſonnelle & hypothécaire jointes, ne ſe peuvent preſcrire que par 40 ans; & leur opinion eſt d'autant plus aſſurée, qu'elle eſt aſſiſtée des préjugés de la cour, qui l'a ainſi jugé, non-ſeulement pour les pays de droit écrit, mais encore pour le pays coutumier, au rapport qu'en fait M. Louet, en la let. H. n. 3, & Brodeau, ſur icelui. 13

Et ſi le parlement de Toulouſe ne ſuit pas la même regle, il n'y a pas tant de ſujet de s'étonner de cette diverſité d'opinions, qui eſt auſſi commune aux hommes, que celle de leurs viſages. Comme il y a ſujet de s'étonner que ce parlement faiſant profeſſion de droit écrit s'en relâche en cette occaſion contre des loix ſi expreſſes. Et quoique M. Maynard, en faiſant valoir l'uſage de ſon parlement, le veuille autoriſer par ce qu'il rapporte de l'uſage du parlement de Paris, c'eſt toutefois en vain qu'il fait ce rapport aux endroits déja cottés. Car ſi le parlement de Paris a jugé que les droits des lods & arrérages de cens, & encore l'hypothéque que le mineur a ſur les biens de ſon tuteur, ſe preſcrivent par trente ans, cela ne déroge pas à la diſpoſition de la loi *cum notiſſimi*; ce ſont des cas ſéparés & hors de ſon eſpece. En effet, les lods & les arrérages de cens ſe preſcrivent auſſi-bien contre le roi & contre l'égliſe par trente ans, que contre les particuliers; parce que ce ne ſont proprement que meubles, que fruit ſéparés du ſol, & profit du fief qui ſont caſuels & mobiliers, comme l'a remarqué M. Baquet, au ch. 3, du droit de déshérence. Et quant à l'hypothéque que le mineur a ſur les biens du tuteur, ce n'eſt qu'une hypothéque tacite, à laquelle ne ſe peut étendre la diſpoſition de la loi *cum notiſſimi*, qui ne parle que de l'hypothéque conventionnelle, qui ſubſiſte en quelque façon d'elle-même par le moyen de ſa convention. Au lieu que l'hypotéque tacite & légale n'a point d'autre ſubſiſtance que par l'action perſonnelle, elle eſt attachée à icelle, & n'en peut être ſéparée. Auſſi cette diſtinction ſe trouve remarquée par ledit ſieur Brodeau; & c'eſt par la même diſtinction qu'on peut répondre à ce qu'on objecte de la fréquence de nos hypothéques: car il faut ſéparer celles qui ſont conventionnelles, d'avec celles que la loi donne, à cauſe que ces dernieres ſont tellement dépendantes de l'action perſonnelle, qu'elles en ſont une ſuite néceſſaire, & ne peuvent ſubſiſter ſans elle, & par conſéquent, tombent dans la même preſcription. Oui l'hypothéque légale, à proprement parler, n'eſt qu'une action perſonnelle privilégiée, plûtôt qu'une action hypothécaire. Enfin on peut ajouter les remarques que le docte préſident de Chambery *Antonius Faber*, fait à ce propos, *lib. 7, cap.* 18, *conjecturarum*, où il cotte quelques cas où l'hypothéque ſubſiſte, ſon ſujet éteint. 14

Sur le conflit de ces raiſons & de ces autorités, il y a peine à prendre parti, & il ſeroit à déſirer qu'en un point aſſez chatouilleux, il y eût une ordonnance & déciſion préciſe qui ſervît de régle; mais en l'attendant, ou quelque préjugé plus formel de la cour, s'il eſt permis d'ouvrir notre ſentiment, il nous ſemble qu'il vaut mieux abréger le tems de la preſcription que l'étendre. Que lorſque notre vie eſt plus courte, le cours des actions doit être moindre; & par conſéquent, que la réduction des preſcriptions à trente ans n'eſt pas moins favorable, que conforme à la raiſon: car quoi qu'on puiſſe dire, 15

BIU Cujas

c'eſt choſe extraordinaire qu'en un même ſujet, l'action perſonnelle éteinte, l'hypothécaire puiſſe ſubſiſter. Si les deux actions ſont conſidérées comme ſéparées, ce ne peut être ſans dépendance, & ſans quelque rapport; & comme on n'oblige les biens que par une ſuite de l'obligation perſonnelle, & pour l'aſſurance d'icelle, auſſi faut-il qu'on avoue qu'il y a autant de raiſon de dire que l'action hypothécaire ne ſubſiſte que par la perſonnelle, comme on dit que c'eſt par elle que ſubſiſte celle du fidéjuſſeur. Si au contraire, pour mieux ſe conformer à notre uſage, on veut que l'action perſonnelle hypothécaire ne ſoit qu'une même action, on ne ſçauroit en étendre le tems, ſans tomber dans des inconvéniens pareils, ou plus grands. Car préſuppoſé que ce ne ſoit qu'une action, il s'enſuivra que cette action, qui une fois ayant eu lieu contre l'héritier & bien-tenant, ne le quitte point, ne ſe pourra preſcrire contre lui que par 40 ans, encore qu'il ait offert ou payé ſa part, ou qu'il ne tienne plus rien des héritages de l'hoirie. Que ſi l'on vouloit en ce cas reſtreindre le tems de la preſcription à trente ans, ce ne ſeroit donc plus la même action, & il ne ſeroit pas raiſonnable que le cohéritier qui a tenu, mais ne tient plus des immeubles héréditaires, ſoit reſponſable du tout, & ne puiſſe pas oppoſer la diviſion, non plus que le cohéritier qui a payé ſa part, ſe ſervir du bénéfice de diſcuſſion; & toutefois, l'uſage eſt contraire.

16 Mais comme il ne faut pas paſſer ſur les loix ſi légérement, & qu'il eſt de la bienſéance de les interpréter, plûtôt que de les cenſurer ou rejetter, nous jugerions à propos de reſtraindre la diſpoſition de la loi *cùm notiſſimi*, aux actions hypothécaires qui ſont plûtôt principales qu'acceſſoires; c'eſt-à-dire, aux actions qui procedent tant ſeulement des hypothéques conventionnelles, qui ſont ſpéciales, & ſubſiſtent d'elles-mêmes par leur convention, & qu'on peut dire en quelque façon avoir plûtôt action perſonnelle pour acceſſoire ou compagne, que pour principale. Tel eſt l'aſſignat, le bail à rente fonciere, & même la conſtitution de rente qu'on impoſe ſur un héritage particulier. En tous ces contrats, n'eſt-il pas vrai de dire que le fonds doit plûtôt que la perſonne; que le créancier qui baille le principal de la rente, l'aſſure moins ſur la perſonne du débiteur, que ſur la maiſon qu'il en charge; que c'eſt plûtôt à elle qu'il a ſa viſée; & que c'eſt elle qui lui tient lieu d'obligation principale? Au bail d'héritage à rente fonciere, n'eſt-ce pas l'héritage qui la doit, n'eſt-ce pas à lui qu'elle eſt attachée? Et s'il y a obligation perſonnelle, n'eſt-elle pas en quelque façon dépendante de l'hypothécaire, puiſque le débiteur eſt recevable à quitter la choſe, & que par le délaiſſement il ſe libere? C'eſt à ces contrats qu'il y auroit quelque apparence de reſtreindre la loi *cùm notiſſimi*, ſans l'étendre plus avant, tout ainſi que le ſieur Automne, ſur l'article 11 de la coutume de Bordeaux, remarque avoir été jugé de la ſorte au parlement de Bordeaux, & que lors de la prononciation, le préſident auroit dit aux avocats, que l'action hypothécaire qui ne compette point ſéparément, & à part ſoi, n'a pas plus de tems que la principale, à cauſe qu'elle n'eſt conſidérée que comme ſa ſéquelle, & qui, par conſéquent, s'évanouit avec elle.

17 Mais ſi l'on veut demeurer dans l'opinion plus commune, & étendre à quarante ans la preſcription ſur le concours des deux actions, il faut toujours en excepter, comme il a été prédit, l'action qui n'eſt fondée que ſur l'hypothéque que la loi donne, & non ſur la convention des parties. C'eſt parce que cette action hypothécaire eſt encore moins ſéparable de la perſonnelle, ou pour mieux dire, ne peut être conçue ſans elle, étant impoſſible que le tuteur preſcrive l'action qu'a le mineur pour lui faire rendre compte, qu'il ne preſcrive auſſi le droit & le privilege qu'emporte la même action. Car, à dire vrai, cette hypothéque tacite & l'action n'eſt que la même choſe; l'une ceſſant, l'autre ſe perd; & c'eſt toutefois d'où procedent diverſes difficultés, que peut-être on n'a pas encore remarquées.

La premiere: ſi à préſent que les tutelles ſont da- 18
tives en France, qu'elles ſont déférées par le juge, & que par l'acte, le tuteur s'oblige de rendre compte & d'en prêter le reliquat, le mineur n'a qu'une ſimple hypothéque légale; ou plûtôt, ſi elle ne doit pas être cenſée conventionnelle, & par conſéquent auſſi favorable & de pareille durée, le greffier, outre la préſence du juge, étant auſſi capable d'obliger la perſonne & les biens du tuteur, comme ſeroit un notaire.

La ſeconde: ſi l'ordonnance de Moulins ayant voulu que les ſentences de condamnation & les cédules reconnues emportent hypothéque, cette hypothéque eſt légale ou conventionnelle, & s'il faut trente ou quarante ans, pour pouvoir preſcrire par celui qui eſt condamné, ou ſon héritier; on peut dire d'une part, que cette hypothéque ne procede pas de la convention des parties, que c'eſt la loi ſeule qui la donne & la ſupplée, & par conſéquent, qu'elle ne doit pas avoir plus de force que les autres hypothéques légales: Qu'en effet, l'hypothéque qui ſuit la reconnoiſſance d'une cédule, n'affecte que les biens de celui qui l'a reconnue, & n'a lieu contre lui que pour ſa part & portion, & non pour le tout, ainſi que la cour l'a jugé, *conſultis claſſibus*, par arrêt du 10 juin 1600. C'eſt parce que c'eſt une action qui naît ſeulement de la perſonnelle & de la reconnoiſſance.

D'autre part, on peut répondre, qu'encore que les jugemens ſe rendent *in invitos*, toutefois, qu'en iceux, *quaſi contrahitur*, que c'eſt une eſpece de convention & de conſentement, même lorſque la ſentence paſſe en force de choſe jugée. D'ailleurs l'ordonnance en ce point ayant voulu réparer le défaut de la juriſprudence Romaine, qui étoit demeurée courte: il faut croire qu'elle n'a pas entendu donner moins de force aux jugemens qu'aux contrats; mais bien plûtôt qu'elle a voulu que l'hypothéque des arrêts & jugemens équipollât à celle des conventions, & que l'une ſuppléât au défaut de l'autre, pour mieux entretenir la ſociété, en obligeant un chacun à tenir la foi promiſe.

La troiſieme: ſi l'héritier qui ne poſſede aucuns 19
immeubles de l'hoirie, & par conſéquent, n'eſt tenu que perſonnellement, venant à ſouffrir jugement qui déclare la dette exécutoire contre lui, & dès-lors tant ſeulement acquiert hypothéque ſur ſes biens propres, ſuivant la loi *Paulus reſpondit*, *ff. de pignorib.* cette hypothéque peut équipoller à l'hypothéque conventionnelle, & jointe à la perſonnelle, étendre la preſcription juſqu'à 40 ans.

La quatrieme: ſi l'action perſonnelle & hypothécaire s'étant une fois rencontrée en un même ſujet, l'action qui eſt compoſée de deux dure quarante ans, encore qu'elle ceſſe en quelque façon d'être perſonnelle par le payement que fait l'héritier de ſa part, ou bien ne ſoit plus hypothécaire par le délaiſſement des héritages de l'hoirie.

Toutes leſquelles difficultés, qui peuvent faire naître divers procès, ceſſeroient par la réduction de la preſcription à trente ans, lors même que l'hypothéque ſubſiſte d'elle-même, & n'a pas un rapport néceſſaire à l'action perſonnelle; & ainſi l'avons-nous vû juger en ce ſiége.

BIU Cujas

Depuis ce traité, nous avons vû la même queſtion agitée entre les arrêts ſolemnels de monſieur de l'Eſtang, préſident au parlement de Toulouſe; mais avec diverſité de raiſons, ce qui nous a retenu de ſupprimer notre labeur, pour en laiſſer juger le poids au lecteur.

Au reſte, nous ne donnons pas l'arrêt qui ſuit pour un préjugé formel de notre queſtion, & ſelon notre ſentiment; au contraire, nous voulons avouer qu'il n'a été donné que ſur des circonſtances particulieres. En un mot, que ledit arrêt a plûtôt jugé l'hypothèſe, que la thèſe, & qu'on le doit plûtôt référer à la déciſion de la loi *Procula, ff. de probazionib.* qu'à la preſcription.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre Benoît Tricau, marchand, bourgeois de Lyon, appellant des ordonnances du ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant, & préſidiaux dudit lieu, des 1 & 6 février 1644, & de ce qui s'en eſt enſuivi, & demandeur ſuivant la clauſe de ſon relief d'appel, à fin d'évocation de l'inſtance & demande principale, portées par les requêtes ſur leſquelles ſont intervenues leſdites ordonnances, l'une tendante à ce que ledit Tricau ſoit condamné payer à défunt M. Jean Depomey, ci-devant ſubſtitut du procureur général du roi en ladite ſénéchauſſée de Lyon, les deux tiers de la ſomme de trois mille livres, conſtituée en dot à damoiſelle Philiberte Depomey, par défunt Briand Depomey, pere commun d'elle & dudit défunt M. Jean Depomey, moyennant pareille ſomme à elle donnée par ledit Briand Depomey, pour ſa ſeconde dot, avec les intérêts, ſans préjudice d'autres prétentions, & que les fonds délaiſſés aux appellans par Charles Tricau ſon aïeul & par Claude Tricau ſon pere, ſeroient déclarés affectés & hypothéqués au payement de ladite ſomme en principal & intérêt: & l'autre, préſentée par M. Hugues Depomey, tendante à fin que leſdits fonds ſoient déclarés affectés au payement de ladite ſomme & intérêts, & qu'ils ſeroient vendus, & ſur les deniers en provenans, ledit Depomey payé de ladite ſomme, ſi mieux n'aime ledit Tricau lui payer ladite ſomme avec les intérêts & dépens, d'une part: & M. Hugues Depomey, conſeiller au ſiége préſidial de Lyon, fils & héritier de maître Jean Depomey, qui étoit fils & héritier dudit Briand Depomey, intimé & défendeur, d'autre; ſans que les qualités puiſſent nuire & préjudicier aux parties; après que Defita, pour l'appellant, & Lambin, pour l'intimé, ont été oüis, enſemble Talon, pour le procureur général du roi, qui a dit: que bien que l'action ſoit hypothécaire, & qui, par conſéquent, ne ſe preſcrit que par quarante ans, ainſi qu'à la rigueur la ſomme demandée ſoit dûe; néanmoins, ayant retourné au profit d'un aïeul, lequel ayant ſurvécu plus de quinze ans, & laiſſé deux de ſes enfans héritiers fort riches, ſans avoir donné aucune choſe à ſa fille, & leſdits intimés n'ayant fait ladite demande que trente-cinq ans après, il y a lieu de préſumer qu'il a eu deſſein d'en faire la remiſe, auſſi-bien que leſdits intimés, qui vraiſemblablement n'ont été portés à cette demande que par un motif de paſſion & d'animoſité, qui ſemble devoir être favorable à l'appellant, pour le décharger, tant du principal que des intérêts. La cour a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé au néant; émendant & évoquant le principal, & faiſant droit ſur les demandes, a mis & met les appellans hors de cour & de procès, ſans dépens. Fait en parlement le 19 juillet 1644. *Signé*, Guyet.

OBSERVATIONS.

Si l'action perſonnelle étant jointe à l'action hypothécaire, dure quarante ans.

L'Auteur examine dans cette queſtion, ſi l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire doit durer quarante ans. Il traite cette queſtion de part & d'autre avec tant d'érudition, que ce ſeroit être téméraire de vouloir y ajouter quelque choſe. Il ſe détermine à dire qu'elle doit être bornée à trente ans, par cette raiſon qu'à préſent le cours de la vie de l'homme étant plus court, le cours de la preſcription doit auſſi être plus court; mais il reconnoît que ſon opinion eſt contraire à la diſpoſition de la loi *cùm notiſſimi, cod. de præſcript. 30, vel. 40, ann.* & à la juriſprudence des arrêts. Dans la queſtion 102 de ce livre, il fait mention d'un arrêt qui a jugé contre ſon opinion, c'eſt pourquoi il la reſtraint ici aux hypothéques qui procédent de la loi ou des jugemens: il ſoutient qu'en ce cas l'action ne doit durer que trente ans. Bacquet des droits de juſtice,
20 ch. 21, nomb. 187, 188 & 189, établit fort bien cette diſtinction. Il donne la raiſon pourquoi l'action hypothécaire tacite, jointe à la perſonnelle, ne dure que trente ans, *quia ſine perſonali obligatione non poteſt ſubſiſtere, & ea ſublata neceſſe eſt ut actio hypotecaria evaneſcat.* Brodeau, ſur la coutume de Paris, art. 81, nomb. 7, eſt de même ſentiment. Notre auteur décide la même choſe à l'égard de l'héritier qui ne poſſéde aucuns héritages de la ſucceſſion du défunt, ou qui a payé ſa part & portion de la dette. Et dans le tom. 2, liv. 4, queſt. 171, il décide que l'hypothéque des légataires n'eſt pas ſolidaire, & qu'elle ſe preſcrit par trente ans.

21 Dans tous les pays de droit écrit, reſſortiſſans au parlement de Paris, quand l'action perſonnelle eſt jointe à l'hypothécaire elle dure 40 ans: il en faut excepter pourtant l'Auvergne, où toutes les actions ſont bornées à trente années, même dans les lieux qui ſont régis par le droit écrit, ainſi qu'il eſt déclaré par l'art. 1 du ch. 17 des preſcriptions. *Idem* en Berry, Bourbonnois & Bourgogne.

22 La diſpoſition de la loi *cùm notiſſimi* eſt auſſi ſuivie dans la coutume de Paris, & dans toutes celles qui n'ont point de diſpoſition contraire, ſuivant les arrêts rapportés par M. Louet & ſon commentateur, lettre H, ch. 3.

BIU Cujas

Mais choſe ſurprenante, le parlement de Toulouſe ne ſuit pas la diſpoſition de cette loi : il a borné la preſcription de l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire à 30 ans, par pluſieurs arrêts rapportés par M. Maynard, liv. 6, queſt. 31, dont il y en a un en forme de réglement, prononcé en robbes rouges par M. de Leſtang, & par lui rapporté ch. 9 ; il eſt cité par M. de la Rocheflavain, liv. 6, tit. 72, art. 2, par M. Graverol, au même endroit, & par M. Cambolas, liv. 3, ch. 38. M. Boyer, dans ſes déciſions, queſt 320, nomb. 4, & Automne, ſur la loi *cùm notiſſimi*, témoignent que la même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Bordeaux. Bechet, ſur l'art. 64 de l'uſance de Xaintes, dit qu'autrefois à Bordeaux l'on ſuivoit la diſpoſition de la loi *cùm notiſſimi;* mais qu'à préſent on ne la ſuit plus. 23 24

Après cela, qui n'admirera la biſarrerie des jugemens des hommes ? Le parlement de Toulouſe, qui ſe pique d'être exact obſervateur du droit Romain, s'écarte ouvertement de la diſpoſition expreſſe d'une loi de l'empereur Juſtinien, qui régle ſur cette matiere le dernier état du droit. 25

Le parlement de Paris, au contraire, qui fait gloire de n'être point ſoumis au droit Romain, ſuit ſa diſpoſition dans un cas où il eſt entierement contraire à l'eſprit du droit François, qui ne reconnoît point de preſcription au-delà de 30 ans. L'on peut dire que cette maxime eſt auſſi ancienne que la monarchie, puiſqu'elle eſt établie par une ancienne conſtitution du roi Clotaire, qui eſt rapportée dans les capitulaires de nos rois, de l'édition de M. Baluſe, pag. 8 & 9, art. 13, *quidquid eccleſia, vel provinciales noſtri, intercedente tamen juſto poſſeſſionis initio, per triginta annos inconcuſſo jure poſſedisſe probantur, in eorum ditione res poſſeſſa permaneat; nec actio tanti ævi ſpatiis ſepulta ulteriùs contra legum ordinem, ſub aliqua repetitione conſurgat, poſſeſſione in poſſeſſores jure ſine dubio permanente.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns ma premiere obſervation, j'ai dit que dans la province d'Auvergne, même dans la partie régie par le droit écrit, la preſcription n'eſt que de 30 ans.

Cela n'eſt pas vrai dans les lieux régis par le droit écrit ; quand l'action perſonnelle eſt jointe à l'hypothécaire, elle dure 40 ans, ſuivant la loi *cùm notiſſimi ;* cela ſe juge ainſi au préſidial d'Aurillac, ce qui m'a été certifié par pluſieurs officiers de ce ſiége très-habiles.

J'ai dit, ſur le témoignage de Lapeyrere, que la loi *cùm notiſſimi* n'étoit pas ſuivie au parlement de Bordeaux ; c'eſt une erreur réfutée par l'auteur des nouvelles notes ſur les déciſions de Lapeyrere, lett. P, nomb. 103, qu'il autoriſe d'un arrêt préſidental, c'eſt-à-dire, en forme de réglement.

☞ Il y a pluſieurs coutumes qui ne reconnoiſſent point d'autre preſcription que celle de trente ans. Auvergne, ch. 17, art. 1, Berry ; tit. 12, art. 1 ; Bourbonnois, ch. 3, art. 23 ; Nivernois, tit. des preſcriptions, 36, art. 1 ; Bourgogne, ch. 14, article unique ; Orléans, art. 261, Montargis, ch. 17, des preſcriptions, art. 1.

Il s'eſt préſenté une queſtion aſſez ſinguliere dans cette derniere coutume dont voici l'eſpece.

Le 11 décembre 1683, damoiſelle Suſanne-Charlotte Deſprez fut mariée avec Chriſtophe-Guillaume, écuyer, ſieur de Richebourg. Dame Marthe de Thibalier ſa mere, lui fit donation par ſon contrat de mariage de la terre de Vauſin, avec ſes dépendances, ſituée dans la coutume de Lorris ou Montargis.

Le 26 novembre 1705, la dame de Richebourg pour lors veuve fut aſſignée en la cour à la requête de Meſſire René de Rougemont, & de dame Renée Cabaret ſon épouſe, pour voir déclarer exécutoire contr'elle en qualité d'héritiere de la dame de Thibalier ſa mere ; un arrêt du 26 mars 1680, obtenu par dame Suſanne du Sauſay, mere de la dame de Rougemont, contre la dame de Thibalier ; en conſéquence être condamnée à lui payer la ſomme de 4650 liv. avec les intérêts, depuis le jour de la demande, & aux dépens. Pour défenſes la dame de Richebourg fit ſignifier l'acte de renonciation par elle faite à la ſucceſſion de ſa mere, en conſéquence elle conclut à être déchargée de la demande avec dépens.

Le procureur des ſieur & dame de Rougemont, pour éviter la condamnation de ſes parties, préſenta une requête le 23 juin 1712, par laquelle il conclud à ce qu'en cas que la cour fît difficulté de déclarer l'arrêt du 26 mars 1680, exécutoire contre la dame de Richebourg, il lui plût déclarer la terre de Vauſin, & tous les autres biens à elle donnés par ſon contrat de mariage par la dame ſa mere, affectés d'hypothéque au payement de la ſomme de 4650 liv. intérêts & dépens, ſi mieux elle n'aimoit payer ladite ſomme, ou déguerpir ladite terre, avec reſtitution de fruits.

BIU Cujas

La dame de Richebourg étant venue avec son procureur me demander conseil sur ce qu'elle avoit à faire sur cette demande, je fus d'avis que cette demande n'ayant rien de connexe avec la premiere, c'étoit une demande principale qui ne pouvoit pas être portée en la cour *recta*, & qu'il falloit demander qu'elle fût renvoyée pardevant le bailli de Sens, juge du domicile de la dame de Richebourg. Le procureur ayant donné une requête à cet effet, M. le rapporteur ne voulut pas la recevoir; il dit, qu'il falloit défendre à la demande en déclaration d'hypothéque. La dame de Richebourg m'ayant prié de dresser des défenses, je soutins qu'il y avoit prescription, attendu que depuis le contrat de mariage de la dame de Richebourg, du 11 décembre 1683, jusqu'au 23 juin 1712, jour de la demande en déclaration d'hypothéque, il s'étoit écoulé 29 années, & qu'un donataire entre-vifs prescrit les choses à lui données par dix ans entre présens, & 20 ans entre absens, suivant la loi *super 11, cod. de præscript. long. temp.*

Les sieur & dame de Rougemont, par leurs réponses, soutinrent que dans cette occasion la prescription de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, ne devoit pas être reçue, parce que la terre de Vausin étoit située dans la coutume de Lorris, qui ne reconnoît point d'autre prescription que celle de trente ans.

Je répondis qu'en matiere de prescription, il ne faut point considérer la coutume du lieu où les héritages sont situés, & qu'il faut uniquement considérer le domicile des parties, ainsi que cela est décidé dans la loi derniere, au code *de long. temp. præscript. de rebus autem de quibus dubitatio est, nulla erit differentia, sive in eadem provincia sint, sive in vicina, vel trans mare positæ, vel longo spatio separatæ; quid enim prodest in ipsa provincia esse possessionem, an in alia, cùm jus vindicationis incorporale est, & ubicumque res positæ sunt, & dominium earum & vinculum ad dominum vel creditorem possit reverti.*

M. de Bon Cheuvret, qui étoit le conseil des sieur & dame de Rougemont, & qui étoit très-habile, soutenoit que cette loi n'étoit pas reçue dans la France coutumiere, qui ne reconnoît point d'autres prescriptions que celles introduites par les coutumes. Il ajoutoit, que s'agissant d'une action hypothécaire, qui est une action réelle, il falloit suivre la coutume de Lorris où la terre est située: enfin il disoit que la coutume de Sens où est le domicile de la dame de Richebourg, ne parlant point de la prescription, il falloit se régler par la coutume la plus voisine, qui est celle de Lorris.

De mon côté, je soutenois, 1°. que la disposition de la loi derniere, *cod. de long. temp. præscription.* étoit suivie dans la France coutumiere, suivant le sentiment de Mornac dans ses notes sur cette loi, *nota, apprimè hanc decisionem, eam enim confirmavit senatus.*

2°. Que quand une coutume ne parle point de la prescription, il faut avoir recours au droit Romain, duquel le droit François a emprunté les régles des prescriptions, & que la prescription de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, en faveur du tiers détenteur, est du droit commun des pays coutumiers, comme il est justifié par la coutume de Paris, art. 14, & par le plus grand nombre des coutumes.

3°. Qu'il faut distinguer entre les actions réelles, & les actions personnelles ou mixtes; que pour les premieres, il falloit suivre la coutume du lieu où la terre est située; mais que pour les autres il faut suivre la coutume du domicile du défendeur: or une demande en déclaration d'hypothéque est une action mixte, *est actio personalis in rem scripta*; car l'on conclud d'abord contre la personne, *si mieux n'aime payer*: ensuite contre l'héritage, *ou déguerpir*. Pour preuve que la demande en déclaration d'hypothéque est mixte, j'alléguois la juridiction des maîtres des requêtes de l'hôtel & du palais qui en connoissent.

4°. Que si en matiere de prescription, il falloit suivre la coutume du lieu où l'héritage est situé, la distinction de la présence & de l'absence seroit inutile; que cette distinction a toujours été suivie en France.

Pour prouver cette maxime, je citois Faber sur les instituts *de usur. cap.* 1, n. 11 & 12, où il dit qu'en matiere de prescription l'on ne considére point le lieu où l'héritage est situé, *Item quid si domicilia sint in diversis provinciis, res tamen contentiosa est in provincia actoris? Verùm quod nihilominibus debent reputari absentes, cùm lex illa finalis solummodò domicilia notet, non locum rei contentiosæ.* Carondas, dans son commentaire sur la coutume de Paris, art. 116, dit que la présence ou l'absence ne s'estime pas selon l'assiette de l'héritage, mais selon le domicile des parties.

Brodeau, dans son commentaire sur le même article, établit la même maxime. Il dit à la fin que telle est l'opinion de tous les commentateurs des coutumes, n'y en ayant pas un seul qui tienne qu'en la prescription de l'action hypothécaire, on considere la coutume du lieu où l'héritage est assis, quand le créancier & le détenteur sont demeurans dans une autre coutume dont la disposition est contraire.

Ricard, sur le même article, dit aussi que la disposition du droit est suivie. Il dit que cela a été ainsi jugé par un arrêt du 12 juillet 1659, dans un procès où il avoit écrit; mais

BIU Cujas

ce n'eſt pas tout-à-fait la même eſpece que celle dont il s'agit : car dans l'eſpece de l'arrêt cité par Ricard, les deux parties étoient domiciliées à Paris, & les héritages ſitués dans la coutume de Montfort, qui a la même diſpoſition que celle de Paris : au lieu que dans l'eſpece de l'arrêt que je vas rapporter, les héritages étoient ſitués dans la coutume de Lorris, qui ne reconnoît que la preſcription de 30 ans, & les parties étoient domiciliées dans les coutumes qui admettent la preſcription de 10 ans entre préſens, & 20 ans entre abſens. Par cet arrêt il a été jugé qu'il faut ſuivre la coutume du lieu où eſt demeurant le défendeur, quoique l'héritage ſoit ſitué dans une coutume qui requiert une plus longue preſcription.

Cet arrêt étant le premier qui a jugé la queſtion, je crois que le public me ſçaura gré de le lui donner dans ſon entier.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre, ſalut : ſavoir faiſons, qu'entre René de Rougemont, écuyer ſieur de la Richandiere, & dame Renée Cabaret ſon épouſe, fille & héritiere de défunt Charles Cabaret, écuyer, capitaine d'un vaiſſeau des armées navales ; & encore ladite Cabaret, héritiere de dame Anne Cabaret ſa ſœur, religieuſe au couvent des Filles de S. François de Mirebault, laquelle étoit auſſi héritiere dudit défunt ſieur Cabaret ſon pere, demandeurs aux fins de la commiſſion & exploit, des 29 avril & 26 novembre 1705, d'une part ; & dame Suſanne Charlotte Deſprez, veuve du ſieur de Richebourg, fille & héritiere & biens-tenante de défunte dame Marthe Thibalier ſa mere, défendereſſe, d'autre ; & entre ledit de Rougemont, ſa femme, demandeurs en requête du 23 juin 1712, d'une part ; & ladite Deſprez, défendereſſe, d'autre. Vû par la cour la commiſſion & demande dudit de Rougemont & ſa femme, des 29 avril & 26 novembre 1705, à ce que l'arrêt du 26 mars 1680 fût déclaré exécutoire contre ladite Deſprez, comme il étoit contre ladite défunte Marthe Thibalier : ce faiſant, la condamner pour les parts & portions dont elle eſt héritiere perſonnellement de ladite défunte Thibalier, & hypothécairement pour le tout, à payer aux demandeurs la ſomme de quatre mille ſix cent cinquante livres, faiſant moitié de celle de neuf mille trois cent livres portée par ledit arrêt, & les intérêts de ladite ſomme, à compter du jour de la demande qui en avoit été faite à ladite Thibalier, & aux dépens de l'inſtance, même en ceux réſervés par ledit arrêt, ſans préjudice d'autres droits & actions : défenſes de ladite Deſprez : arrêt d'appointé en droit du 10 mai 1709 : Autre arrêt du 6 juin 1611, par lequel l'avis de la communauté des avocats & procureurs de la cour du 10 avril 1710, auroit été homologué, & en conſéquence ordonné que l'arrêt de réglement du 10 mai 1709, ſeroit réformé en ce que ladite Deſprez y auroit été employée en qualité d'héritiere de Marie Thibalier ſa mere, ce faiſant, ordonné que ledit arrêt ſeroit exécuté en qualité de biens tenante ſeulement, dépens réſervés, productions des parties : Avertiſſement de lad. Deſprez du 27 mai 1712, ſervant de contredits : ſommation d'en fournir par leſdits ſieur de Rougemont & ſa femme, la requête & demande deſd. de Rougemont & ſa femmes des 23 juin 1712, à ce qu'acte lui fût donné de ce qu'en expliquant leurs qualités & leurs demandes, fins & concluſions portées par leſdites commiſſions & exploits des 19 avril & 26 novembre 1705, ils ſe rendoient aux qualités de la préſente requête, demande contre ladite Deſprez, à ce qu'en cas que la cour fît difficulté de déclarer l'arrêt du 26 mars 1680, exécutoire contre lad. Deſprez, & pour rendre la prononciation plus réguliere, à ce que la terre & ſeigneurie de Vauſin, ſituée en la paroiſſe de Courtenai, régie par la coutume de Lorris, & généralement tous les autres biens donnés à lad. Deſprez par ſon contrat de mariage du 11 décembre 1684, par dame Marthe Thibalier ſa mere, fût déclarée affectée & hypothéquée au payement de la ſomme de quatre mille ſix cent cinquante livres, intérêts & dépens : ladite ſomme de quatre mille ſix cent cinquante livres, faiſant moitié de celle de neuf mille trois cent livres, dont la condamnation avoit été prononcée par led. arrêt contre la mere de lad. Deſprez ; & en conſéquence elle fût condamnée à payer audit de Rougemont la ſomme de quatre mille ſix cent cinquante livres, avec les intérêts qui en étoient dûs, qui écherroient juſqu'à l'actuel payement, enſemble les dépens adjugés par ledit arrêt, ſi mieux n'aimoit ladite Deſprez déguerpir lad. terre & ſeigneurie de Vauſin, & tous les autres biens ſitués en ladite coutume de Lorris à elle donnés par ſa mere, & en rapporter les fruits, à compter du 26 novembre 1705, jour de la demande, & qu'elle ſeroit tenue d'apporter dans trois jours, du jour de la ſignification de l'arrêt qui interviendroit, ſinon l'option référée & condamnée aux dépens, & qu'acte lui fût donné de l'emploi pour écritures & productions ſur ladite demande, au bas de laquelle requête eſt l'ordonnance de la cour, portant ſur la demande en droit & joint, & acte de l'emploi : Requête de ladite Deſprez du 2 juillet 1712, employée pour fins de non-recevoir, & en tant que beſoin ſeroit, pour défenſes à la demande en déclaration d'hypothéque deſdits de Rougemont & ſa femme, du 23 juin dernier, & en conſéquence procédant au

BIU Cujas

jugement de l'instance, & en déclarant lesdits de Rougemont & sa femme non-recevables en ladite demande : les conclusions par elle prises en icelles lui fussent adjugées, & lesdits de Rougemont & sa femme condamnés aux dépens, même en ceux réservés par les arrêts de la cour, sauf à eux à se pourvoir devant les juges des lieux, conformément à l'ordonnance, ainsi qu'ils aviseroient bon être : Les défenses de ladite Desprez, au contraire, sur laquelle requête auroit été mis, ait acte & au surplus en jugeant : Requête desdits de Rougemont & sa femme, du 8 dudit présent mois de juillet 1713, employée pour réponse à l'avertissement de ladite Desprez, du 20 juillet 1712, servant de défenses & salvations : Réponses desdits de Rougemont & sa femme, du 23 juillet 1712, audit avertissement du 20 dudit mois : Sommation de produire & contredire : Production nouvelle de ladite Desprez, par requête du 30 juin 1712, contredits desdits de Rougemont & sa femme, du 1712, contre les productions principales & nouvelles de ladite Desprez, en exécution desdits arrêts & ordonnances : Sommations générales de ladite Desprez auxdits de Rougemont & sa femme, de satisfaire à tous les réglemens : *Tout joint & considéré, ladite cour faisant droit sur le tout, déboute lesdits de Rougemont & sa femme de leurs demandes, & les condamne aux dépens, même en ceux réservés.* Si mandons au premier huissier sur ce requis, mettre le présent arrêt à exécution : de ce faire te donnons pouvoir. Donné & fait en parlement le 29 juillet 1712, & de notre régne le soixante & dixiéme.

DES PRESCRIPTIONS.

QUESTION SOIXANTE-SEIZIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *En quel tems commence la prescription dans les ventes sous faculté de remeré.*
2. *Raisons du créancier, pour établir que la prescrition ne doit commencer qu'après le tems du remeré.*
3. *Le tems du retrait lignager ne commence qu'après la faculté de remeré expirée.*
4. *Au parlement de Paris, le tems de la restitution ne commence à courir que du jour que le délai du remeré est fini.*
5. *Raisons de l'acquéreur, pour établir que la prescription commence du jour de la vente.*
6. *Au parlement de Toulouse, le tems de la restitution commence du jour de la vente.*
7. *Les raisons de l'acquéreur sont plus juridiques.*
8. *Contrariété des coutumes, sur le tems du retrait en ce cas.*
9. *Arrêt confirmatif de la sentence qui avoit jugé en faveur de l'acquéreur.*
10. *Un acquéreur à titre pignoratif peut prescrire les hypothéques.*
11. *La vente sous faculté de remeré est pure & simple, mais elle peut se résoudre sous cette condition.*

QUESTION LXXVI.

Si l'acquéreur, sous faculté de rachat, peut dès-lors de son contrat commencer à prescrire les hypothéques.

TITIUS achete un héritage, & par le contrat, accorde au vendeur faculté de racheter les fonds, dans quatre ans. Le vendeur ne se sert point de cette grace, & le tems d'icelle expire.

L'acquéreur continue sa jouissance pendant dix ans. Après cet intervalle, un créancier le fait appeller en déclaration d'hypothéque, & l'acquéreur se défend du tems de sa possession ; en un mot, oppose la prescription de plus de dix ans. L'on demande de quel tems elle se doit compter, si c'est du jour du contrat, ou du jour que la grace & faculté de racheter est expirée.

Le créancier, demandeur en déclaration d'hypothéque, pouvoit dire que pendant le tems de la grace, la vente étant comme suspendue, & l'acquéreur n'étant pas maître incommutable du fonds, il ne peut 2
aussi prescrire les hypothéques : que comme les créanciers sçavent qu'il n'a pas un droit assuré, & qu'on lui peut ôter l'héritage, ils ne sont pas obligés d'agir contre lui, & de faire une instance inutile & vaine : que comme il peut être dépossedé d'un jour à l'autre, ils ont raison d'attendre quel effet aura la grace, pour ne pas faire des frais frustratoires : qu'en effet, l'on a jugé que l'an du retrait lignager ne commence à 3
courir que du jour du remeré fini, & que le lignager n'est pas obligé d'agir, que la vente ne soit non-seulement parfaite, mais encore irrévocable ; que c'est parce que

BIU Cujas

que *res censetur alienata quandiu per venditorem recuperari potest*, la suspension de l'acte & de la subsistance suspendant aussi la poursuite : qu'il faut dire le même des créanciers, & qu'ils ont raison d'attendre que la faculté soit expirée, & l'acquéreur fait seigneur assuré de l'héritage.

4 Le créancier pouvoit encore ajouter que la faculté suspend tellement l'effet de la vente, que la cour a jugé par l'arrêt rapporté par monsieur Loüet, en la let. R, art. 46, que les dix ans de l'ordonnance, pour la rescision d'un contrat de vente, ne commence à courir que du jour de la faculté expirée : que par identité de raison, il faut dire, que demeurant en suspens si l'acquéreur gardera, ou non, l'héritage, si la vente aura lieu, ou non; le créancier n'est pas obligé d'agir dans cette incertitude, & qu'il faut qu'elle soit levée avant que la prescription commence à courir.

Au contraire, l'acquéreur pouvoit dire que l'ordonnance de Louis XII, parlant indéfiniment, & à
5 compter du jour que les contrats ont été faits, il y a lieu de soutenir que la prescription de dix ans ne laisse pas de courir, quoiqu'aux contrats il y ait une faculté de racheter : qu'en effet le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé, ainsi que l'assure monsieur Maynard, au liv. 3, ch. 68 de ses questions notables. Mais
6 quand il en faudroit demeurer aux préjugés du parlement de Paris, qu'ils ne pourroient pas se tirer à conséquence pour la décision de la question agitée : que s'il avoit été jugé que les dix ans de l'ordonnance ne se devoient compter que du jour de la faculté expirée, ce n'est pas tant parce que la vente n'étoit irrévocable & pouvoit être résoute, que parce que le vendeur pouvant rentrer dans son fonds, *ex lege contractûs*, n'étoit pas obligé de recourir au bénéfice du prince : par conséquent, que le tems du remede extraordinaire ne pouvoit courir, que le tems du remede ordinaire que la convention du contrat lui fournissoit, ne fût écoulé; qu'ayant double voye, elles étoient successives, & ne pouvoient être accumulées. Enfin, que la faculté de racheter que le vendeur se réserve, étant une charge & condition qui diminue le prix, la lésion ne se peut juger qu'après qu'elle est expirée; & partant, qu'il faut attendre cela pour se pourvoir en rescision d'outre moitié du juste prix.

Qu'on ne peut pas dire le même pour l'action hypothécaire, qu'elle est d'abord préparée, & ne souffre point de retardement ni d'obstacle : Que comme le créancier voit un nouveau détenteur du fonds, il est obligé de faire déclarer son hypothéque contre lui, & s'il ne le fait, que son silence lui doit être imputé à faute; qu'encore que le contrat soit résoluble sous l'événement d'une condition, il ne laisse pas d'être parfait, & que c'est assez qu'il puisse demeurer irrévocable; que le créancier le doit prévoir, & que ce n'est pas à lui à deviner si le vendeur se servira de la faculté concédée; qu'il lui doit suffire qu'il la puisse négliger, & faire subsister la vente : que dans le doute de l'événement, il doit plûtôt faire ses diligences que demeurer dans le silence; & qu'il vaut mieux qu'il se mette au hasard de faire une poursuite inutile, que de laisser prescrire son hypothéque; que du moins, après la faculté expirée, il est obligé d'agir, & que voyant la vente assurée & irrévocable, il doit songer que s'il laisse l'acquéreur dans sa possession paisible, il prescrira l'hypothéque par dix ans. Enfin, que la négligence de ce créancier est d'autant moins excusable, qu'il a dû signifier son hypothéque, en donner la connoissance à l'acquéreur, le constituer par-là en mauvaise foi, & par ce moyen, interrompre la prescription de dix ans.

Et quant à ce qu'on allegue du retrait lignager, le défendeur pouvoit soutenir qu'il y a de la différence, & que si l'an & jour, dans lequel il faut intenter cette action, ne court que du jour du remeré fini, c'est parce que l'assignation qu'on donneroit auparavant pourroit obliger le vendeur à retirer son fonds, & à se servir de la faculté; que l'acquéreur même qui se verroit à la veille d'être dépossédé par le lignager, lui en donneroit le mouvement, & aimeroit mieux rendre le fonds au vendeur, qu'à ce parent : que le lignager a donc intérêt d'attendre si la vente sortira son plein effet, & que jusqu'à ce, il ne peut pas demander ce que le vendeur peut ôter à l'acheteur : qu'il y a bien de la différence entre la propriété & l'hypothéque; car au lieu que la propriété étant suspendue, on doit attendre qui en sera le vrai maître, cela ne nuit point à l'hypothéque, & n'empêche pas qu'on n'en demande la déclaration : qu'enfin le lignager ne peut faire ce que peut faire l'acquéreur; sçavoir, arrêter la prescription par la signification de son droit.

Les raisons du défendeur ont prévalu, & le créan- 7
cier a été déclaré non-recevable, pour n'avoir intenté son action dans les dix ans du jour du contrat, en quoi nous estimons que les différences que nous avons remarquées donnent le coup, & qu'autrement, la question ne seroit pas sans doute. Car si le parlement de Paris a jugé que les dix ans de l'ordonnance pour la rescision d'une vente, ne se comptent que du jour que la faculté est expirée. Le parlement de Toulouse à jugé, au contraire, que c'est du jour du contrat que la prescription doit être comptée. Ce qui semble être fondé sur la loi seconde, § *biduum*, ff. *quando appellandum sit* : car en icelle le jurisconsulte dit, *quod si sententia sub conditione fuerit dicta, statim tempora ad appellandum imputari debere.*

Et pour ce qui a été dit du retrait lignager, si la 8
coutume de Nivernois, art. 9 du titre du retrait lignager, & celle de Sens, art. 63; Orléans, art. 393; Bourbonnois, art. 423, Tours, art. 157; Blois, art. 206; & Bordeaux, art. 15 du titre du retrait lignager, ne font courir le tems du retrait que du jour que la faculté est expirée, plusieurs autres coutumes sont contraires, & font courir le tems du retrait, sans attendre que le tems du remeré soit fini, même les coutumes de Poitou, art. 228; Berry, tit. du retrait, art. 3; Auxerre, art. 185; Auvergne, ch. 23, art. 13; Bourgogne, art. 106.

Il faut donc établir la résolution sur ce que le créancier a une voye plus courte & plus prompte, n'ayant qu'à faire donner une assignation, ou qu'à signifier son hypothéque; au lieu que le lignager doit d'abord consigner le prix, & faire des offres. Voyez Guy Pape, en sa question 257, & ceux qui ont écrit sur icelle.

La question que nous avons traitée a été débattue 9
entre Maître Aubin de Losme, & maître Pierre Ronzaut, & fut jugée en faveur du défendeur, par sentence de messieurs des requêtes du palais le 18 août 1631, laquelle fut confirmée par arrêt. Il est vrai qu'outre les moyens cottés, on soutint en cause que ce n'étoit pas une véritable vente, mais un simple engagement, & pour faire passer le contrat pour pignoratif, on alléguoit quelques marques. Mais 10
outre qu'elles n'étoient pas pressantes, on tient qu'un acquéreur à titre gagiaire, & qui ne peut pas prescrire contre le vendeur que par trente ans, peut pourtant prescrire contre les créanciers leurs hypothéques. C'est l'opinion de Chopin, sur la coutume d'Anjou, liv. 3, ch. 2, tit. 5; ce que Brodeau semble suivre sur monsieur Loüet, en la lettre H, nomb. 9, ce qui n'est pas sans difficulté. Car s'il est vrai que le contrat pignoratif n'est pas translatif du droit de propriété, & si l'acquéreur par engagement est plûtôt dans la possession qu'il n'est pas possesseur : *Si non tam sibi quàm domino possidet*, com-

ment est-ce que celui qui n'a ni droit ni propriété, ni possession véritable, pourroit prescrire contre un créancier son hypothéque? Aussi, le même Brodeau remarque au lieu cotté, que l'acquéreur par contrat gracieux & pignoratif ne peut pas opposer la discussion, & que ce bénéfice n'a lieu que quand la vente est parfaite. Ce qui semble recevoir quelque contradiction: car comment peut prescrire celui qui ne peut opposer le défaut de discussion? On peut bien dire qu'une hypothéque peut exclure l'autre, & que celui qui est dans la chose est préférable; mais cela est plus subtil que solide. Quoi qu'il en soit, bien que la principale marque du contrat pignoratif soit la réconduction, il faut supposer, que pour prescrire les hypothéques, il est nécessaire que l'acquéreur ait joui, & que l'engagement soit établi sur d'autres marques que sur le défaut de jouissance; car autrement, celui qui n'auroit joui & qui auroit laissé le vendeur dans l'héritage, ne pourroit avoir prescrit.

OBSERVATIONS.

Si dans les ventes faites sous faculté de remeré, l'acquéreur commence à prescrire contre les créanciers du vendeur, du jour de son contrat.

L'Auteur dans cette question, établit que dans les ventes faites sous faculté de remeré, que l'on appelle dans la province grace de rachat, la prescription commence à courir contre les créanciers du vendeur du jour du contrat, sans qu'il soit besoin d'attendre que le tems de la faculté soit expiré. La raison sur laquelle l'auteur fonde sa décision, est parce que les créanciers du vendeur ont la liberté d'agir contre l'acquéreur, du jour du contrat.

12 Cette raison est bonne, mais il y en a une autre qui est plus juridique, puisqu'elle est tirée de la loi même. Le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 2, § 1, *de in diem addict.* décide qu'une semblable vente est pure & simple, mais qu'elle peut se résoudre sous condition: cette condition ne regarde que le vendeur, & ses créanciers ne peuvent point s'en prévaloir. Le même jurisconsulte ajoute que cette condition n'empêche pas que l'acquéreur ne soit véritable propriétaire: *Julianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est: & usu capere posse, & fructus, & accessiones lucrari, & periculum ad eum pertinere, si res interierit;* dans la loi 4, § 3, du même titre, le jurisconsulte Marcellus dit la même chose, *ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset:* & par conséquent il a toutes les qualités nécessaires pour prescrire contre les hypothéques des créanciers du vendeur.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

De quel jour commence à courir le tems du bénéfice de restitution contre les contrats de vente à faculté de remeré.

AU parlement de Paris, le terme de la restitution ne commence que du jour de la faculté de remeré expirée. Cela a été ainsi jugé par un arrêt du 21 juillet 1601, rapporté par M. Louet, lett. R, som. 46, rendu en la troisiéme chambre des enquêtes, après avoir demandé l'avis aux autres chambres. Ce même arrêt est rapporté par M. Lepreſtre, cent. 1, ch. 34, qui dit que la même chose avoit été jugée par un arrêt du 26 juillet 1574, rendu en la quatriéme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Refuge.

Au parlement de Toulouse, l'on juge que le tems de la restitution commence du jour du contrat. Cela a été jugé par un arrêt rapporté par M. Maynard, dans ses questions notables, liv. 3, chap. 68, qui certifie que la même jurisprudence est observée au parlement de Bordeaux; M. le Feron, sur la coutume de Bordeaux, art. 273, certifie la même chose.

L'auteur des nouvelles notes, sur les décisions de Lapeyrere, lett. P, nomb. 94, rapporte deux arrêts du parlement de Bordeaux contraires sur cette question: le premier, du 13 juin 1671, a jugé que la prescription ne commence que du jour de la faculté de remeré expirée; l'autre du 8 août 1685, a jugé que la prescription commence du jour du contrat: il dit que cela fut ainsi jugé suivant l'autorité de M. Henrys, qui fut lu sur le bureau.

Lett. R, nomb. 15, Lapeyrere dit qu'en vente à faculté de rachat, les dix ans de restitution courent du jour de contrat, & non du rachat fini.

L'auteur des nouvelles dit en cet endroit, que la décision de l'auteur sur la lett. R, nomb. 72, est contraire à celle-ci; que néanmoins la premiere paroît plus conforme à l'ordonnance, qui porte que les restitutions seront demandées dans les dix ans, à compter du jour du contrat.

Il faut prendre garde que dans l'édit de 1706, c'est le nombre 94, au lieu de 72, & que

BIU Cujas

l'auteur n'a rien décidé sur la lett. P, mais l'auteur des nouvelles notes dit que cela a été jugé diversement par les deux arrêts ci-dessus rapportés.

J'ai souvent dit, & je ne saurois trop le répéter, qu'il n'y a point de fond à faire sur les arrêts, parce que la moindre circonstance fait changer la décision.

Parmi les arrêts du parlement de Rouen du 6 avril 1666, art. 110, il y en a un conçu en ces termes: *Le relévement de la vente faite à condition de remeré, doit être pris dans les dix ans du contrat de vente, & non de l'expiration de la faculté de remeré.*

DES PRESCRIPTIONS.

QUESTION SOIXANTE-DIX-SEPTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Clause du contrat qui donne lieu à la question.*
2. *Récit du fait.*
3. *Moyens des créanciers.*
4. *Distinction entre la prohibition d'aliéner, stipulée par un contrat, & celle portée par un testament.*
5. *Moyens du vendeur.*
6. *Arrêt du 12 janvier 1604, qui fait distraction au vendeur.*
7. *Arrêt du 16 juillet 1644, qui entérine la requête civile obtenue par les creanciers, & déboute le vendeur.*
8. *Avis de l'auteur, que ce dernier arrêt est fondé sur le laps du tems qui s'étoit écoulé depuis le contrat.*
9. *En matiere de legs & de fidéicommis, la prescription ne commmence à courir que du jour de l'aliénation.*

QUESTION LXXVII.

Si la faculté réservée par le vendeur, d'être préféré en la chose, en cas que l'acheteur vînt à la vendre, est prescriptible.

1 MAître Jean Puy, bourgeois de Montbrison, seigneur de Periers & de Chazelles sur l'Advieu, vend par contrat du 18 avril 1560 à maître Jean Dalmais, l'un des élûs de Forêts, la grace & faculté de racheter & retirer sa seigneurie de Chazelles, qu'il avoit auparavant engagée à maître Jean Chivillon, pour la somme déclarée par le contrat d'engagement, & dans le terme préfix qui étoit de six années, & portoit ladite vente réserve expresse d'une faculté de préférence en faveur du vendeur, en cas que l'acheteur voulût revendre la piéce. Voici les termes: *Et parce que led. vendeur a fait & passé aud. Dalmais la présente vente de lad. seigneurie de Chazelles, pour l'amitié & alliance qu'ils ont ensemble, & sous l'espérance qu'elle demeurera à lui & aux siens, hoirs & successeurs, & qu'autrement lad. seigneurie ne lui eût été vendue: A été convenu par acte exprès entre led. vendeur & led. acheteur, que où par ci-après led. Dalmais vendroit lad. seigneurie de Chazelles, icelui Puy, vendeur & les siens, la pourroient recouvrer & retirer, en lui rendant sa somme de 1800 cent liv. si ledit rachat est fait, & ce dans trois ans après qu'il lui aura été signifié, & fait sçavoir qu'il la veut vendre.*

2 Ensuite de cette vente & du rachat exécuté, le Sr. Dalmais ayant joui quelque tems de la seigneurie de Chazelles; & après son décès, damoiselle Germaine de Murat, ayant fait saisir & mettre en criées les biens dud. Dalmais, au préjudice de son fils & héritier, sur le tuteur d'icelui, maître Pierre Puy se seroit opposé, afin de distraire la seigneurie de Chazelles, ensuite de la faculté & réserve ci-dessus déclarée. En effet, il auroit obtenu cette distraction, en consignant la somme de dix-huit cent livres, par arrêt de la cour du parlement de Paris, du 2 janvier 1604 suivant lequel la consignation auroit été faite au greffe de la cour de ladite somme de dix-huit cent livres, par acte du 22 mai de la même année: & depuis ledit sieur Puy auroit pris commission de la cour, adressée au bailli de Forêts, sénéchal de Lyon, ou leurs lieutenans, pour le mettre en possession de ladite seigneurie de Chazalles, en vertu de l'arrêt & de la consignation; ladite commission datée du 19 avril 1605.

Néanmoins la chose demeura sans exécution, soit par un désistement volontaire, soit parce que le tuteur du sieur Dalmais ayant fait cesser la saisie & criées, son mineur devoit demeurer maître de sa terre, & que n'y ayant point eu de vente volontaire ni forcée, il n'y avoit point d'ouverture à la faculté réservée. Quoi qu'il en soit, tant ledit sieur Dalmais, fils de l'acquéreur, que le petit-fils encore, sont demeurés dans la possession de la même seigneurie, jusques en l'année 1604, que M. Guillaume Dalmais étant débiteur, & à sa mere, & à ses freres de leurs droits, ladite terre & seigneurie de Chazelle auroit été saisie & mise en criées. C'est ce qui donna sujet audit Dalmais d'obtenir lettres pour faire casser la transaction, par laquelle ayant été nommé par la mere héritiere, il s'étoit chargé de lui payer ses droits, & mille livres à chacun des freres pour leur légitime. Ayant été débouté de ses lettres, & ordonné par sentence de ce siége, que la saisie & criées seroient parfaites & parachevées, ledit Dalmais en auroit appellé à la cour, où le sieur Puy seroit intervenu, & auroit demandé la distraction de la terre, ensuite de la faculté que son prédécesseur s'étoit réservée. Pour l'empêcher,

BIU Cujas

la mere & les freres obtiement requête civile, contre l'arrêt du 2 janvier 1604. Pour la premiere conteſtation, nous ne voulons pas l'examiner, il nous ſuffit de dire, que la cour n'a pas jugé que le fils pût venir contre la tranſaction, par laquelle ayant eté nommé héritier, il ſeroit obligé de payer les droits de la mere, & la légitime des freres, à cauſe même des offres que les freres auroient faits, d'accepter la remiſe de l'hoirie, & de payer audit Dalmais ſemblable ſomme pour ſa légitime, qu'il s'étoit chargé de payer aux autres. Nous ne voulons donc traiter ici que la queſtion qui fut agitée entre le ſieur Puy, & les ſaiſiſſans & oppoſans, au ſujet de la faculté & préférence par lui demandée, tant en exécution du contrat de vente, que de l'arrêt de 1604.

3 Contre tout cela, & pour fonder la requête civile, la mere, tant pour elle que pour les autres créanciers, diſoit, qu'y ayant du contrat de vente plus de ſoixante ans, & de l'arrêt plus de trente-cinq, le ſieur Puy n'étoit plus recevable à ſe ſervir de la faculté que ſon auteur s'étoit réſervée; qu'il n'y auroit jamais rien d'aſſuré, s'il étoit loiſible de rentrer dans un héritage après un ſi long-tems, & d'en rendre le retrait perpétuel. Que par la même raiſon que la faculté de racheter un héritage, *totiens quotiens*, a été réduite à trente ans, celle de queſtion y devoit être limitée; que cela ſe fait *ne dominia rerum diu ſint incerta*, & afin de ne troubler le commerce qui maintient la ſociété civile; qu'après trente & quarante ans il y a ſujet de croire que celui qui a joui ſi long-tems d'un héritage en eſt maître incommutable, & par conſéquent qu'on y peut établir le fondement d'une hypothéque certaine.

Paſſant plus avant, on diſoit que ſemblable convention ne produit qu'une action perſonnelle, qui ne peut durer que trente ans; & par conſéquent, qu'après cet intervalle la faculté demeure inutile. Qu'encore que la loi ſemble perpétuelle, elle doit pourtant être réglée par le droit public, & ſuivre le terme commun, que les loix donnent à toutes autres actions. Qu'il ſuffiſoit donc de dire, que comme les actions perpétuelles *triginta annorum ſpatio extinguntur*, par la loi *ſicut C. de triginta vel quadraginta annorum præſcrip.* parce qu'elle eſt générale & n'excepte rien, on ne pouvoit pas établir dans un contrat une faculté qui ne fût ſujette à la même preſcription.

4 Que nos interprêtes avoient fait diſtinction entre la prohibition d'aliéner, qui eſt ſtipulée par un contrat, & la prohibition d'aliéner que la loi, ou qu'un teſtateur a faite: qu'aux deux derniers cas, ils ont jugé qu'elle étoit plûtôt réelle que perſonnelle; & par conſéquent, que c'étoit une condition qui ſuivoit la choſe, qu'elle ne pouvoit paſſer à d'autre, *niſi cùm onere*, & avec la condition de pouvoir être rachetée; mais au premier cas, ils ont jugé que ce n'eſt qu'une action perſonnelle, qui ne touche point la choſe, & n'empêche qu'elle ne ſoit aliénée. C'eſt parce que les actions qui deſcendent des contrats, ne produiſent qu'une action contre la perſonne, *ad id quod intereſt non autem in re contra tertium l. ea lege Cod. de condit. ob cauſam datorum, l. quoties C. de donation. quæ ſub modo*, auſquelles loix, *detur tantum conditio*, qui eſt une action pure perſonnelle. Mais plus expreſſe pour cela ſemble la loi *ſi ita quis* 135, *ea lege de verbor. oblig.* Car en l'eſpece de cette loi, *ea lege donatum fuerat, ut ne ad fratrem vel filium perveniret*, à quoi le donataire ayant contrevenu, le juriſconſulte ne dit pas pour cela que l'aliénation fût nulle; mais il donne ſeulement action contre le donataire, *in id quod intereſt.*

Et quant à l'arrêt de 1604 la mere diſoit qu'il pouvoit avoir été obtenu par colluſion, & qu'il avoit été bien aiſé de s'entendre avec un créancier ſaiſiſſant; par conſéquent, que ce préjugé ne pouvoit pas nuire à d'autres créanciers, à cauſe même que l'arrêt n'ayant pas été exécuté, & le propriétaire étant toujours demeuré dans la poſſeſſion de la choſe, on avoit pû contracter avec lui, & s'aſſurer ſur ce qu'il poſſédoit de longue main: que par la même raiſon on n'avoit pû ſe pourvoir plûtôt contre l'arrêt, puiſqu'on l'avoit ignoré, & que ſi la requête civile étoit néceſſaire pour le reſpect qu'on doit à l'autorité des choſes jugées, le tems preſcrit par les ordonnances n'avoit pû courir, que *à die notitiæ*, & depuis la ſignification de l'arrêt.

Le ſieur Puy au contraire, pouvoit dire que c'étoit à tort qu'on ſe vouloit pourvoir contre ledit arrêt, & qu'après un ſi long-tems il n'y avoit pas apparence d'en reclamer. Que c'eſt en vain qu'on vouloit l'accuſer de colluſion, puiſqu'au contraire il paroiſſoit qu'il avoit été donné contradictoirement, & avec une pareille ſaiſiſſante, qui avoit fait les mêmes efforts que la mere vouloit faire. Que puiſque ledit arrêt avoit été obtenu avec un légitime contradicteur, & que la cour avoit vû les piéces qui ſervent de fondement, on ne pouvoit plus agiter la même queſtion, & qu'il falloit croire que non-ſeulement la cour l'avoit murement examinée, mais même qu'elle avoit ſuppléé ce qui ſe pouvoit dire de droit ſur icelle. 5

Que quand il faudroit de rechef l'examiner, il étoit aiſé de montrer, que comme il eſt permis à un vendeur de mettre telle condition que bon lui ſemble, *in traditione rei ſuæ*, cette condition n'eſt pas ſeulement obligatoire contre l'acquéreur, mais qu'elle affecte encore la choſe, & la ſuit en quelque main qu'elle paſſe: qu'encore qu'en la loi *ea lege Cod. de condict. ob cauſam dator.* l'empereur ne ſemble donner que l'action perſonnelle, il n'exclut pas pourtant la réelle; & puiſqu'il dit que la condition *efficit ne alteruter dominium prorſus alienet*, il faut inférer de-là qu'il entend accorder l'alternative; qu'en la loi *quotiens Cod. de donat. quæ ſub modo*, il ne s'agiſſoit pas de ſçavoir ſi la choſe pouvoit être vendiquée d'un tiers-poſſeſſeur, mais ſeulement ſi ce qui avoit été apposé dans la donation en faveur d'un tiers-abſent, & non acceptant, pouvoit produire une action. Qu'en la loi 135 *ff. de verbor. obligat.* la prohibition de remettre les héritages aux perſonnes dénommées, n'avoit été appoſée en faveur d'aucun, & par conſéquent étoit vague; & qu'encore que le juriſconſulte diſe, que le donateur *poteſt agere in id quod intereſt*, in ne l'exclut pas de vendiquer la choſe donnée. Qu'en pluſieurs autres textes même en la loi 3, *C. de pactis inter empt. & vend. datur non tantum actio ex vendito, ſed etiam rei vindicatio.*

Enfin, que la déciſion de la loi *ſi creditor* § *finali ff. de diſtractione pignorum*, étoit formelle pour ce ſujet. Le juriſconſulte ayant propoſé que le créancier avoit convenu, *ne liceret debitori hypothecam vendere;* il demande enſuite, *quid juris ſit*, & ſi cette paction eſt valable & peut empêcher la vente: & il réſout, *certum eſſe nullam eſſe venditionem ut pactioni ſtetur.* Il eſt vrai que quelques-uns ont voulu lire, *nullam eſſe conventionem*; mais c'eſt avec raiſon qu'ils en ont été repris, & il ne faut que lire la ſuite pour les convaincre d'erreur. Que ſi la loi pénultiéme, *ff. de pactis*, ſemble déterminer le contraire, la conciliation en eſt aiſée. En cette loi-là, c'étoit un étranger au profit duquel la prohibition étoit faite; & comme il n'avoit ni droit de propriété, n'y d'hy-

BIU Cujas

pothéque en la choſe, il n'avoit pas intérêt d'en empêcher l'aliénation. Mais en la loi, *ſi creditor*, c'étoit un créancier, *qui habebat jus in re*, & pouvoit par conſéquent y mettre cette ſujetion. Que ſi le ſimple créancier à cauſe de l'hypothéque qu'il a, peut empêcher l'aliénation, à plus forte raiſon le propriétaire qui vend ſon héritage, qui en eſt encore le maître, & ne ceſſe de l'être que ſous cette condition.

Qu'il eſt vrai, que ſur l'interprétation de ladite loi *ſi creditor*, les docteurs avoient voulu diſtinguer l'hypothéque générale, d'avec la ſpéciale, & que quelques-uns tenoient que la prohibition d'aliéner ne pouvoit empêcher la vente, que lorſquelle étoit accompagnée de la ſpéciale hypothéque. Mais que cette diſtinction avoit été rejettée par les autres, & même *per Fachinæum, lib.* 12, *controverſ. cap.* 28, & avec beaucoup de raiſon. Car on ne peut prohiber de vendre une choſe, que la choſe même ne ſoit affectée à l'obſervation de cette paction; de ſorte qu'il ſemble que la diſtinction qu'on fait entre l'hypothéque générale & ſpéciale, ſoit frivole & inutile, auſſi-bien que celle qu'on fait entre la prohibition d'aliéner par contrat, ou par teſtament, ou par la loi.

Qu'en effet l'empereur Juſtinien l'avoit rejettée en la loi derniere, *Codic. de rebus alienis non alien.* en laquelle il confond le tout, & en fait une régle générale. Qu'il n'y a pas plus de raiſon de révoquer l'aliénation, quand le teſtateur l'a prohibée, que quand la prohibition vient de la part du vendeur : que puiſque chacun eſt maître abſolu de ſon héritage, & qu'en le vendant il y peut mettre telle condition que bon lui ſemble, *leg.* 48 *ff. de pactis*, il n'y a pas apparence que la loi ayant été appoſée, on la puiſſe rendre illuſoire, ſi la force de la convention tend à cela, *ne dominium prorſus alienetur*; il ne paſſe pas incommutablement en la perſonne de l'acquéreur, ni du donataire, & l'un & l'autre ne peut par conſéquent remettre plus de droit qu'ils n'ont, ni tranſmettre à un tiers ce qui ne leur eſt acquis que ſous condition, comme raiſonne fort bien l'interprête Godefroy ſur la loi 3, *Cod. de conditione ob cauſam dator.*

Qu'au ſur plus on ne pouvoit pas dire que la condition ne pût être perpétuelle, puiſque cela eſt approuvé par le Juriſconſulte Ulpien *in leg. quod ſi nolit.* § 22 *ff. de Ædilio edicto*, en laquelle il dit : *ſi verò convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere.* Qu'encore que les arrêts aient jugé que la faculté de racheter, *totiens quotiens*, eſt preſcrite par trente ans, & ne peut plus avant s'étendre, on ne pouvoit en tirer la même conſéquence, pour la faculté dont eſt queſtion au procès. Qu'il y avoit grande différence en la faculté que le vendeur ſe réſerve de racheter l'héritage, quand bon lui ſemblera : l'exécution dépend de lui, & il peut toujours s'en ſervir, rien ne l'empêche d'agir, & n'ayant qu'à rendre le prix, il n'a qu'à mettre enſemble l'argent qu'il lui faut. Il eſt donc bien raiſonnable que pour le faire il ait un tems limité, & qu'après trente ans il en ſoit exclus : s'il ne ſe peut ſervir de la faculté dans cet intervalle, il ne le pourra jamais ; & ainſi réduiſant le terme trop vague, on ne lui fait point de tort. Mais en l'eſpece de ce procès, il ne dépendoit pas du vendeur de retirer la terre vendue, il ne s'étoit réſervé cette faculté, qu'en cas que l'acquéreur vînt à la revendre : il ne pouvoit donc pas s'en ſervir, qu'en cas qu'elle fût vendue, & il répugne qu'il pût agir avant la condition avenue. Ainſi le tems n'avoit pû courir tant & ſi longuement que la terre étoit demeurée au profit de l'acquéreur & de ſes ſucceſſeurs ; & quand il faudroit réduire la faculté à trente ans, on ſeroit toujours aux termes de cette régle vulgaire, *contra non valentem agere, non currere præſcriptionem.* Qu'en effet le contrat portoit que le vendeur ne ſeroit tenu de faire le rachat que trois ans après la vente, ou la ſignification que l'acquéreur lui feroit, qu'il vouloit vendre la terre.

Nonobſtant ces raiſons, qui ſont aſſez fortes, la requête civile fut entérinée, & le ſieur Puy débouté de ſon intervention, & de la faculté que ſon prédéceſſeur s'étoit réſervée. Ce qu'on peut dire avoir été équitablement jugé, tant en conſidération d'un ſi long-tems, que par la faveur d'une veuve, & des enfans & créanciers, leſquels autrement couroient riſque de perdre leurs dettes & leurs légitimes.

ARRÊT.

Henri, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au ſénéchal de Lyon, bailli de Forêts ou leurs lieutenans, premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre de nos ſergens ſur ce requis, & chacun d'eux comme à lui appartiendra, Salut. Comme le jour & date des préſentes, comparant en notredite cour, damoiſelle Germaine de Murat, pourſuivant les criées des biens & héritages ſaiſis ſur maître Jacques Geoffroy, tuteur d'Antoine Dalmais, fils & héritier de feu maître Jean d'Almais, d'une part ; & M. Pierre Puy avocat à Montbriſon, oppoſant à fin de diſtraire, d'autre, ou les procureurs deſdites parties ; & vû par notredite cour le procès verbal deſdites criées, du 5 juillet 1602, & autres jours ſuivans : Acte d'oppoſition faite par ledit Puy auſdites criées, le 13 juin dernier, à fin de diſtraire la ſeigneurie de Chazelles, compriſe en la ſaiſie faite des biens dudit défunt Dalmais, ſuivant le contrat du 18 avril 1654 : Cauſes d'oppoſition, & réponſes deſd. parties ; appointement en droit, productions d'icelles parties, & tout conſidéré : Notredite cour ayant égard à l'oppoſition dudit Puy, a ordonné & ordonne que ladite ſaiſie & criées faites à la requête de ladite de Murat, diſtraction ſera faite au profit dudit Puy oppoſant, de ladite terre & ſeigneurie de Chazelles, appartenances & dépendances, & comme elle a été ci-devant vendue par Jean Puy à maître Jean Dalmais élu au pays de Forêts, par contrat du 18 avril 1560, en conſignant par ledit Puy au greffe de ladite cour la ſomme de dix-huit cens livres, dedans un mois après la ſignification du préſent arrêt, faite à perſonne ou à domicile dudit Puy, laquelle ſomme ſera payée & diſtribuée à ladite de Murat, & autres créanciers oppoſans auſdites criées, ſelon leur ordre & priorité, ou poſtériorité d'hypothéque, ſans dépens de ladite inſtance. Si vous mandons, &c. Donné à Paris en notre cour de Parlement le 12 janvier 1604. Signé, par la chambre, Du Tillet. 6

ARRÊT.

Comme de la ſentence donnée par notre bailli de Forêts, ou ſon lieutenant à Montbriſon, le 5 avril 1642, entre Brigide Chalon, damoiſelle veuve d'Antoine Dalmais, demanderesſe en confirmation de ſaiſie, d'une part, & Guillaume Dalmais, défendeur, & incidemment demandeur en lettres du premier juin 1640, à fin de reſtitution contre la tranſaction faite entre lui & ladite Chalon ſa mere, le ſeize février 1636, & ce faiſant être reçu à ſe porter héritier par bénéfice d'inventaire dudit défunt Antoine Dalmais ſon pere, nonobſtant la qua- 7

BIU Cujas

lité d'héritier pur & simple par lui prise, d'une autre part : & ledit Chalon, maître Claude Dalmais prêtre, & Jean Regnard, receveur des consignations de Forêts, défendeurs, d'autre : par laquelle, sans s'arrêter ausdites lettres, la saisie de ladite Chalon auroit été déclarée bonne & valable, & ordonné qu'il seroit passé aux criées, vente & adjudication. Et sur la demande dudit Reganard & intervention dud. Claude Dalmais, led. Guillaume Dalmais condamné audit nom, payer aud. Regnard la somme de mille livres, à lui cédée par Gaspard Dalmais pour ses droits de légitime, & mille liv. pour droits à lui échus par testament d'Estienne Dalmais, & intérêts desdites sommes, depuis les termes échus, sans dépens. Après la prononciation de laquelle sentence, ledit Claude Dalmais auroit déclaré, qu'encore qu'il lui eût été adjugé la somme de mille livres pour son droit de légitime, du chef dudit Estienne Dalmais son frere; néanmoins il se restraignoit & n'entendoit insister que pour la somme de dix-huit cent cinquante livres & intérêts : Eût été appellé à notre cour de Parlement : en laquelle le procès par écrit conclu & reçu, pour juger entre ledit Guillaume Dalmais, appellant : d'une part; lesdits Chalon, Regnard, & Claude Dalmais, intimés & intervenans, d'autre, si bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs, prétendus moyens de nullité, production nouvelle dud. appellant, ausquels griefs & moyens de nullité, lesdits intimés pourroient répondre, contre lad. production nouvelle, bailler contredits. Icelui procès vû, griefs, réponses, forclusion de fournir, moyens de nullité, & produire de nouveau : Arrêt du 14 juillet 1643, entre M. Pierre Puy avocat en notre cour, demandeur en exécution d'arrêt, & en requête du 10 juin audit an, à fin d'intervention, & que suivant le contrat du dix-huit avril 1560 & arrêt du douze janvier 1604, distraction lui fût faite de la terre de Chazelles, ses appartenances & dépendances, ainsi qu'elle avoit été vendue par Jean Puy à défunt Jean Dalmais, offrant rendre & consigner la somme de dix-huit cent livres, pour laquelle ladite terre avoit été vendue, d'une part : & lesdits Chalons, Renard & Claude Dalmais, d'autre, par lequel ledit Puy auroit été reçu partie intervenante; moyens d'interventions, réponses, production desdits parties. Autre arrêt du vingt-neuf août 1643, entre Annet Chardon, & Sibile Dalmais sa femme, demandeurs en requête du vingt quatre février audit an, à fin d'intervention, & que ledit appellant fût condamné leur payer la somme de quinze cent livres, pour la légitime de ladite Sibile Dalmais, & intérêts, depuis le jour de lad. transaction, d'une part : & lesd. Chalon, Guillaume Dalmais, & du Puy, défendeurs, d'autre; par lequel lesdits Chardon & sa femme auroient été reçues parties intervenantes; requête employée pour moyens d'intervention, réponse, production desd. parties, instance entre ledit Guillaume Dalmais, demandeur en requête du cinq août 1643, à ce que lesdits Chalon, Renard, Claude Dalmais Chardon & sa femme, fussent condamnés faire cesser la demande & intervention dudit Puy, sinon en ses dommages & intérêts, & dépens faits, tant en demandant & défendant, que de la sommation, d'une part; & lesdits Chalon, Renard, Claude Dalmais, Chardon & sa femme défendeurs, d'autre: défenses, appointement en droit, production dudit Guillaume Dalmais, & de lad. Chalon, forclusion de produire par lesdits Renard & Claude Dalmais, Chardon & sa femme: Arrêt du quatorze & vingt-un juin dernier, entre ladite Chalon demanderesse en lettres, en forme de requête civile, du 19 avril dernier, contre ledit arrêt du onze janvier 1604, d'une part : & ledit Puy défendeur, d'autre; par lequel sur lesdites lettres, lesdites parties auroient été appointées au conseil, après que ladite Chalon auroit employé pour moyens de requête civile & production, le contenu desdites lettres, & ce qui auroit été par elle écrit & produit; requête employée pour réponse, production dudit Puy, contredits & salvations desdites parties sur lesdites interventions, & instances de sommation & de requête civile, suivant l'arrêt du sept avril dernier. Conclusions de notre procureur général, Requête de ladite Chalon dudit jour sept avril, sur laquelle acte lui auroit été donné de ses offres, de faire bailler aud. Guillaume Dalmais pour son droit de légitime pareille somme de mille liv. par lui accordée à ses freres & sœurs, & qu'elle consentoit la résolution de lad. transaction, en lui remettant par led. Guillaume les biens qu'elle lui avoit baillés, comme ils étoient lors dicelle : Autre requête dud. jour, par laquelle ledit Claude Dalmais auroit offert d'accepter la nomination d'héritier, au lieu dud. Guillaume son frere, & de payer à chacun de ses freres & sœurs, la somme de mille livres pour son droit de légitime, dont auroit été donné acte, & ordonné que ladite requête seroit mise au sac, pour en jugeant y avoir tel égard que de raison, tout joint & diligemment examiné : Notre cour par son jugement & arrêt, faisant droit sur les lettres en forme de requête civile, a remis & remet les parties en tel état qu'elles étoient auparavant ledit arrêt, du deux janvier 1604, & en conséquence sur l'intervention dudit Puy, & sommation dudit appellant, lesdites parties hors de cour & de procès. Et sur le procès par écrit, & intervention dudit Chalon & sa femme, ordonne que ladite sentence, de laquelle a été appellé, sortira son effet, & néanmoins surséoiront pour deux ans, les contraintes contre ledit appellant, pour le payement des sommes contenues en ladite transaction, en payant l'intérêt au denier vingt, si mieux n'aime led. appellant accepter les offres dud. Claude Dalmais son frere, mentionnée èsdites requêtes, du 7 avril, ce qu'il sera tenu opter dans quinzaine, après la signification du présent arrêt, autrement l'option référée, le tout sans dépens. Prononcé le 16 juillet 1644. Signé, du Tillet.

Pour ouvrir notre sentiment sur cet arrêt, nous croyons que la cour s'est fondée sur le laps du tems, & qu'elle a jugé que la faculté réservée étoit prescrite, ou consommée par le premier arrêt, au défaut d'en avoir poursuivi l'entiere exécution. Car de croire qu'elle l'ait jugé contraire à la liberté commune, c'est ce qui n'a point d'apparence. Il est vrai qu'en la loi *dudum C. de contrah. empt.* les empereurs semblent condamner le privilége accordé aux plus proches, *ut extraneos ab empt. removerent.* Il est vrai qu'ils n'approuvent pas non plus que les associés aient cet avantage d'empêcher leur compagnon de disposer de sa part des biens communs, *etiamsi pro indiviso possideatur in leg. 3, C. de commun. rerum alienat.* Enfin il est vrai qu'en la loi *si avia, Cod. de donationibus*, ils rejettent le retrait lignager qui a été embrassé par nos coutumes, & ils veulent qu'il soit libre à un chacun de disposer de son héritage, *licet ex origine patris vel avi descendat.* Mais pourtant ce droit de préférence, *jus* πρωτοπλαστου par lequel le premier vendeur d'un héritage étoit préférable à tout autre, se trouve approuvé dans notre droit, étant établi par une convention particuliere. Donc quand on dit que le retrait n'est pas admis par le droit romain, il faut y mettre cette exception, *nisi ex pacto & conventione descendat.* L'exemple est formel, *in lege qui Romæ 122 §. coheredes ff. de verbor.* 8

BIU Cujas

obligation. où les associés ayant convenu qu'aucun d'eux ne pourroit vendre à autre qu'à eux sa part d'un héritage qui demeuroit indivis; cette convention est approuvée du jurisconsulte & déclarée valable. C'est donc chose assurée que la liberté de vendre se peut limiter & restreindre par un pacte exprès, *ut in lege ultima, Cod. de rebus alienis non alienand. leg. ult. Cod. de pactis inter emptorem & vend.* laquelle déroge à la loi pénultieme, *ff. de pactis*; c'est parce qu'en vendant une chose, il est permis d'y mettre telle condition que bon nous semble: & c'est par cette même raison qu'un donateur peut stipuler que le donataire ne pourra aliéner la chose donnée, *ut in leg. 135, § eâ lege ff. de verbor. obligat. & in leg. 3, C. de conditione ob causam datorum.* Sur quoi l'on peut voir le docte Cujas, sur ladite loi, *qui Romæ, ff. de verbor. obligat.*

OBSERVATIONS.

Si la faculté stipulée par le vendeur de rentrer dans l'héritage, au cas que l'acquéreur le mette hors la famille, commence à courir du jour du contrat, ou seulement du jour de l'aliénation.

L'Auteur, dans cette question, établit que la faculté stipulée par le vendeur de rentrer dans l'héritage par lui vendu, au cas que l'acquéreur aliéne l'héritage hors de sa famille, est sujette à la prescription de trente ans, qui commence à courir du jour du contrat. Il dit que cette question n'est pas sans difficulté, & il a raison; mais il se rend à la décision d'un arrêt du 7 juillet 1644, qui l'a ainsi jugé pour des personnes du pays de Forêts; mais il faut observer que par le vû de l'arrêt, il paroît qu'il y avoit plusieurs circonstances particulieres dans l'affaire, qui ont pû déterminer la cour.

Enfin, quand sur le fondement de cet arrêt l'on pourroit établir que la prescription commence à courir du jour du contrat de vente contre une semblable faculté, il ne faudroit pas étendre cette décision au legs & au fidéicommis faits à la charge que les légataires & les fidéicommissaires ne pourront aliéner l'héritage hors de la famille; & en cas d'aliénation, que la chose léguée appartiendra à d'autres parens: car en semblable cas la prescription ne doit commencer à courir que du jour de l'aliénation. 9

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA clause par laquelle le vendeur de la chose se réserve la faculté de la ravoir, au cas que l'acquéreur l'aliéne, est valable, & le vendeur en cas d'aliénation est recevable à reprendre la chose, ainsi qu'il a été jugé au parlement de Grenoble, par un arrêt du 28 mars 1461, remarqué par Guy-Pape, quest. 569.

La stipulation faite par l'acquéreur d'un héritage, à la charge d'une redevance en grains, qu'au cas que le vendeur aliéne cette redevance, que l'acquéreur sera préféré, est valable; ensorte que l'aliénation ayant été faite, l'acquéreur de l'héritage fût reçu au remboursement de la rente, par arrêt du 17 avril 1586, rapporté par Anne Robert, liv. 3, quest. 14, & par Charondas, dans ses réponses, rep. 231.

DE LA PRESCRIPTION
Du supplément de légitime.
QUESTION SOIXANTE-DIX-HUITIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Eloge de M. Brodeau, & son sentiment, que l'action pour le supplément de légitime ne dure que cinq ans.*
2. *Avis de l'auteur, que l'action du supplément de légitime dure trente ans.*
3. *Arrêt du 15 décembre 1612, qui a jugé que cette action dure trente ans.*
4. *A présent c'est une maxime certaine, que l'action du supplément de légitime dure trente ans.*
5. *La même jurisprudence est suivie dans les parlemens de droit écrit.*
6. *La prescription ne commence à courir que du jour du décès du pere ou de la mere.*
7. *L'acceptation du legs n'exclud pas la*

BIU Cujas

demande en ſupplément de légitime.
8. *Le ſupplément de légitime ſe doit payer en corps héréditaires comme la légitime.*
9. *Si le légitimaire a reçu ſa légitime en argent, il ne peut demander le ſupplément en corps héréditaires.*
10. *L'action du ſupplément de légitime paſſe aux héritiers & aux créanciers.*

QUESTION LXXVIII.

De la preſcription du ſupplément de légitime.

1 MAître Julien Brodeau, de qui nous ne ſçaurions aſſez louer le labeur, parlant par occurrence de l'action que la loi donne pour le ſupplément de légitime, ſemble ſuppoſer, que comme elle a été ſubrogée par Juſtinien à la querelle d'inofficioſité, elle doit auſſi s'éteindre par le même tems, ſçavoir, par cinq ans. C'eſt ſur monſieur Loüet, en la lettre S, nomb. 10, qu'il le dit, & il ſe fonde ſur ce que le droit ne donnant que cinq ans pour accuſer le teſtament d'inofficioſité, *leg. 32, Cod. de inoffic. teſtament. l. ult.* § *de inoffic. donat.* il ne ſemble pas que l'action qui lui eſt ſubrogée puiſſe avoir plus de durée. Il eſt vrai que cet auteur reconnoît que les interprêtes, tant anciens que modernes, ont été de ſentimens divers ſur ce point; & que s'il y en a qui ſuivent le parti de Barthole, pour la réduction du tems de cette action à cinq ans, il y en a pluſieurs autres, qui avec Dece, tiennent qu'elle ne ſe peut preſcrire par moins de trente ans.

C'eſt le parti que nous voulons ſuivre, & nous le
2 croyons d'autant plus juſte, qu'il a été autoriſé par arrêt. Il eſt vrai que ſuivant ce dire vulgaire, *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati*, l'action qui eſt ſubrogée à un autre ſemble prendre la même nature & les mêmes conditions. Mais cela n'eſt pas tellement vrai, qu'il en faille faire une regle générale, & qu'on ne doive diſtinguer les qualités extrinſeques & accidentelles, d'avec celles qui ſont intrinſeques & primordiales. C'eſt la diſtinction que fait ledit ſieur Brodeau, ſur laquelle nous ne voulons pas nous arrêter.

Il nous ſuffira de dire, que quelque ſubrogation qu'il y ait d'une action à l'autre, il ne s'enſuit pas qu'il n'y ait pas plus pour l'une que pour l'autre, n'y ayant pas identité de raiſon pour en abréger le cours, au lieu que la querelle d'inofficioſité eſt odieuſe, & qu'elle tend à choquer l'honneur du défunt, à choquer ſon intention, & renverſer ſon teſtament; au contraire, l'action de ſupplément eſt favorable, puiſqu'elle tend à faire valoir le teſtament, en achevant de donner ce que le teſtateur n'a pas ſuffiſamment donné. Ainſi, le tems de la preſcription n'ayant été reſtraint, que parce que c'eſt choſe odieuſe, on ne peut pas faire la même reſtriction en choſe qui eſt favorable; & la cauſe ceſſant, l'effet doit auſſi ceſſer.

Outre qu'on ne doit pas demeurer d'accord que l'action pour le ſupplément ait été ſubrogée au lieu de la querelle: car il faut plûtôt dire que l'empereur ayant abrogé la vieille action, en a introduit une nouvelle, & qu'il a plûtôt entendu pourvoir d'un nouveau remede, que de le ſubroger à celui qu'il retranchoit: le jugeant odieux & nuiſible au repos des familles, il a d'abord ſongé à faire ceſſer ce déſordre; en après il a voulu y pourvoir de nouveau, & ayant ſupprimé l'action qui tendoit à la ruine des teſtamens, en établir une qui les fit ſubſiſter.

Outre les auteurs que le ſieur Brodeau a cités pour cette opinion, même Guy Pape & ſes commentateurs, en la queſtion 82, nous pouvons alléguer *Fachinæus, lib. 12 controverſ. cap. 9*, où il traite la queſtion, & ſe range à la preſcription de trente ans.

En effet, il a été jugé que cette action ne ſe pou- 3
voit preſcrire par moindre intervalle que de trente ans, par arrêt donné en la cinquieme des enquêtes, le quinze décembre 1612, au rapport de monſieur Hatte, pour des perſonnes de Lyon, & ſur l'appel d'une ſentence du ſénéchal de Lyon, qui fut confirmée. Nous croyions inſérer ici l'arrêt, nous ayant été promis; mais pour en aſſurer le lecteur, nous nous contenterons de dire que cet arrêt a été remarqué entre les arrêts de la cinquieme chambre des enquêtes, inſérés à la fin du recueil de monſieur le Preſtre. Mornac, ſur la loi *omnimodo, C. de inoffic. teſtam.* aſſure bien que l'action de ſupplément dure trente ans, & que tel eſt l'uſage; mais il n'en cotte point l'arrêt.

OBSERVATIONS.

DU SUPPLÉMENT DE LÉGITIME.

Combien dure l'action pour demander le ſupplément de légitime.

DANS cette queſtion, l'auteur établit que l'action du ſupplément de légitime dure trente ans.

Cette maxime eſt à préſent certaine. Outre les auteurs que le nôtre cite, il faut voir
4 M. Ricard, dans ſon traité des donat. part. 3, chap. 8, ſect. 5; & M. le Brun dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 12.

La même juriſprudence eſt ſuivie dans les parlemens de droit écrit, ſuivant le témoi-
5 gnage de Guy-Pape, queſt. 82, & de ſes commentateurs, & de M. Cambolas, liv. 2, ch. 32; Automne, ſur la loi *quoniam in prioribus*; Morgues, ſur les ſtatuts de Provence, pag. 242 & 243.

Si

BIU Cujas

De quel jour commence à courir la prescription contre la demande en supplément de légitime.

Il y a plus, la prescription de trente ans ne commence à courir, que du jour du décès du pere & de la mere; parce qu'avant ce tems les enfans n'ont pas la liberté d'agir. C'est le sentiment de M. Ricard, & de M. le Brun, au même endroit qui vient d'être cité; le dernier traite la question très-solidement, & la décide judicieusement en faveur des légitimaires. 6

Si l'acceptation du legs exclut le fils de demander le supplément de légitime.

Il faut encore observer, que les enfans ne sont par exclus de cette action, quoiqu'ils aient reçu le legs à eux fait par leur pere ou mere, & qu'ils en aient passé quittance, ainsi que cela est décidé par Justinien, dans la loi *si quando 35*, § 2, *de inoff. test.* si ce n'est que par la quittance ils aient expressément renoncé à tout supplément, ou qu'ils n'ayent transigé sur la demande en supplément. Cette question est traitée par Peregrinus, *de fideic. art. 36 nomb.* 93 & par Fusarius, *de fideic.* quest. 296 nomb. 48, jusqu'au 54. 7

La disposition de cette loi a été suivie par la jurisprudence des arrêts, suivant le témoignage de Guy-Pape, question 93, de Papon, dans ses arrêts, liv. 20, tit. 7, art 6, & de Boniface, dans la suite de ses arrêt, tom. 3, liv. 2, tit. 2, ch. 1.

Dans la quest. 63 ci-dessus, l'auteur a établi que les intérêts du supplément de légitime sont dûs de plein droit du jour du décès du pere ou de la mere, quoique la demande n'en soit formée que long-tems après; ce qui n'est pas sans difficulté, ainsi que je l'ai observé dans le même endroit.

Si le supplément de légitime doit être payé en corps héréditaires.

Le supplément de légitime peut être demandé en corps héréditaires, aussi-bien que la légitime; mais pour cela il faut que le légitimaire répudie le legs à lui fait, & qu'il déclare qu'il se tient à sa légitime de droit, suivant le conseil de Papon, au même endroit, nomb. 3, & de notre auteur, dans le tom. 3, liv. 5, question 99, cependant Faber, *de err. pragmat. dec. 15, err. 2*, soutient que le légitimaire n'est pas en droit de répudier le legs à lui fait, pour prendre sa légitime, ou le supplément d'icelle en corps héréditaires. 8

D'ailleurs, pour être en droit de faire cette déclaration, il faut que les choses soient entieres: car si le légitimaire a reçu le legs à lui fait en tout ou en partie en argent, il n'est pas recevable à demander le supplément en corps héréditaires, suivant les arrêts rapportés par Guy-Pape, quest. 487, & Ferriere au même endroit. Maynard, liv. 7, chap. 6, & Cambolas, liv. 4, ch. 35. 9

Si l'action en supplément de légitime, passe aux héritiers & aux créanciers du fils.

Par la raison que l'action pour demander le supplément de légitime est de même nature que la légitime: elle passe à toutes sortes d'héritiers, quoiqu'elle n'ait pas été intentée pendant la vie du fils, suivant le sentiment de M. Boyer, quest. 250, de M. Maynard, liv. 5, ch. 63, de M. Ricard, des donat. part. 3, ch. 8, sect. 5, nombre 1007. C'est l'opinion commune des docteurs cités par Mantica, *de conject. ult. vol.* livre 7, titre 8, nomb. 10. 10

Par cette même raison, les créanciers du légitimaire, peuvent demander le supplément de légitime dû à leur débiteur, soit pendant sa vie, ou après sa mort, soit qu'il en ait formé la demande, ou non, suivant le sentiment de Peregrinus, *de jure fisci*, liv. 6, tit. 7, nomb. 39, de Merlin, *de legit.* liv. 3, quest. 28, & de du Perrier, liv. 2, quest. 12.

BIU Cujas

DES SERVITUDES,
Et preſcriptions d'icelles.

QUESTION SOIXANTE-DIX-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *En pays de droit écrit, il faut ſuivre le droit Romain, à moins qu'il n'y ait été dérogé par les ordonnances ou par les arrêts.*
2. *La coutume de Paris ne doit point ſervir de régle dans les pays de droit écrit, même en matiere de ſervitude.*
3. *Ceux qui ont rédigé la coutume de Paris, n'ont eu intention que de régler les uſages de cette ville & de ſon détroit, & non pas tout le Royaume.*
4. *Raiſons & autorités pour établir que l'on ne peut acquérir un droit de ſervitude par la preſcription.*
5. *Raiſons & autorités pour établir que l'on peut acquérir une ſervitude par le moyen de la preſcription.*
6. *Coutumes qui admettent la preſcription en matiere de ſervitude.*
7. *Sentence du préſidial de Montbriſon, qui a jugé que le droit de ſervitude ſe peut acquérir ſans titre.*
8. *Suivant le dernier état du droit, les ſervitudes s'acquièrent par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens.*
9. *Suivant l'uſage de la province, il faut trente ans.*

QUESTION LXXIX.

Des ſervitudes, & ſi elles peuvent s'acquérir ſans titre: & de la preſcription d'icelles.

1 QUOIQUE nous ſoyons en pays de droit écrit, & que nous nous devions regler par les loix Romaines, pourvu qu'il n'y ait été dérogé par les ordonnances de nos rois, par les arrêts de la cour, ou par un long uſage contraire; quelques-uns ne laiſſent pas de s'attacher aux coutumes, & de les prendre pour regle. Par exemple, la coutume de Paris, en l'article 108, ayant décidé, que le droit de ſervitude ne s'acquiert par longue jouiſſance, quelle qu'elle ſoit, ſans titre, encore que l'on ait jouit par cent ans, on a voulu étendre cette déciſion au pays de droit écrit, & la faire valoir comme une loi générale. C'eſt ce que nous n'avons jamais pu goûter, & au contraire, nous avons cru que nous devions
2 nous en tenir à notre droit, auſſi-bien pour l'acquiſition des ſervitudes que pour les autres choſes, pour leſquelles il n'y a point été dérogé. Ce n'eſt pas que nous ne ſçachions de quel poids & mérite eſt la coutume de Paris, & l'avantage qu'elle a ſur toutes les autres coutumes. Oui, nous ne doutons point que comme la ville de Paris eſt la capitale du royaume, & le centre des autres, ſa coutume n'ait auſſi la même prérogative, à cauſe même qu'ayant été dirigée & compoſée par les plus grands perſonnages ſur les arrêts & réglemens de la cour, il ne faut pas douter qu'elle ne ſoit des plus équitables. Mais pourtant elle ne fait pas une loi générale, & elle a ſes bornes comme les autres; elle peut bien ſervir de raiſon, & ſi l'on veut, de loi, quand il n'y a point de loi contraire; mais elle n'a pas le pouvoir d'abroger le droit écrit, non plus que de déroger aux
3 autres coutumes. Enfin ceux qui ont rédigé la coutume de Paris, ont bien entendu regler l'uſage de cette ville, & de ſon diſtrict, mais non pas de tout le royaume. Ils n'en avoient pas le pouvoir, ni l'intention, & cela n'appartient qu'au roi, & aux Etats Généraux.

Cela ſuppoſé, venons à notre queſtion, & pour l'examen d'icelle, voyons ce qu'on peut dire de part & d'autre, & contre la preſcription, & en faveur d'elle.

Le demandeur en action négatoire de ſervitude, peut ſoutenir deux choſes; l'une, que même par le droit Romain, le droit de ſervitude ne ſe peut acquérir par preſcription; & l'autre, que quand il ſeroit preſcriptible ſelon le droit Romain, il ne le ſeroit pas ſelon notre droit François.

Pour le premier point, il peut dire, que comme 4
la preſcription ne peut être ſans poſſeſſion, la ſervitude ne peut auſſi s'acquérir par preſcription. C'eſt parce que c'eſt un droit incorporel, qui ne peut tomber dans la poſſeſſion, *res enim incorporales non poſſidentur.* C'eſt pourquoi la preſcription des ſervitudes ne ſe peut établir ni régler par la preſcription des héritages: car au lieu que les héritages ſont ſuſceptibles d'une poſſeſſion véritable, le droit de ſervitude, *eſt quid incorporale: quod verè poſſideri non poteſt, nec ideò præſcribi.*

Et quand on voudroit dire que les ſervitudes, *quaſi poſſidentur*, & qu'enſuite de cette poſſeſſion feinte elles ſeroient preſcriptibles, ce ne ſeroit toûjours que par le tems immémorial, ſuivant la déciſion du juriſconſulte *Pomponius, in l. 3, § ductus aquæ, ff. de aqua quotidiana & æſtiva*, où il dit, *ductum aquæ cujus origo memoriam exceſſit, jure conſtituti loco haberi.* Car il ſuppoſe par-là que ce droit ne peut être préſumé, ni avoir lieu, à moins que d'être établi par un tems qui excede la mémoire des hommes. Que ſi en quelques autres textes, parlant de l'acquiſition des ſervitudes, il eſt dit que c'eſt *per longum tempus*, il faut entendre cela, non de dix,

BIU Cujas

vingt, ou trente ans, *sed longo tempore quod excedit memoriam hominum.* Et de fait, la loi premiere, § *ultimo, ff. de aqua pluv. arcend.* ayant dit qu'au défaut de titre, *qui diu usus est servitute, habuisse longam, consuetudinem velut jure impositam servitutem videri*, la gloſe interprétant ce mot *diu*, dit, *id est tanto tempore cujus memoria non extat.* Ce qui eſt confirmé en la loi ſuivante du même titre, au § premier, & au § *idem Labeo*, où le juriſconſulte parle, *de foſſa jure facta, aut cujus memoria non extat*, & par conſéquent ſuppoſe qu'il faut que la ſervitude ſoit établie par titre ou poſſeſſion immémoriale. Sur quoi il faut remarquer, qu'au commencement de la même loi, le juriſconſulte donne pour regle, que la ſervitude & ſujetion d'un fonds à l'autre, s'établit par trois moyens. Sçavoir par la nature du lieu, *quia fundus inferior servit superiori*; par la loi & la convention, & la force du tems, *natura loci, lege, vetuſtate, quæ semper pro lege habetur, minuendarum litium causa.* Mais après le juriſconſulte expliquant ce qu'il entendoit par le mot *vetuſtas*, il le réfere à une poſſeſſion immémoriale, & dit, *in ea causa esse ea quorum memoriam vetuſtas excepit.*

Pareillement en la loi, 5, *ff de itinere actuque privato*, au § *ſi quis*, le juriſconſulte ayant décidé que celui qui n'a pas une ſervitude établie par titre, *habet autem velut longæ poſſeſſionis prærogativam, ex eo quod diu uſus eſt ſervitute*, ſe peut ſervir de cet interdit, la gloſe interprétant ce mot, *longæ*, dit, *id eſt longiſſimæ cujus non extat memoria*; & elle en rend cette raiſon, que la ſervitude ne ſe peut acquérir par un long tems, *cùm non habeat perpetuam cauſam vel quaſi perpetuam.* Car comme on ne paſſe pas ordinairement, & qu'on ne ſe ſert pas toujours de ſemblables ſervitudes, & que par ce moyen l'uſage n'en eſt pas ſi certain, ni ſi favorable, ſe faiſant par intervales, & peut-être par actes occultes, auſſi faut-il pour cela un plus long-tems, & qui excede la mémoire des hommes.

Ce qu'on peut dire être autoriſé de la commune opinion des interprêtes anciens & modernes. A cet effet on peut citer *Gomeſium, lib. variarum reſolution. volum. 2, cap. 15*, où il réſout que pour les ſervitudes diſcontinues, & qui n'ont pas une cauſe perpétuelle, la preſcription n'a point de lieu, ou qu'elle doit être de tems immémorial.

Quant aux préjugés des cours ſouveraines, le ſieur Bouvot, en ſes queſtions notables, tome ſecond, ſur le mot, *ſervitudes*, queſtion 5, rapporte qu'il a été ainſi jugé au parlement de Dijon, quoique la coutume n'en décide rien. Et ceux qui ont écrit ſur la coutume de Paris remarquent, que l'art. 186 d'icelle, qui exclut pour les ſervitudes, toutes preſcriptions, même de tems immémorial, a été étendu aux autres coutumes. Donc l'on peut inférer que comme cette coutume a été compilée des arrêts de la cour, elle établit auſſi plûtôt le droit François, qu'un droit municipal, & par conſéqent qu'il ne faut pas s'étonner ſi ſa diſpoſition eſt ſuivie, où le droit écrit a lieu.

5 Le défendeur à qui la ſervitude eſt conteſtée, peut au contraire ſoutenir, qu'il eſt aiſé de montrer qu'en termes de droit la ſervitude ſe peut acquérir par le laps du tems, ou du moins par trente ans, auſſi-bien que les héritages. C'eſt ce qui eſt décidé en la loi 10, *ff. ſi ſervitus vindicetur*, en laquelle le juriſconſulte dit que, *ſi quis diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt ei neceſſe docere de jure quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato vel alio modo, ſed utilem habet actionem ut oſtendat per annos fortè tot uſum ſe non vi, non clam, non precario poſſedisſe.* Ce qui eſt encore décidé, *in leg. 1*, § *ultimo ff. de aqua & aqua pluvia.* Car en icelle le juriſconſulte dit, *ſi lex agri non minuatur*, c'eſt à-dire, s'il n'y a point de partage ou d'autre titre, *vetuſtatem legis vicem tenere*, parce que l'uſage à force de titre, & qu'il équipolle. Ce qu'en effet le juriſconſulte explique, quand pour rendre raiſon de ſa déciſion il dit: *ſanè enim & in ſervitutibus hoc idem ſequimur, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, qui diu uſus eſt ſervitute, neque vi, neque clam, neque precario habuiſſe longa conſuetudine vel ex jure impoſitam ſervitutem videatur.* C'eſt-à dire, que le long uſage non ſeulement acquiert la ſervitude; mais en fait encore préſumer le droit & l'impoſition.

A quoi ſe conforme ce que dit un autre juriſconſulte, *in l. 5, ff. de itinere actuque privato. Si quis*, dit-il, *ſervitutem jure impoſitam non habet, habeat autem longæ poſſeſſionis prærogativam ex eo quod diu uſus eſt ſervitute, hoc interdicto uti poteſt.* D'où il faut inférer que le titre n'eſt pas requis, qu'il n'eſt pas néceſſaire qu'il paroiſſe de la conſtitution de la ſervitude, & de la cauſe d'icelle, parce qu'elle eſt aſſez préſumée par le long uſage.

Que ſi cela ſe trouve ainſi décidé par le droit des Pandectes, il ſe trouve encore confirmé par les loix du Code. En la loi premiere *C. de ſervitutibus & aqua*, l'empereur parlant des ſervitudes & du fondement d'icelles, donne cette regle aux juges, *is qui indixerit longi temporis conſuetudinem, vicem ſervitutis obtinere ſciet.* Et en la loi ſeconde du même titre, le même empereur aſſure à un particulier, que s'il a conduit l'eau par l'héritage de ſon voiſin, & en a joui *eo ſciente, ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore ac quiſiſti.* Ce qui eſt à remarquer, car comme pour preſcrire un héritage & l'acquérir par ce moyen, il ne faut pas une poſſeſſion immémoriale, mais ſeulement de 30 ans, & même de 10, & 20, ans, la conſéquence eſt néceſſaire, que pour acquérir une ſervitude, il ne faut pas un plus long intervale.

En effet, ſi la propriété des héritages ſe peut preſcrire, ſi elle peut s'acquérir par trente ans, pourquoi veut-on qu'un droit de ſervitude ne ſoit preſcriptible par le même tems? Il eſt vrai que ce n'eſt pas un héritage; mais c'eſt auſſi choſe moindre, *non eſt fundus, ſed jus in fundo*, & partant ſi l'on peut preſcrire le plus, on peut preſcrire le moins, & il y a plus d'apparence d'admettre la preſcription pour l'acceſſoire, que pour le principal. Il eſt fâcheux d'avoir un fond aſſujetti; mais il eſt encore plus fâcheux de n'en avoir point, & il vaut mieux l'avoir moins libre, que de le perdre. Il eſt donc raiſonnable, que puiſque les héritages ſe peuvent acquérir par preſcription, on puiſſe de même preſcrire les ſervitudes.

Ne ſervant de dire que les ſervitudes étant un droit incorporel, & qu'on ne peut pas poſſéder, c'eſt pour ce ſujet qu'elles ne ſont pas ſujettes à la preſcription ainſi que les héritages. Car les textes qu'on a cottés détruiſent ce prétexte, puiſqu'ils établiſſent pour les ſervitudes, *quandam quaſi poſſeſſionem velut poſſeſſionem*, ſur laquelle ils fondent la preſcription, comme nous fondons encore ſur elle l'action de complainte, & les autres interdits *retinendæ vel recuperandæ poſſeſſionis.* Car comme on ne peut former une complainte ſans ſuppoſer la poſſeſſion, auſſi faut-il croire que cette quaſi poſſeſſion qui a lieu aux ſervitudes eſt auſſi-bien ſuffiſante pour les acquérir par la preſcription, comme pour s'y faire maintenir.

Au ſurplus contre des textes ſi formels que ceux qu'on a cottés, & auſquels on en peut ajouter d'autres, il n'y a pas apparence d'oppoſer de ſimples gloſes. Lorſque le texte de la loi eſt ambigu, & qu'il a beſoin d'explication, on peut recourir à la

BIU Cujas

gloſe. Mais le texte étant clair & net, que la gloſe lui pût prévaloir, ce ſeroit de dangereuſe conſéquence. Il ne faut donc pas faire état de la gloſe lorſqu'elle gâte le texte. En effet les loix cottées ne parlant que *de longo tempore*, pourquoi étendre cela à une poſſeſſion immémoriale? Si le droit Romain fait toujours diſtinction, notamment au code, *inter tempus longum*, qui eſt de 10 ou 20 ans, *& tempus logiſſimum* qui eſt de 30 ans, pourquoi les veut-on confondre, & qui pis eſt, enfermer dans le tems plus court le tems immémorial? Quand les loix en parlent, ce n'eſt pas en termes généraux, elles ne ſe contentent pas de dire, *longo vel longiſſimo tempore*, elles ajoutent toujours, *cujus non extat memoria*, & le juriſconſulte Paul en ſes ſentences, définiſſant *longum tempus*, ne lui donne que 10 ou 20 ans.

Que s'il y avoit dans notre droit quelques loix qui ſemblent contraires, & faire obſtacle à la preſcription, il les faut entendre de l'uſucapion.

Comme l'uſucapion étoit de moindre tems, ſçavoir *biennii in immobilibus, & anni in mobilibus*, & qu'elle réqueroit une poſſeſſion réelle & actuelle, auſſi les ſervitudes *non poterant uſucapi, quia poſſideri non poterant.* Mais on ne peut pas argumenter de l'uſucapion à la preſcription, & la conſéquence n'eſt pas bonne que, *quod uſucapi non poteſt, præſcribi non poſſit.* La différence eſt grande, non-ſeulement parce que l'uſucapion étoit de moindre tems; mais encore parce qu'elle requéroit une poſſeſſion réelle, actuelle & continuelle. C'eſt par cette différence qu'on concilie les loix qui ſemblent contraires; & tous nos meilleurs auteurs, même monſieur Cujas, au traité qu'il a fait des preſcriptions, & ſur la loi 4, *ff. de uſucapionib.*, le docte préſident de Chambery *Antonius Faber lib. 19, conjecturarum cap 9, Fachineus l. 8 controverſ. c. 22*, tiennent tous qu'encore que par le droit Romain *ſervitutes uſucapi non poſſint, poſſunt tamen præſcribi & acquiri longo tempore.* En effet le juriſconſulte *Paulus in l. 14, ff. de ſervitutibus*, ne parle que de l'uſucapion, qui eſt bien différente de la preſcription. Et ſi en la loi *foramen ff. de ſervitutibus urbanorum prædiorum* le juriſconſulte uſe de ces termes, *neque tempore acquiri placuit*, c'eſt en un cas auquel il n'y pouvoit avoir ſervitude, parce que la cauſe ne pouvoit être perpétuelle, & qu'il eſt néceſſaire que par la nature de la choſe, il n'y ait point de répugnance qu'elle n'ait toujours ſon cours, ce qui peut être employé contre ce qu'on allegue du titre, *de aqua pluviæ arcenda.*

C'eſt ce qui eſt clairement expliqué par les auteurs préallégués, même par *Antonius Faber & Fachineus*, qui en citent pluſieurs autres, & rejettent avec eux la diſtinction que quelques-uns ont voulu faire entre les ſervitudes continues, & les ſervitudes diſcontinues. Car comme elles doivent toutes avoir une cauſe perpétuelle, c'eſt-à-dire, qui ait ſon principe dans la nature, *cujus cauſa certa, & perpetua eſt, ut tradit Ariſtoteles lib. 1, Poſterior, c. 7*, auſſi ſuffit-il que ſi l'uſage des ſervitudes n'eſt perpétuel, il le puiſſe être. Et quand il faudroit faire cette diſtinction, tant s'en faut qu'elle pût faire obſtacle à la preſcription, & obliger à un titre pour les ſervitudes diſcontinues, qu'au contraire c'eſt d'elle que les textes allegués s'entendent, même la loi 10, *ff. ſi ſervitus vindicetur*, laquelle parle de *aquæductu*, qui a bien une cauſe permanente; mais dont l'uſage peut être interrompu. Et la loi 5, *ff. de itinere actuque privato*, qui parle d'un chemin, & droit de paſſage, qui eſt une ſervitude diſcontinue. *Nemo enim tam perpetuo tanque continenter ire poteſt, ut nullo momento poſſeſſio ejus interpellari videatur*, ainſi qu'il eſt dit *in lib. 14, ff. de ſervitutib.*

Et quant à la loi *hoc jure § ductus aquæ ff. de aqua quotidiana*, comme elle ne parle pas de la preſcription, elle n'établit pas auſſi que le titre ſoit néceſſaire pour elle. En cette loi le juriſconſulte dibien *ductum aquæ cujus origo memoriam hominum exceſſerit, jure conſtituti loco haberi*; mais il ne dit pas qu'il ſoit néceſſaire que la poſſeſſion excede la mémoire des hommes. Il eſt vrai qu'elle eſt plus forte, & qu'ayant autant de pouvoir que s'il y avoit un titre, elle releve de la preuve des conditions néceſſaires en la poſſeſſion de moindre tems, ſçavoir que celui qui a joui de la ſervitude *non vi, non clam, non præcario poſſederit*, & c'eſt ainſi qu'*Antonius Faber* l'explique faiſant diſtinction de la ſervitude *quæ eſt impoſita jure*, d'avec celle *quæ procedit ex conſuetudine.* Outre qu'on peut dire qu'en ladite loi *hoc jure § ductus aquæ*, il eſt parlé de l'eau qu'on fait venir d'un fleuve public, & que c'eſt pour ce ſujet que le juriſconſulte en parle de la ſorte. Car comme les choſes publiques ſont plus importantes, & moins dans l'uſage, auſſi faut-il plus de tems pour en preſcrire le droit. C'eſt la conciliation que *Fachineus* en donne, & il l'a tirée de *Connanus lib. 4, commentarior. juris cap. 12.* 6

Et quant au droit François, il n'eſt pas ſi général qu'il n'y ait pluſieurs coutumes qui admettent la preſcription pour les droits de ſervitude. Même celle d'Auvergne, ch. 17, art. 2, la Marche, ch. 13, art. 91; Poitou, art. 382, Anjou, art. 499, 450 & 464. Et quoiqu'on tienne qu'où il n'y a coutume contraire, celle de Paris ſert de regle pour cela, tant s'en faut que ce ſoit une conſéquence nuiſible, qu'au contraire c'eſt ce qui confirme la diſpoſition du droit Romain en pays de droit écrit. Car ſi la Coutume de Paris ne peut pas même déroger aux autres coutumes qui diſpoſent le contraire, pourquoi dérogeroit-elle aux droit Romain? Si elle n'eſt pas générale pour les pays coutumiers, ce n'eſt donc pas un droit François, & il faut inférer de là qu'il demeure reſtraint dans les limites de la coutume de Paris, & ne peut être étendu qu'où il n'y a point de diſpoſition contraire. C'eſt ainſi qu'en parlent nos Praticiens. Et même Bouvot en rapportant un arrêt du parlement de Dijon contre la preſcription, n'en parle pas comme d'une regle générale; mais comme d'une loi particuliere, & il avoue que le droit Romain eſt contraire: & comme la coutume de Berry eſt appellée la docte coutume, parce qu'elle eſt plus conforme au droit Romain, & qu'elle a été moulée ſur icelui, elle ne rejette pas auſſi la preſcription pour les ſervitudes; mais elle déſire ſeulement qu'il y ait eu de la contradiction, afin que la jouiſſance ne puiſſe pas être préſumée précaire ou clandeſtine.

Ce point ayant été agité au ſiége préſidial de cette ville ſur l'appel d'une ſentence du lieutenant au ſiége royal de Saint-Ferriol, il fut jugé que le droit de ſervitude ſe pouvant acquérir par trente ans, *maximè in prædiis ruſticis*, & qu'autrement la conſéquence en feroit fort dangereuſe, parce que les titres ayant été perdus par les guerres, ou les peſtes, ou par le changement des héritages qui ſe vendent par décret; de ceux qui auront droit de paſſage, à peine s'en trouveroit-il dix qui puiſſent le juſtifier par titre. La ſentence que nous alleguons fut rendue entre Benoît Baſtie, appellant, & Benoît Foreyſſon, intimé. 7

De la preſcription des ſervitudes, & de la nature & différence d'icelles, voyez monſieur Lepreſtre en la ſeconde centurie de ſes queſtions de droit, chap. 58, où après en avoir amplement & doctement diſcouru, il met cette différence entre les ſervitudes de ville, & les ſervitudes rurales, que celles-là ne ſe peuvent pas acquérir ſans titre, au lieu que pour les autres la poſſeſſion de 30 ans ſuffit.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si dans le pays de droit écrit les ſervitudes s'acquiérent ſans titre, par la preſcription de trente ans.

DAns cette queſtion l'auteur décide, que dans le pays de droit écrit, les ſervitudes s'acquiérent par preſcription ſuivant la diſpoſition du droit Romain, & que l'on n'y ſuit pas la diſpoſition de la coutume de Paris, qui dit dans l'art. 186, que droit de ſervitude ne s'acquiert par longue jouiſſance quelle qu'elle ſoit, ſans titre; cela eſt vrai.

Juſtinien, dans la loi 13, *de ſervitutib.* dit que l'uſufruit & toutes les autres ſervitudes ſe perdent, faute de s'en ſervir par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; & dans la loi derniere après avoir décidé la queſtion qui étoit entre les anciens juriſconſultes au ſujet du domicile, pour juger quand les parties devoient être réputées préſentes ou abſentes, & réglé que la préſence ou abſence doit ſe meſurer, quand les parties ont leur domicile dans la même province, ou en différentes provinces, ſans avoir égard au lieu où les héritages ſont ſitués: il décide la même choſe à l'égard des choſes incorporelles, comme les ſervitudes, *eodem obſervando etſi res non ſoli ſint, ſed incorporales quæ in jure conſiſtant, veluti uſusfructus & cæteræ ſervitutes*: & comme Juſtinien dans cette loi parle de la preſcription de dix ans entre préſens, & de vingt ans entre abſens, il faut conclure qu'il regle la preſcription des ſervitudes, comme celle des héritages, c'eſt-à dire, par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens. 8

Cependant m'étant informé de cette queſtion ſur les lieux, l'on m'a aſſuré qu'il faut trente ans pour acquérir une ſervitude par preſcription; la raiſon peut être, que ordinairement celui qui preſcrit n'a point de titre. 9

NOUVELLES OBSERVATIONS.

L'Auteur dans cette queſtion établit fortement, que dans les pays de droit écrit, les ſervitudes s'acquiérent par la preſcription, & que l'on ne doit point s'attacher à la coutume de Paris, qui décide le contraire. Cependant dans la queſtion 149, de ce livre 4, il fait de grands efforts pour établir, que les ſervitudes ne peuvent s'acquérir par la preſcription. Il dit que toute ſervitude eſt contre le droit commun, & contre la liberté naturelle, & qu'ainſi elle doit être établie par un titre formel. Il ajoute qu'il y a lieu de douter, ſi la ſeule poſſeſſion peut ſuffire, tant par ce qu'il n'eſt pas bien certain ſi les ſervitudes peuvent ſe preſcrire, que parce que la poſſeſſion peut être ſuſpecte.

Il eſt aſſez difficile de juſtifier cette contradiction, & de trouver aucune bonne raiſon pour excuſer ce changement. Mais pour aſſurer la vérité, & empêcher les plaideurs de ſe tromper en prenant l'un ou l'autre parti ſuivant leurs différens intérêts, il faut remarquer, que dans cette queſtion l'auteur parle en juriſconſulte qui ne conſulte que la loi & l'uſage; & dans la queſt. 149, il parle en avocat qui conſulte plus l'intérêt de ſa partie, que celui de la vérité; il paroît ſi paſſionné pour ſa partie, qu'il fait le déclamateur.

Mais on peut, pour juſtifier ſa conduite, lui prêter la réponſe de Cicéron dans l'oraiſon *pro Cluentio: Errat vehementer, ſi quis in orationibus noſtris quas in judiciis habuimus, autoritates noſtras conſignatas ſe habere arbitratur. Omnes enim illæ orationes, cauſarum & temporum ſunt, non hominum ipſorum ac patronorum: nam ſi cauſæ ipſæ pro ſe loqui poſſent, nemo adhiberet oratorem; nunc adhibemur, ut ea dicamus, non quæ noſtra autoritate conſtituantur, ſed quæ ex re ipſa cauſaque ducantur.*

L'on peut encore ſe ſervir de la penſée d'un célebre avocat: *L'eſprit qui préſide au barreau nous communique une certaine chaleur pour des gens dont nous ne connoiſſons ſouvent que le nom; qui nous anime dans la défenſe de leurs interêts, qui nous transforme en eux, & qui fait par un échange merveilleux de notre eſprit avec le leur, que nous ceſſons d'être ce que nous ſommes, pour devenir ce qu'ils ſont, & que nous négligeons nos propres affaires pour épouſer leurs paſſions.* Cette penſée eſt de M. de Fourcroy, dans ſon plaidoyer pour l'exemption d'un médecin. Le barreau n'a peut-être jamais vû dans un même ſujet, & dans un ſi éminent dégré la ſcience du juriſconſulte, & les talens de l'orateur. Je ſuis bien aiſe de trouver cette occaſion de faire juſtice à ſon mérite, & de lui rendre un témoignage de ma reconnoiſſance des bontés qu'il a eu pour moi: quand j'étois jeune avocat, il m'a ſouvent donné d'excellentes leçons.

BIU Cujas

DES SERVITUDES URBAINES.

QUESTION QUATRE-VINGTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le droit Romain eſt le droit commun de tout le royaume.*
2. *Pour les ſervitudes urbaines, il faut avoir recours à la coutume de Paris.*
3. *Dans les pays de droit écrit, pour les vues & fenêtres, l'on ſuit l'uſage de la coutume de Paris.*
4. *Arrêt du 17 mai 1631, confirmatif de la ſentence du ſénéchal de Lyon, qui avoit condamné un voiſin à réduire les fenêtres qu'il avoit ſur ſon voiſin, aux us & coutumes de Lyon.*
5. *Dans la ville de Lyon, & autres villes de la province, l'on ſuit en matiere de ſervitudes urbaines, la diſpoſition de la coutume de Paris.*
6. *Cela n'a pas lieu pour les villages.*
7. *Cette police avoit lieu à Lyon, avant que la coutume de Paris eût été rédigée.*
8. *En Provence, l'on peut preſcrire d'avoir des vues pleines & droites ſur ſon voiſin.*
9. *Conſultation pour ſavoir ſi le légataire d'une de deux maiſons appartenantes au teſtateur, peut conſerver les vues ſur l'autre maiſon, quand le teſtateur ne l'a pas déclaré.*

QUESTION LXXX.

De la régle des ſervitudes urbaines, & quel eſt l'uſage d'icelles dans la ville de Lyon.

Nous venons de reſtraindre la diposition de la coutume de Paris, nous voulons ici l'étendre en même matiere, & ſi nous avons ſoutenu que cette coutume ne peut pas faire obſtacle en pays de droit écrit à la preſcription des ſervitudes, nous voulons demeurer d'accord qu'elle en peut regler l'uſage. C'eſt parce qu'il y a de la différence entre corriger le droit, & y ſuppléer. L'un eſt bien plus facile que l'autre, & au lieu que l'un requiert l'autorité du prince, il ne faut pour l'autre que l'interprétation des maîtres de l'art. Et même nous tenons que *noſtrum eſt leges interpretari, non omiſſa ſupplere.* Tant y a que comme les coutumes n'ayant pas diſpoſé d'un point, on a recours au droit commun, qui eſt le droit Romain; auſſi le droit Romain ſe trouvant court en quelques choſes, on peut bien recourir aux coutumes, & ſur-tout à celle de Paris, comme à la principale de toutes. Nous tenons donc qu'en ce qui n'eſt point contraire aux loix Romaines, & lorſqu'elles n'en décident rien, on peut pour les ſervitudes, & pour l'uſage d'icelles ſe regler par la coutume de Paris. C'eſt ce que le ſieur Tronçon remarque en ſa préface ſur le titre des ſervitudes de ladite coutume.

C'eſt ce qui nous oblige à donner l'arrêt qui ſuit, par lequel on peut apprendre que le droit, ſur les vues, fenêtres, & jours qu'un particulier a ſur la maiſon de ſon voiſin, n'eſt pas beaucoup différent de l'uſage établi par la coutume de Paris en l'art. 200, & que c'eſt ſur ledit article qu'il eſt fondé.

ARRÊT.

Comme ainſi ſoit que de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant, le 27 ſeptempre 1620, entre Odouard Mercier, marchand dudit Lyon, demandeur aux fins de la requête du 27 janvier 1628, ſuivant l'exploit du 28, dudit mois, d'une part, & Gaſpard Thorel, fils de défunt Antoine Thorel, défendeur, par laquelle ledit Gaſpard Thorel audit nom, auroit été condamné retirer ſur ſoi toutes les eaux des couvert des maiſons dudit Thorel, en ſorte qu'elles ne puiſſent plus tomber dans le fond & jardin dudit Mercier, comme auſſi ledit Gaſpard Thorel audit nom, condamné à barrer de fer, & vitrer à verre dormant toutes les fenêtres, larmiers, canonieres qui auroient vue ſur les fonds & jardin dudit Mercier, icelles hauſſer, & réduire à ſix pieds au-deſſus des carronemens ſuivant les uz & coutumes dudit Lyon, aux frais & dépens dudit Gaſpard Thorel audit nom, & permis audit Mercier, & aux ſiens d'appuyer contre les murailles ſéparant les fonds deſdites parties, lorſqu'ils voudront bâtir en leur fonds en payant le mi-mur, depuis le rez de terre juſqu'à la hauteur qu'ils voudroient bâtir; le tout conformément au rapport du 27 aout 1629, & ledit Gaſpard Thorel audit nom, comdamné ès dépens: eût été de la part dudit Thorel, audit nom, appellé en notre Cour de parlement, en laquelle parties ouies en leur appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre leſdites parties ſi bien ou mal avoit été appellé; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle de l'appellant qu'il pourroit donner dans le tems de l'ordonnance, auſquels griefs, & prétendus moyens de nullité ledit Mercier pourra répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredites aux dépens dudit appellant: icelui procès vû, griefs, réponſes, forcluſion de produire de nouvel, & tout diligemment examiné: Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation au néant, ſans

BIU Cujas

amende, a ordonné & ordonne que la sentence de laquelle a été appellé sortira effet, & a condamné & condamne ledit Thorel, audit nom, ès dépens de la cause d'appel, la taxe desdits dépens à nous réservée. Prononcé le 17 jour de mai 1631. Extrait des registres du parlement. *Signé*, RADIGUES,

OBSERVATIONS.

Si dans la ville de Lyon les servitudes urbaines peuvent s'acquérir sans titre.

DAns cette question l'auteur semble contredire ce qu'il a dit dans la précédente, qu'en matiere de servitudes il ne faut pas suivre la coutume de Paris; puisque dans cette question il rapporte un arrêt rendu entre des parties de la ville de Lyon, qui a confirmé une sentence du sénéchal de la même ville, par laquelle un particulier avoit été condamné à barrer de fer, & vitrer à verre dormant les fenêtres qui avoient vûe sur le jardin de son voisin, & icelles hausser & réduire à six pieds au-dessus des carronemens suivant les us & coutumes de la ville de Lyon.

Il est vrai que dans la ville de Lyon l'on suit en quelque façon la coutume de Paris pour les servitudes urbaines; parce que dans une ville aussi grande & aussi belle, il est de la bienséance & de la police que l'on ne puisse pas avoir des servitudes sur son voisin sans titre; cela peut avoir lieu aussi pour les autres villes de la province: mais je doute que cela puisse être étendu jusqu'aux villages & aux maisons de la campagne. Je fonde mon opinion sur la loi derniere au code, *de ædif. privat.* dans laquelle Justinien ordonne, que la constitution de Zenon, faite pour la police & la maniere de bâtir dans la ville de Constantinople, soit observée dans toutes les villes de l'empire romain, *sancimus eandem constitutionem in omnibus urbibus Romani imperii obtinere;* mais il n'ordonne pas la même chose à l'égard des édifices de la campagne. En effet à Lyon l'on juge, que dans les fauxbourgs un voisin peut avoir des vues droites sur le clos de son voisin; la sentence qui l'avoit ainsi jugé, a été confirmée par un arrêt du 20 août 1668, qui est rapporté dans le journal des audiences, tom. 3, liv. 2, ch. 23. 5 6

Je crois que la ville de Lyon a plûtôt puisé cette police dans le droit que dans la coutume de Paris; car cette police étoit en usage dans la ville de Lyon avant que la coutume de Paris eût été rédigée. Dans tous les tems cette police a été pratiquée à Rome & à Constantinople, ainsi que M. Cujas le remarque dans ses observations, liv. 17, chap. 35. 7

M. de Saint Jean, décis. 72, dit qu'en Provence il y a un statut qui défend d'avoir des vûes sur son voisin, si ce n'est avec des grilles & à dix pieds au-dessus du rez de chaussée; cependant il rapporte un arrêt qui a jugé, que l'on peut prescrire le droit d'avoir des fenêtres pleines & des vues droites. 8

Depuis peu j'ai été consulté sur une question qui a rapport à celle-ci, voici l'espece.

Jean-Baptiste Michel, commis à la recette des consignations du pays de Forêts, par son testament du 10 décembre 1699, a fait un legs au profit de la fabrique de l'église de S. Pierre de Montbrison en ces termes, *je donne & legue à la marguillerie de saint Pierre, ma maison acquise par moi des héritiers Graule, joignant celle où je réside.* 9

Pendant la vie du testateur il y avoit dans le haut de la maison léguée une fenêtre qui avoit vue sur la cour de la maison où logeoit le testateur: après son décès il y a eu procès entre l'héritier & les légataires pour raison de cette fenêtre, & pour une autre fenêtre que les légataires avoient fait nouvellement. Par une sentence rendue au bailliage de Montbrison le 27 février 1704, les légataires ont été condamnés à boucher la seconde fenêtre comme étant une nouveauté; à l'égard de la premiere, après que les légataires ont soutenu qu'elle y étoit du vivant du testateur, & lorsque la maison leur a été léguée, les parties ont été appointées à faire preuve de ce fait. Ayant été consulté par la veuve de l'héritier, tutrice de leurs enfans, j'ai répondu qu'elle seroit bien fondée à appeller de la sentence en ce chef, & dans un autre qui n'a point de rapport à cette question, mais qui trouvera sa place ailleurs.

Cet interlocutoire me semble inutile; car quand il seroit vrai que la fenêtre y auroit été du tems du testateur, les légataires n'auroient pas droit pour cela de conserver une fenêtre, ayant des vues pleines sur la cour de la maison voisine.

Si dans cette occasion l'on suit la coutume de Paris, la question sera bien facile à décider; car cette coutume dans l'article 215, dit: *quand un pere de famille met hors ses mains partie de sa maison, il doit spécialement déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors ses mains, ou quelles il constitue sur le sien, & les faut nommément & spécialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure, qu'espece de servitude; autrement toutes constitutions générales de servitudes, sans les déclarer, com-*

BIU Cujas

me deſſus ne valent. Quoique cet article parle d'une partie de la maiſon, il convient encore mieux à l'aliénation d'une maiſon entiere, lorſque le pere de famille qui a deux maiſons joignantes, en met une hors de ſes mains. La diſpoſition de cet article eſt générale pour tous les genres de diſpoſitions, ſoit que l'aliénation ſe faſſe à titre *de vente*, *de donation* ou *teſtament*, le mot *de pere de famille*, dont cet article ſe ſert, convient même mieux aux diſpoſitions teſtamentaires, *uti pater familias legaſſit.* Ainſi quand un pere de famille legue une de ſes maiſons, il doit déclarer expreſſément le genre de ſervitude qu'il entend que la maiſon léguée conſerve ſur l'autre : ſon intention, ſi elle n'eſt pas déclarée par écrit, ne peut ſervir de loi, ſuivant la diſpoſition de l'article ſuivant : *deſtination de pere de famille vaut titre, quand elle eſt, ou a été par écrit, & non autrement.*

A l'égard de la diſpoſition du droit, nous avons pluſieurs loix qui peuvent ſervir à la déciſion de cette queſtion; dans le titre, *commun. præd.* il y en a quatre qui y ont du rapport.

La premiere eſt la loi *duorum* 3, dans laquelle le J. C. Caius dit, que quand le propriétaire de deux héritages en donne un à la charge d'une ſervitude, cette déclaration eſt ſuffiſante pour rendre l'impoſition de la ſervitude légitime : *duorum prædiorum dominus, ſi alterum ea lege tibi dederit, ut id prædium quod datur ſerviat ei quod ipſe retinet, vel contra : jure impoſita ſervitus intelligitur.*

La ſeconde eſt la loi *ſi quis 6*, dans laquelle le J. C. Ulpien dit, que ſi celui qui a deux maiſons en aliéne une, il peut lors de la tradition impoſer la loi qu'il lui plaît pour raiſon des ſervitudes : *ſi quis duas ædes habeat, & alteram tradat, poteſt legem traditioni dicere, ut vel iſtæ quæ non traduntur ſervæ ſint his quæ traduntur : vel contra, ut traditæ retentis ædibus ſerviant.*

La troiſiéme eſt la loi ſuivante où le J. C. Paul dit, que lors de l'aliénation il faut expreſſément déclarer le genre de ſervitude que l'on veut conſerver, ou impoſer, *in tradendis unis ædibus ab eo qui binas habet, ſpecies ſervitutis exprimenda eſt : ne ſi generaliter ſervire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum ſit, quæ ſervitus excepta ſit; aut omnis ſervitus imponi debeat.*

La quatriéme eſt la loi *quidquid* 10 où le J. C. Ulpien décide la même choſe, *quidquid venditor ſervitutis nomine ſibi recipere vult, nominatim recipi oportet.*

Mais toutes ces loix ne parlent que des aliénations entre vifs, ſoit à titre de vente ou de donation. Or dans ces ſortes d'actes y ayant deux parties, chacune doit prendre ſes meſures pour ne rien omettre : ainſi l'on n'excuſe pas aiſément les omiſſions, & l'on n'y ſupplée point, *tantum valent quantum ſonant :* mais dans un teſtament où le teſtateur eſt ordinairement malade, & le plus ſouvent mourant, l'on doit lui pardonner s'il a omis de déclarer le genre de ſervitude qu'il veut conſerver, & il ſemble qu'il faille y ſuppléer. & croire qu'il a eu intention que la maiſon léguée conſerve les mêmes vues qu'elle avoit de ſon tems. Cependant ſelon la doctrine de M. Cujas, il faut en cette occaſion porter le même jugement des diſpoſitions teſtamentaires, que des contrats. En effet dans la loi *teſtatrix ſi ſervit. vind.* le J. C. Scævola propoſe l'exemple d'un teſtateur, qui avoit légué un fond qui joignoit un petit bâtiment, ſur lequel l'on avoit coutume de paſſer pour aller dans ce bâtiment, il répond que lors de la délivrance du fond l'héritier doit faire une réſerve expreſſe du fond, *teſtatrix fundo quem legaverat, caſas junctas habuit : quæſitum eſt, hæſi fundo legato non cederent, cumque legatarius vindicaſſet, an iſte fundus aliquam ſervitutem caſis deberet : aut ſi ex fideicommiſſi cauſa, cùm ſibi dari legatarius deſideraret, hæredes ſervitutem aliquam caſæ excipere deberent : reſpondi deberi.* Cela prouve que dans toutes ſortes de cas, il faut faire une réſerve expreſſe des ſervitudes que l'on veut conſerver.

Mais pour approcher de plus près de l'eſpece qui ſe préſente, nous voyons dans la loi *binas 36, de ſervit. præd. urb.* que le J. C. Papinien décide, que ſi celui qui a deux maiſons contigues, les legue à deux différentes perſonnes, la couverture demeurera commune, *binas qui ædes habebat una contignatione tectas, utraſque diverſis legavit : dixi quia magis placet tignum poſſe duorum eſſe.* Dans la loi ſuivante le J. C. Julien dit la même choſe, quand les deux maiſons ſont vendues à deux divers perſonnes, *idemque eſſe, etſi duobus ædes ceſſerint.* M. Cujas dans ſon commentaire ſur le livre ſept des queſt. de Papinien à la fin, dit qu'il faut porter par rapport aux ſervitudes le même jugement des diſpoſitions teſtamentaires que des contrats : *idem juris eſt in ultimis voluntatibus & contractibus.*

Enfin le J. C. Javolenus dans la loi *ſi is 4, de ſervit. leg.* dit que ſi celui qui a deux maiſons joignantes, les légue à deux différentes perſonnes, le mur qui les ſépare ſera commun, *ſi is qui duas ædes habeat, unas mihi, alteras tibi legavit, medius paries qui utraſque ædes diſtinguat, intervenit, eo jure communem nobis eſſe exiſtimo.* Or, la loi des murs communs, ou mitoyens eſt que l'un des propriétaires ne peut y faire aucune fenêtre

nêtre sans la permission de l'autre, *eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, nullo jure feneſtras immiſiſſe reſpondi : l. 40 de ſervit. præd. urb.* Ce mot *nullo jure* est à remarquer, c'est-à-dire, à quelque titre que ce puisse être ; c'est pourquoi selon la remarque de M. Cujas sur cette loi & dans ses observations, livre 1, chapitre 31, l'on disoit à Rome que les murs mitoyens n'avoient point d'yeux, *paries cœcus.* La coutume de Paris dans l'article 199, est conforme à la disposition 4 du droit, *en mur mitoyen ne peut l'un des voisins ſans l'accord & le conſentement de l'autre, faire faire fenêtres outrous pour vûe, en quelque maniere que ce ſoit, à verre dormant ni autrement.*

Il y a plus, quand le mur appartiendroit en propriété à l'un des voisins, il ne seroit pas en droit d'y avoir des fenêtres pleines. Suivant la disposition du droit, il n'est pas permis de faire aucune ouverture dans les murs de séparation, comme l'enseigne M. Cujas, dans les endroits qui viennent d'être cités, *nec id licet aperto pariete proprio ;* & suivant la coutume de Paris, article 200, l'on ne peut y avoir des fenêtres qu'à fer maillé, & à verre dormant.

Mais il faut encore aller plus loin : quand le testateur auroit ordonné expressément qu'il veut que la fenêtre en question demeure en l'état qu'elle est, sa disposition ne devroit pas être suivie, parce qu'elle seroit contraire au droit commun, à la bonne police & à la bienséance qui ne permettent pas que l'on puisse avoir des vues pleines sur son voisin, à cause des scandales & des querelles perpétuelles qui pourroient arriver : car suivant la pensée d'un ancien philosophe cité par M. Cujas, aux mêmes endroits, *idem eſt pedem inferre ac oculos in domum alienam.* Suivant cet esprit, la cour par un arrêt du 17 avril 1608, cité par Tournet, sur l'article 200, de la coutume de Paris, a jugé qu'en servitude par titre, il y auroit fer maillé & verre dormant. La cour par deux autres, des 1 mars 1605 & 20 juillet 1611, cités par Tronçon, sur l'article 202 sur le mot *vue*, a jugé que l'adjudication par décret d'une maison qui avoit des vues sur la maison du voisin, seroit faite à la charge de les retirer, encore que le propriétaire de la maison voisine ne se fût pas opposé au décret, pour conserver la liberté de sa maison. Cela prouve que quelque titre que l'on puisse avoir, l'on ne peut avoir des fenêtres droites & des vues pleines sur la maison de son voisin.

Délibéré à Paris le 15 mars 1704, Signé, Bretonnier.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Au parlement de Dijon, l'on fait la même distinction qu'à Lyon entre les servitudes urbaines & rustiques ; les premieres ne peuvent s'acquérir sans titre, les secondes peuvent s'acquérir par la prescription de 30 ans. Les arrêts qui ont jugé ces deux quest. sont rapportés par M. Taisand, dans son commentaire sur la coutume de Bourgogne. tit. 14, not. 8.

DES PATURAGES COMMUNS.

QUESTION QUATRE-VINGT-UNIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Le droit de pâturage ne s'acquiert pas par la ſeule poſſeſſion.*
2. *Ce droit ſe conſerve par la ſeule intention.*
3. *Coutumes qui décident qu'il faut avoir titre.*
4. *Auteurs des pays coutumiers, qui décident qu'il faut titre.*
5. *Les auteurs du pays de droit écrit, diſent la même choſe.*
6. *Arrêt pour la province d'Auvergne, qui l'a ainſi jugé.*
7. *Les pâturages ne peuvent changer de nature ſans le conſentement unanime de tous les intéreſſés.*
8. *Arrêts qui l'ont ainſi jugé.*
9. *L'ordonnance des eaux & forêts régle cette matiere.*

BIU Cujas

QUESTION LXXXI.

Des bois & paſcages communs, & ſi l'on peut les preſcrire, ou les changer.

1 Comme les bois & paſcages communs ſont ſujets à une poſſeſſion clandeſtine, & qu'il eſt aiſé d'y faire quelques actes de jouiſſance à l'inſçu des intéreſſés, auſſi, le droit François n'approuve pas qu'on puiſſe par cette voye ſeule s'en attribuer le droit. Il a rejetté pour ce regard la ſimple poſſeſſion, & ſi elle n'eſt accompagnée de titre, ou du moins du payement de quelque redevance au ſeigneur du lieu, il ne veut pas qu'elle ſoit ſuffiſante. C'eſt ce qui a quelque fondement dans la diſpoſition du droit Romain, & l'on peut alléguer pour ce ſujet la loi *quamvis ſaltus, ff. de acquir. poſſeſſ.* en laquelle il eſt dit, qu'encore que quelqu'un ſe ſoit donné l'entrée dans les bois & communaux, à deſſein d'y acquérir poſſeſſion, *propoſito poſſidendi*, cela n'ôte pas pourtant le droit aux vrais maîtres; qu'au contraire, ils ſont cenſés ſe conſerver non-ſeulement leur droit, mais encore leur poſſeſſion, *quandiu poſſeſſionem ab alio occupatam ignorant.* Dont le juriſconſulte rend cette raiſon, *quia non debet ignoranti tolli poſſeſſio quæ ſolo animo retinetur.*

2 C'eſt parce que la poſſeſſion de ſemblables choſes ſe conſerve par l'intention ſeule; & comme on ne peut pas y aller toujours, c'eſt aſſez qu'on en ait la volonté. *Saltus hybernos, æſtivoſque animo poſſidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus*, dit le juriſconſulte *Paulus in lege 3, § 11, ff. de acquir. poſſeſſ.* ce qui eſt confirmé par Papinien, *in. l. 44*, ſur la fin du même titre.

3 Ce n'eſt donc pas ſans raiſon ni fondement que la coutume de Nivernois, article 9, titre des bois & forêts, décide que pour aller, venir, mener ou envoyer bêtes, couper & prendre bois ni autrement exploiter, on n'acquiert droit pétitoire ou poſſeſſoire de ſervitude ou uſage, s'il n'y a titre, ou avec la poſſeſſion payement de rente au profit du ſeigneur, & qu'autrement, la poſſeſſion ſans ledit payement ne ſert pas même au poſſeſſoire.

La coutume de Troyes, titre des eaux & forêts, en l'article premier, décide la même choſe; & celle de Bourgogne, titre des forêts & pâturages, article 2 & 5, ne veut pas pareillement qu'on puiſſe avoir aucun uſage en ſemblables choſes, ni droit pétitoire ou poſſeſſoire, par quelque tems qu'on en ait joui, ſi ce n'eſt qu'on ait titre, ou qu'on ait payé quelque redevance.

4 Il ſuffit d'avoir établi cela ſur trois coutumes, & s'il faut y joindre la doctrine des interprêtes, c'eſt l'opinion de la Chaſſanée, ſur ladite coutume de Bourgogne, & de Coquille, ſur celle de Nivernois, & encore en ſon inſtitution du droit François, titre des bois & uſages, où il tient que le ſimple fait de jouiſſance ſans titre, ou ſans payer redevance ne ſuffit pas; & il en rend la raiſon que nous avons touchée, ſçavoir, que les communaux ne ſont pas ordinairement fréquentés, & que la jouiſſance peut être clandeſtine.

5 Guy Pape, en ſa déciſion 573, conclud de même que le paſcage ne ſe peut preſcrire par moindre preſcription que de cent ans, s'il n'y a titre ou redevance payée au ſeigneur; & *Ferrerius*, ſur la même queſtion de Guy Pape, remarque que le paſcage eſt un droit réel, & qui regarde plûtôt les héritages pour leſquels il eſt affecté, que les perſonnes qui les poſſedent: que c'eſt pour les fonds qu'il eſt deſtiné, enſuite de quoi il conclud qu'il ne peut s'acquérir par preſcription. *Servitus paſcendi pecoris prædii eſt, non perſonæ; & ſic alteri acquiri non poteſt quàm qui prædium habet, l. 3, l. pecoris, ff. de ſervitut. prædior. ruſticor. l. Teſtatrix, ff. ſi ſervitus vindicetur.* Il y a donc un obſtacle perpétuel qui procede *à parte rei*, & il eſt vrai de dire que la loi y réſiſtant, la poſſeſſion ne peut qu'être vicieuſe, *l. ubi lex, ff. de uſucapionib.*

Pour confirmation, on nous a aſſuré que par ar- 6
rêt contradictoire, rendu en l'année 1630, entre les habitans de l'Eſpinaſſe, demandeurs en inhibitions & défenſes, & les habitans de Beaufranchet, défendeurs, la cour auroit infirmé la ſentence du ſénéchal d'Auvergne, qui avoit reçu les faits de poſſeſſion & jouiſſance promiſcue dans les communaux de Montmea, ſitués dans le village de l'Eſpinaſſe, alléguée par les habitans de Beaufranchet, & ordonne que la ſentence du bailli de Riole ou ſon lieutenant ſortiroit effet, par laquelle ſentence ledit bailli, ſans avoir égard aux faits de poſſeſſion plus que trentenaire, auroit fait inhibitions & défenſes aux habitans de Beaufranchet de pâturer dans les communaux de Montmea, ſitués dans les appartenances dudit village de l'Eſpinaſſe. Il eſt vrai que la coutume d'Auvergne diſtingue les communaux par mas & villages, & que cela pouvoit rendre la poſſeſſion moins conſidérable.

Que ſi ſemblables communaux ne peuvent pas 7
tomber dans la preſcription, ils ne peuvent non plus recevoir de changement. Ils ne peuvent être vendus ni convertis à d'autres uſages, & s'ils ſont deſtinés pour le paſcage des animaux, on ne peut pas les rompre & y faire du bled. N'importe que preſque tous vendent ou y conſentent; car, quand il n'y auroit qu'un ſeul qui s'y oppoſât, ce particulier prévaudroit aux autres. C'eſt parce qu'en ſemblables choſes qui ſont communes, *pluribus ut univerſis, non pluribus ut ſingulis, jus univerſitatis reſidet in illo qui contradicit, l. ff. quod cujuſque univerſi.* Et il eſt d'ailleurs certain que *in re communi melior eſt conditio prohibentis, l. Sabinus, ff. communi dividundo.* Auſſi, *Ferrerius*, ſur la queſtion de Guy Pape que nous avons alléguée, infere delà, *ſingulis de univerſitate ad quod tale jus pertinet non eſſe permiſſum hanc facultatem extraneo, qui non eſt illius municipii, transferre vel vendere.*

Il fut ainſi jugé par un arrêt aſſez célébre, donné 8
pour cette province, pour les habitans de Conols de la paroiſſe de Verrieres, que nous n'avons pas voulu rechercher, parce que les arrêts cottés par monſieur le Bret, en ſes déciſions, chapitre 6, liv. 2, & par monſieur Bouguier, en ſon recueil, lett. P, ch. 2, nous ſemblent ſuffire, à cauſe même que nous l'avons vu juger pluſieurs fois de la ſorte en ce ſiége.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Des pâturages.

DAns cette question l'auteur établit, que le droit de pâturage & l'usage des bois ne peuvent s'acquérir ni se perdre par la voie de la prescription : il cite tous les auteurs qui ont traité ce point; ainsi il suffira de remarquer, que cette matiere est réglée par l'ordonnance des eaux & forêts du mois d'août 1669 au titre, *des droits de pâturage & panage.* 9

DES BORNES, ET SI LA PRESCRIPTION Y A LIEU.

QUESTION QUATRE-VINGT-DEUXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Espece du procès, sur lequel roule la question.*
2. *Sentence du premier juge, qui ordonne que les parties nommeront des experts pour visiter les lieux.*
3. *Moyens d'appel par la partie qui avoit formé complainte.*
4. *Moyens de l'intimé, pour soutenir qu'en semblable cas la prescription n'a pas lieu.*
5. *Avis de l'auteur pour confirmer la sentence.*
6. *Sentence du bailliage de Montbrison, contraire à l'avis de l'auteur.*
7. *Sentiment de Tronçon, conforme à celui de l'auteur.*
8. *Sentiment de l'auteur des observations, que la complainte ne doit pas avoir lieu en semblable cas.*
9. *Sentiment du même auteur, que l'action des bornes est sujette à la prescription de trente ans.*
10. *Arrêt du parlement de Grenoble qui a jugé que les limites sont imprescriptibles entre deux communautés.*
11. *Arrêt du parlement de Provence, qui a préjugé que les limites sont sujettes à la prescription de trente ans.*

QUESTION LXXXII.

Si la loi quinque pedum, C. finium regundorum, *est suivie, & si la complainte peut être reçue pour les limites, & s'il y a prescription pour elles.*

1 TITIUS & *Mævius* ayant deux terres contigues, & pour la séparation desquelles on prétendoit qu'il y avoit trois bornes, & l'un d'eux ayant coupé les branches d'un cerisier que l'autre prétendoit être riere lui, cela fit naître un procès entre ces deux parties. Celui qui se prétendoit troublé s'étant donc pourvu, & ayant d'abord insisté à ce que pour la reconnoissance des bornes & décision du différend, les parties eussent à nommer & convenir d'experts, cela fut empêché par le défendeur qui insistoit à sa
2 possession, & à ce qu'il y fût maintenu. Nonobstant son empêchement, le juge ordonne, que pour servir ce que de raison & sans préjudice du droit des parties au principal, elles nommeroient & conviendroient de prud'hommes; de quoi le défendeur appelle en ce siége.

L'appellant pour grief a dit, qu'on a dû vuider le possessoire avant que d'entrer dans la recherche des bornes : que la nomination d'experts, & la descente ordonnée tendant à cela, & plûtôt au pétitoire qu'au possessoire, il a eu sujet d'en reclamer : qu'il a intérêt qu'on ne couvre pas sa possession, & d'y être une fois maintenu, avant que de disputer du droit de propriété : que c'est l'usage commun, & qui est suivi aussi-bien en matiere de confins & de limites, que de l'héritage même : que c'est en effet la disposition formelle de la loi 3, *C. finium regundorum*, en laquelle l'empereur dit nettement : *si quis super sui juris locis prior de finibus detulerit querimoniam quæ proprietatis controversiæ cohæret, priùs possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipiatur ad loca.* Il est donc nécessaire qu'on vuide une fois la possession, & cela doit précéder la descente. C'est pourquoi le juge l'ayant ordonnée précipitamment, l'appel en est bien fondé.

L'intimé, au contraire, dit, que s'agissant de peu, & le différend n'étant que pour un léger espace, ou plûtôt, pour un arbre seul, qui est sur 4
l'extrêmité des bornes, le juge a eu raison d'abréger la contestation & d'ordonner la descente; que c'est, en effet, par les bornes, & par la visite d'icelles qu'on peut connoître à qui le cerisier appartient : qu'il n'y a donc point d'apparence de s'arrêter à la possession, & d'engager les parties à contester sur icelle, & jusqu'à faire des preuves : que la loi alléguée se doit entendre, quand il s'agit

BIU Cujas

d'une portion notable; & qu'au lieu de diſputer l'extrémité des limites, on diſpute une aſſez bonne étendue. Car autrement, ſi la controverſe n'eſt que pour l'entre-deux ou l'environ des bornes, & que cela n'excede pas la largeur de cinq pieds, la poſſeſſion n'étant pas en ce cas conſidérable, ce n'eſt pas par elle, mais par les bornes & par leur reconnoiſſance que le différend ſe doit vuider : que c'eſt la diſpoſition de cette fameuſe loi *quinque pedum*, au même titre du code, *finium regundorum* : que c'eſt par elle qu'il faut expliquer la loi précédente, & qu'afin qu'elles ne ſoient point contraires, il faut dire que l'une parle d'une eſpace conſidérable, l'autre, de cinq pieds tant ſeulement : qu'encore qu'en la loi 3, Conſtantin ſuppoſe que le procès ſoit pour les limites, & que *de finibus mota ſit quærimonia*, il ne s'enſuit pas qu'il n'entende qu'il s'agiſſe d'une portion conſidérable, & que les mots précédens le montrent : *Si quis*, dit-il, *ſuper ſui juris locis*; il entend donc que ce n'eſt pas pour peu que l'on diſpute. Quoi qu'il en ſoit, il faut avouer que ſi la loi *quinque pedum* ne corrige pas la loi *ſi quis*, elle lui ſert de limitation; & qu'au lieu que ſa déciſion pouvoit être vague & indéfinie, elle la reſtreint, en exceptant, quand on diſpute pour les bornes, ce qui n'excede pas cinq pieds.

5 Sur cette queſtion, qui fut traitée en l'audience, nous dîmes pour l'intérêt public, que la loi *quinque pedum* eſt ſi difficile, que tous les interprêtes anciens, juſqu'au docte Alciat en ont ignoré le ſens : que le bon Accurſe, pour s'en excuſer, a dit que Pierre Abailard, ce grand perſonnage, qui a tant fait parler de lui du tems de ſaint Bernard; que ce ſubtil philoſophe, qui n'ignoroit rien, & qui ſe vantoit de donner le vrai ſens de quelque loi qu'on lui propoſât, tant fût-elle difficile, ne laiſſa pas de demeurer court ſur une loi ſi courte; qu'il fut contraint de dire, *neſcio*, & d'avouer en ce point ſon ignorance. Mais que comme le tems nous découvre de nouvelles terres & de nouveaux tréſors, les eſprits, auſſi, tous les jours ont des lumieres nouvelles : qu'en effet, Alciat & les autres juriſconſultes modernes, plus heureux, comme plus doctes que nos premiers gloſſateurs, en avoient pénétré le ſens.

Qu'il falloit donc ſuppoſer pour l'explication de la loi *quinque pedum*, que par la loi des 12 tables, il falloit laiſſer entrer les fonds voiſins l'eſpace de cinq pieds, que les Latins appelloient *fines finium*, & nous, le tour de la charrue. Or, comme cet eſpace demeuroit en quelque façon commun ou neutre, qu'auſſi, depuis il fut ordonné par la loi *Manilia*, que cet eſpace ne ſeroit point ſujet à preſcription, & que quand il y auroit quelque doute dans cet entre-deux, on auroit recours à un arpenteur, quelque poſſeſſion qu'on pût alléguer,

Qu'en effet, Ciceron, *lib.* 1 *de legibus*; ayant attaqué cet uſage en ces termes, 12 *tabulæ uſucapionem intra quinque pedes eſſe noluerunt*, il ne faut pas s'étonner ſi en ladite loi *quinque pedum*, les empereurs avoient voulu que *quinque pedum præſcriptione ſummotâ, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio*. Car ils ſuppoſent que cette preſcription avoit été déja retranchée plûtôt qu'eux-mêmes ne la retranchent : qu'il faut donc inférer de-là, qu'autre eſt la queſtion *de fine*, autre celle *de loco*; que *finis uſucapi non poteſt, locus uſucapi poteſt*. Par conſéquent, que quand il s'agit de la ſéparation de deux héritages, & que les propriétaires en conteſtent les limites, s'il n'eſt queſtion que de cinq pieds, il ne faut pas s'attacher à la poſſeſſion, mais plûtôt recourir aux bornes. Bref, que ce ſont plûtôt des experts que des témoins qui doivent terminer le différend. C'eſt parce que *intra quinque pedes nulla poſſeſſio, nulla præſcriptio*; au lieu que pour un plus grand eſpace, la preſcription y eſt auſſi-bien reçue que la poſſeſſion.

Que c'eſt choſe que Mornac a clairement expliquée ſur la même loi *quinque pedum*, en diſant, que ſi deux voiſins avoient chacun dix arpens bornés entr'eux deux, & que l'un d'eux eût entrepris & outre-paſſé les bornes, planté, labouré & perçu les fruits par dix, vingt, trente & quarante ans d'un ſeillon ou deux, nonobſtant la poſſeſſion, chacun doit avoir ce qui lui apppartient, ſuivant le réglement des bornes. Enſuite de quoi, notre ſentiment étoit, qu'en la cauſe ne s'agiſſant pas d'un eſpace plus grand, le juge n'avoit point failli d'avoir reglé les parties à convenir d'experts pour viſiter le différend & reconnoître les bornes. Enfin, que ce réglement étoit d'autant plus ſoutenable, que la loi *quinque pedum* a été tirée d'une loi de Valentinien, qui eſt au code Théodoſien, en laquelle il eſt dit ſur la fin, *omne hujuſmodi jurgium ſolo præcipimus jure diſcingi, quo artis hujus peritis omne commiſimus ſub fideli arbitratione judicium.* C'eſt ce qui nous fit adhérer au bien-jugé.

Néanmoins, il fut ordonné, au contraire, & en 6 émendant la ſentence dont étoit appel, les parties furent réglées à conteſter au poſſeſſoire, & ſur la poſſeſſion alléguée, comme les juges royaux prétendent la prévention pour les complaintes & actions poſſeſſoires ſur les juges des ſeigneurs, ils favoriſent auſſi le cours de ſemblables actions, & étendent plûtôt la voye des complaiſances, qu'ils ne la retranchent. Nous en laiſſons le jugement au lecteur, & aux juges ſouverains à nous preſcrire la regle.

Depuis, nous avons trouvé que Tronçon, ſur 7 l'article 118 de la coutume de Paris, ſuit notre ſentiment, & tient que c'eſt une action inpreſcriptible : que comme les bornes ſervent d'un titre viſible à l'un & l'autre des voiſins, ils ne peuvent auſſi rien entreprendre qui leur faſſe préjudice. Il avoue même qu'en ce cas, la poſſeſſion n'eſt conſidérable au préjudice des bornes, & qu'ayant été reconnues, il en faut demeurer là. Il cite à cet effet la coutume de Chaumont, article 108; Troyes, titre des bois, art. 8, 17, 20, ou accrûe des bois n'a lieu, quand il y a foſſé ou borne faiſant ſéparation.

OBSERVATIONS.

Si l'action pour les bornes eſt ſujette à preſcription.

L'Auteur dans cette queſtion parle de la diſpoſition & de l'effet de la loi *quinque pedum* 5, au cod. *de fin reg.* qui parle en ces termes, *quinque pedum præſcriptione ſummota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio*, c'eſt-à-dire, qu'il n'y a point de preſcription pour l'eſpace de cinq pieds, qui doit reſter libre entre les héritages des

BIU Cujas

voisins. L'auteur prétend que cette loi est encore en usage ; & par conséquent, que l'action des bornes est imprescriptible, & que l'on ne doit point admettre la complainte en pareil cas ; mais nommer des experts pour visiter les lieux, & reconnoître les bornes ; il dit néanmoins que le contraire a été ordonné en son siége, & que par la sentence les parties furent réglées à contester au possessoire.

Je crois que la complainte ne doit point avoir lieu en pareil cas, cela seroit d'une trop dangereuse conséquence ; il seroit facile à un voisin de mauvaise foi de s'attribuer la possession de cet espace de terre à l'insçu & au préjudice de son voisin.

A ce sujet j'observerai que dans le pays que l'on appelle la France, il n'y a point de 8
bornes pour séparer les héritages. Quand un voisin prétend n'avoir pas sa mesure, & que l'autre a empiété sur son héritage, l'on a recours à un arpenteur pour arpenter les terres & trouver la mesure d'un chacun ; & celui qui a empiété sur son voisin, n'est pas recevable à former complainte.

Mais à l'égard de la disposition de la loi *quinque pedum*, je doute qu'elle soit encore 9
en usage : car cette loi ne parle que de la longue prescription, c'est-à-dire, de celle de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens ; mais la prescription de trente ans est suffisante pour prescrire l'action des bornes, ainsi que cela est expressément décidé par la loi derniere de ce même titre, & que M. Cujas l'explique dans ses paratitles du code sur ce titre, & dans son commentaire sur la loi premiere, code *de ann. except.* vers le milieu.

M. Chorier, sur Guy-Pape, livre 5, sect. 4, art. 8, rapporte un arrêt du parle- 10
ment de Grenoble du mois de septembre 1666, qui a jugé que les limites sont imprescriptibles ; mais c'étoit entre deux communautés.

M. Boniface, tom. 1, liv. 8, tit. 2, chap. 11, rapporte un arrêt du parlement de 11
Provence, du 16 mai 1665, qui a admis un voisin à faire preuve qu'il avoit possedé depuis plus de 30 ans les arbres qui étoient sur les confins des deux héritages, & par ce moyen a préjugé que la prescription a lieu en pareil cas.

DES CHEVALIERS DE MALTHE,

Si leurs biens sont sujets à la prescription.

QUESTION QUATREVINGT-TROISIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *C'est un des priviléges de l'ordre de Malthe, que ses biens ne sont point sujets à aucune prescription.*
2. *En droit, la prescription n'avoit pas lieu contre les soldats.*
3. *C'est l'ordre qui possede tous les biens, les commandeurs n'en sont que les économes.*
4. *Arrêts des parlemens de Paris & de Toulouse, qui ont cassé des baux emphythéotiques, qui n'avoient pas été faits dans les formes, après cent ans.*
5. *Arrêt du parlement de Paris, du 22 août 1622, qui casse deux contrats de 1447 & 1448.*
6. *La jurisprudence sur cette question est différente, & incertaine dans tous les tribunaux.*
7. *Au parlement de Paris, il y a des arrêts pour la prescription de quarante ans, d'autres pour celle de cent ans, & d'autres pour l'imprescriptibilité.*
8. *Le parlement de Toulouse jugeoit autrefois que la prescription centenaire suffisoit, à présent il la rejette.*
9. *Le grand-conseil admet la prescription centenaire en certains cas, en d'autres il la rejette.*
10. *Interprétation des arrêts du parlement de Paris.*
11. *Interprétation des arrêts du grand-conseil.*
12. *Interprétation des arrêts du parlement de Toulouse.*
13. *Sentiment de l'auteur des observations, que la prescription centenaire a lieu contre cet ordre, & qu'elle peut être opposée par toute sorte de personnes, & dans tous les cas.*

BIU Cujas

QUESTION LXXXIII.

Si la preſcription peut courir contre les chevaliers de Malthe.

1 L'UN les priviléges de meſſieurs de Malthe, c'eſt qu'aucune preſcription ne peut courir contr'eux, & qu'il n'eſt point de laps de tems qui puiſſe couvrir leurs droits, & enſevelir leurs actions. Ils ont en cela plus de faveur que n'en a l'Egliſe Romaine, contre laquelle la loi admet la preſcription centenaire. Auſſi, quand nos interprêtes diſent qu'on ne peut preſcrire une choſe, ils en exceptent la preſcription de cent ans. C'eſt parce que *habet vim tituli & conſtituti in l. hoc jure, § ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æſtiva*, & qu'elle n'eſt jamais cenſée compriſe, en quelques termes généraux qu'on parle. En effet, en l'article 80 de l'ancienne coutume de Paris, pour la preſcription des ſervitudes, n'étant point parlé de celle de cent ans, on jugeoit qu'elle en étoit exceptée, & il a fallu l'ajouter à l'article 124 de la nouvelle coutume. Néanmoins, quoique cette preſcription ſoit favorable, & que ce qui eſt acquis par un ſi long tems, *non tam jure ſervitutis quæratur, quàm præſumptione juſtitiæ*, comme dit du Moulin, ſur l'art. 46 de ladite ancienne coutume, elle n'a pourtant point lieu contre les chevaliers de Malthe. Cet ordre eſt trop favorable pour l'aſſujettir aux regles communes, & il n'y a pas apparence qu'étant toujours en faction, toujours en guerre contre l'ennemi commun des Chrétiens, avec qui il ne peut faire ni paix ni tréve, on puiſſe preſcrire contr'eux. Ils ont double qualité, & ils ſont attachés à leur milice, & étant réputés abſens, c'eſt un obſtacle valable à la preſcription. C'eſt parce qu'elle ne peut courir contre les perſonnes abſentes, quand c'eſt pour la choſe publique que cette abſence procéde. C'eſt la diſpoſition de la loi derniere, *Cod. de reſtitutionib. militum &*
2 *eorum qui reipublicæ causâ abſunt*; en laquelle Juſtinien ne veut pas que le tems puiſſe nuire à ceux qui ſont occupés aux fonctions militaires. Ce qui eſt encore confirmé au titre ſubſéquent *de uxoribus militum & eorum qui reipublicæ causâ abſunt*.

Et ne ſerviroit de dire, qu'en la loi préalléguée, l'empereur n'accorde ce privilége qu'à ceux *qui in expeditionibus occupati ſunt*, & pour le tems ſeulement *quod in eadem expeditione percurrunt*. Car il ne faut pas inférer de-là, que les chevaliers de Malthe n'étant pas toujours à Malthe ou ſur mer, leur abſence pour quelque tems ne peut pas faire un obſtacle perpétuel : que le plus ſouvent demeurans dans leur commanderie, ils peuvent rechercher leurs droits, & veiller à la conſervation d'i-
3 ceux. D'autant qu'il ne faut pas conſidérer les chevaliers ſeuls, & dans leur intérêt particulier; mais plûtôt il faut conſidérer tout l'ordre en leurs perſonnes. Ils ne ſont que ſimples œconomes, & c'eſt plûtôt la religion qui conſerve les biens, que les commandeurs. Le corps a donc intérêt à la conſervation de ce qu'il baille à jouir aux membres; & c'eſt pourquoi, comme cet ordre eſt toujours aux priſes avec les Turcs, & qu'ayant été néceſſaire pour le repos de l'Europe & des Chrétiens, qu'il fût oppoſé aux infidéles, auſſi doit-il être préſumé abſent & maintenu en ſes droits. En effet, les chevaliers de cet ordre ayant été chaſſés de l'iſle de Rhodes par Soliman, on les a établis dans celle de Malthe, pour être toujours proche de nos ennemis, & pour ſervir de rempart aux nations Chrétiennes contre la force des Ottomans.

C'eſt donc avec raiſon qu'on a jugé que les hé-
4 ritages de cet ordre ſont inaliénables, & que les emphitéoſes n'ayant pas été faites avec les formes ordinaires, ni homologuées, on y peut toujours revenir : que la preſcription centenaire n'eſt pas même ſuffiſante pour mettre à couvert les détenteurs. C'eſt un des priviléges des chevaliers de Malthe, & ceux qui ont écrit des ſtatuts & priviléges de leur ordre, en citent divers arrêts. Entr'autres auteurs, frere Anne de Naberat, commandeur du temple d'Ayen, en ſon ſommaire des priviléges dudit ordre, en allegue quelques-uns, tant du parlement de paris, que de celui de Toulouſe, qui ont caſſé des baux d'emphitéoſe, quoiqu'il y eût plus de 150 ans. Entre leſdits arrêts, il n'a eu garde d'oublier celui qui eſt ci-après inſéré, puiſque c'eſt à ſa pourſuite qu'il eſt intervenu, & qu'il y eſt mis en qualité. C'eſt enſuite de cela, que de notre tems, le commandeur de Montbriſon a obligé le ſieur de la Garde de lui relâcher un jardin duquel il avoit joui, ou ſes auteurs, plus de cent ans.

ARRÊT.

Comme de certaine ſentence donnée par nos amés 5
& féaux conſeillers de notre cour de parlement, les gens tenans les requêtes du palais, le 9 avril 1622, au profit des habitans & tenanciers des Farges, défendeurs, à l'encontre de frere Anne de Naberat, commandeur du temple d'Ayen, Monts & Belveyre, demandeur; par laquelle noſdits conſeillers, ſans s'arrêter aux lettres par lui de nous obtenues le 18 janv. 1621, auroient, ſur ſa demande, mis les parties hors de cour & de procès, ſans dépens : Eût été, de la part dudit demandeur, appellé à notre cour de parlement, en laquelle leſdites parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger ſi bien ou mal auroit été appellé, joints les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, leſdits intimés pourroient répondre & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant; icelui procès vû, griefs & réponſes à iceux, déclaration dudit appellant, que pour production nouvelle il employe ce qu'il auroit écrit & produit audit procès : arrêt du 11 juillet, par lequel le grand maître & corps de la religion de ſaint Jean de Jeruſalem auroient été reçus parties intervenantes audit procès, bailleront leurs moyens d'intervention dans trois jours, & les défendeurs, leurs réponſes dans trois jours après, produiroient leſdites parties dans les trois jours enſuivans : déclaration deſdits intervenans, que pour moyen d'intervention & production ils employeroient certaines autres requêtes du 23 juin audit an, & des ſuſdits intimés, que pour réponſes & production ils employeroient le procès; production du ſuſdit appellant, ſur la ſuſdite intervention; contredits deſdits intimés; renonciation de fournir par leſd. intervenans, bien & dûement examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant, ſans amende; émendant & corrigeant la ſentence, a caſſé & caſſe les contrats des 13 mai 1447 & 17 mars 1448, & reconnoiſſances faites en conſéquence d'iceux, a remis & remet les parties en tel état qu'elles étoient auparavant; & ce faiſant, condamne leſdits intimés ſe déſiſter & départir de la poſſeſſion & jouiſſance des héritages y mentionnés, en rembourſant par l'appellant les impenſes

BIU Cujas

& méliorations utiles & néceſſaires, leſquels leſdits intimés ſeront tenus faire liquider pardevant le plus procham juge des lieux dans ſix mois, ſans dépens ni reſtitution de fruits. Prononcé le 27 août 1622. *Signé*, RADIGUES.

Il ne faut pas croire que cet arrêt ſoit fondé ſur la nullité & vice des titres, & que ce ſoit parce que les baux n'avoient pas été faits avec les formes & ſolemnités requiſes qu'on les a caſſés, quoique du Moulin diſe en quelque part, *meliùs eſt non habere titulum, quàm habere vitioſum*, & qu'en effet, on puiſſe plûtôt preſcrire ſans titre, qu'avec un titre informe & défectueux; quoique la cour ait caſſé en faveur de l'égliſe des emphytéoſes, dont il y avoit plus de cinquante ans, parce que le titre eſt nul; & qu'il y en ait un arrêt au journal des audiences; ſi eſt-ce que le préjugé ſuſdit eſt tout autre & différent, & plûtôt fondé ſur la faveur des chevaliers de Malthe, que ſur le défaut du titre.

OBSERVATIONS.

Si les biens & les droits de l'ordre de ſaint Jean de Jeruſalem ſont ſujets à la preſcription.

DANS cette queſtion, l'auteur établit que la preſcription, même centenaire, n'a pas lieu contre les chevaliers de Malthe, pour les droits & héritages appartenans à l'ordre.

M. Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy-Pape, pag. 327, dit que le parlement de Grenoble juge que les droits & actions des chevaliers de ſaint Jean de Jeruſalem ſont ſujets à la preſcription; mais il ne détermine pas le tems. M. Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 29, ch. 21, fait mention d'un arrêt de ce même parlement, par lequel il a été jugé, que la preſcription de 40 ans ne peut pas être oppoſée aux chevaliers de Malthe. M. Cambolas, liv. 5, chap. 22, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe du 30 avril 1626, rendu après un partage, par lequel il a été jugé que la preſcription centenaire a lieu contre l'ordre de ſaint Jean de Jeruſalem: mais depuis la juriſprudence du parlement de Toulouſe a changé, ſuivant les derniers arrêts rapportés par M. Graverol, dans ſes notes ſur M. de la Rocheflavain, liv. 6, tit. 72, art. 2, ſur la fin, & par M. Catelan, tom. 1, liv. 1, ch. 16. A préſent, l'on juge que la preſcription centenaire ne peut être oppoſée à cet ordre, parce que ces chevaliers ſont préſumés être toujours abſens pour le ſervice & la défenſe de l'égliſe; & par conſéquent il n'eſt pas juſte que les enfans de l'égliſe puiſſent preſcrire contre ſes défenſeurs: ce qui a lieu même contre le roi, qui eſt le fils aîné & le protecteur de l'égliſe.

La juriſprudence ſur le privilége de l'ordre de ſaint Jean de Jeruſalem, concernant la preſcription eſt aſſez incertaine & très-différente, ſuivant la diverſité des tribunaux. 6

Il faut commencer par le parlement de Paris, il y a des arrêts pour & contre. Chopin, *de ſacra polit.* liv. 3, tit. 7, nomb. 19, fait mention d'une bulle du pape Clément VIII, qui accorde à cet ordre le même privilége qu'a l'égliſe Romaine; c'eſt-à-dire, de n'être ſujet qu'à la preſcription de cent ans. Il dit que cette bulle a été enregiſtrée aux parlemens de Toulouſe & d'Aix, en vertu de lettres-patentes de 1549. Il ajoute que la cauſe s'étant préſentée au parlement de Paris, elle fut appointée par arrêt du 21 janvier 1580, & enfin jugée en faveur de l'ordre, par un arrêt rendu à Noël 1585; mais il remarque que ce ne fut pas en vertu de la bulle du pape, dont il y avoit appel comme d'abus; mais parce que les biens avoient toujours été ſequeſtrés, & que pendant le ſéqueſtre la preſcription n'avoit pas couru. 7

M. Brodeau, dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, art. 123, nomb. 8, parle de cette bulle & du même arrêt. M. Auzanet, ſur le même article en parle auſſi, & dit l'avoir en ſa poſſeſſion; mais il ajoute, que nonobſtant cette bulle, il a été jugé par un arrêt rendu au parlement de Paris en la premiere chambre des enquêtes, que la preſcription de 40 ans ſuffiſoit contre l'ordre de ſaint Jean de Jeruſalem.

Notre auteur rapporte ici un arrêt du 27 août 1622, qui a jugé le contraire. L'auteur du journal des audiences, tom. 3, liv. 1, ch. 34, en rapporte un du 9 avril 1667, qui a jugé qu'un droit de bannalité ne pouvoit être preſcrit contre cet ordre, nonobſtant la preſcription de plus de 60 ans.

Le parlement de Toulouſe jugeoit autrefois que la preſcription de cent ans pouvoit être oppoſée contre cet ordre, ſuivant les arrêts rapportés par M. Cambolas. A préſent il juge qu'aucune preſcription, non pas même la centenaire, ne peut lui être objectée, ſuivant les arrêts cités par M. Catelan, dans l'endroit ci-deſſus. 8

L'ordre de Malthe ayant ſes cauſes commiſes au grand-conſeil, il ſemble que l'on y devroit trouver une juriſprudence certaine; cependant elle varie auſſi. Quelquefois ce tribunal juge qu'aucune preſcription ne peut être oppoſée à cet ordre: quelquefois auſſi il juge que la centenaire peut lui être objectée; les arrêts pour & contre ſont rapportés en 9

BIU Cujas

grand nombre dans le même journal, livre onziéme, chapitre trente-ſixiéme.

10 Pour trouver quelque certitude parmi une ſi grande variation, il faut dire qu'au parlement de paris les premiers acquéreurs & leurs héritiers ne peuvent oppoſer à cet ordre que la preſcription centenaire; mais les tiers-acquéreurs & les poſſeſſeurs de bonne foi, peuvent ſe ſervir de la preſcription de 40 ans.

11 Au grand conſeil, les premiers acquéreurs & leurs héritiers ne peuvent jamais ſe prévaloir de la preſcription; mais la poſſeſſion centenaire met à couvert les tiers-acquéreurs les poſſeſſeurs de bonne foi.

12 Au parlement de Toulouſe, les biens & les droits de cet ordre ne peuvent être preſcrits par aucun tems, ni par aucune perſonne, non pas même par le roi, ni par l'égliſe, ni par les autres ordres ou communautés.

S'il m'étoit permis, à moi qui ne ſuis qu'un avorton, de cenſurer les oracles, je dirois, qu'il n'y en a aucun de tous ceux là qui ſoient infaillibles. Il faut tenir pour une maxime certaine, qu'il n'y a que la ſeule preſcription centenaire qui puiſſe être oppoſée à cet ordre par qui que ce puiſſe être, ſoit en vertu de la bulle du pape, qui a paſſé en force de loi en vertu des lettres patentes de nos rois, ſoit parce que les religieux de cet ordre ſont préſumés être toujours abſens, *Chriſtianæ reipublicæ cauſa*, comme le dit Chopin, au même endroit. Mais auſſi la preſcription centenaire met à couvert tous les poſſeſſeurs de bonne foi, qui ont titre & qualité pour preſcrire. Car le privilege accordé à cet ordre, eſt le même que celui de l'égliſe romaine, contre laquelle tous les poſſeſſeurs de bonne foi preſcrivent par cent ans. Le pape Clément VII n'a pas eu intention d'accorder à cet ordre plus de privilége qu'à l'égliſe de Rome; & par conſéquent ſa bulle ne peut pas opérer au-delà de ſes termes, & plus avant que ſon intention & ſon pouvoir.

A légard des arrêts qui ont jugé contre la preſcription centenaire, quand on les examine de près, l'on découvre qu'il s'agiſſoit de baux emphitéotiques, ou à longue années, & que les poſſeſſeurs étoient les héritiers médiats des preneurs: ainſi ils n'avoient pas qualité pour preſcrire, *eos autem poſſeſſores non convenit appellari qui ita tenent, ut ob hoc ipſum, ſolitam debeant præſtare mercedem*, comme il eſt dit dans la loi *malè*, *Cod. de præſcript 30, vel 40 ann.* Dans les autres il s'agiſſoit des cenſives, ou rentes ſeigneuriales, qui ſont impreſcriptibles de leur nature.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Depuis j'ai eu communication de la bulle du pape Clément VII, de l'an 1523, elle fut accordée à l'ordre de Saint-Jean de Jéruſalem après la priſe de Rhodes. Le pape loue en termes magnifiques la vigoureuſe défenſe que firent ces valeureux chevaliers, contre l'armée formidable de Soliman, qui n'auroit pas pris la place ſans une trahiſon: ce pape confirme tous les priviléges accordés à cette ordre par ſes prédéceſſeurs, & en ajoute pluſieurs autres, entr'autres celui de l'impreſcriptiblilité, *quacumque præſcriptione, ſeu longiſſima pacifica poſſeſſione & detentione nonobſtante.* A la fin il dit encore la même choſe: *Et adverſus præmiſſa etiamſi contra illa præſcriptionis beneficia in dictæ religionis & libertatis illius detrimentum allegaretur, nemini ſuffragari poſſe decernimus, ipſoſque magiſtrum & conventum ab hujuſmodi præſcriptionum allegationibus relevamus.* Ainſi il n'y a pas de doute que dans tous les tribunaux où cet bulle a été enregiſtrée, aucune preſcription ne peut être objectée contre cet ordre. Or elle a été enregiſtrée au parlement de Toulouſe, l'acte d'enregiſtrement eſt du 13 ſeptembre 1526, & au parlement d'Aix le 7 août 1579 & non pas en 1549, comme le rapporte Chopin.

Cette bulle a été auſſi enregiſtrée au grand conſeil, avec pluſieurs autres, après avoir été collationnée par deux conſeillers, en préſence de l'avocat général. L'enregiſtrement eſt du 7 octobre 1627.

A l'égard des parlemens où cette bulle n'a pas été enregiſtrée, il ſemble plus juridique de dire, que la preſcription centenaire a lieu. Cependant dans le recueil des priviléges de cet ordre, par le ſieur Deſcluſeaux, il y a pluſieurs arrêts qui ont jugé contre la preſcription centenaire: entre autres il y en a trois obtenus par le ſieur de la Rochefoucaut, commandeur de Montchamp & membres en dépendans, ſitués en Auvergne, qui ont jugé que la preſcription centenaire ne pouvoit pas mettre à couvert les cenſitaires. Cependant la coutume d'Auvergne, ch. 17, art. 1 & 2 ne reconnoît point de plus longue preſcription, que celle de trente ans, même pour le cens.

Il y a plus, par un arrêt rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, le 6 août 1667, au rapport de M. Halé, au profit du même commandeur, contre Jean Traverſe Noalhac, il a été juge que l'on ne pouvoit pas preſcrire la quotité du cens contre l'ordre de St. Jean de Jeruſalem.

J'ai encore vû un arrêt rendu dans la coutume de Bourbonnois, qui à la même diſpoſition

BIU Cujas

poſition que celle d'Auvergne, qui a jugé qu'une rente annuelle de ſix boiſſeaux de ſeigle à prendre par le commandeur de la Racherie, ſur la dîme de Puy-Chevalin, étoit impreſcriptible, quoiqu'il ſe fût écoulé cent trente-deux ans depuis la reconnoiſſance juſqu'à la demande.

Le ſieur Deſcluſeaux, pag. 516, rapporte un arrêt du parlement de Grenoble, du 26 mars 1688, qu'il dit avoir jugé contre la preſcription de cent ans; mais par les dattes il paroît qu'il n'y avoit pas cent ans; car l'albergement étoit du 23 ſeptembre 1489, & la demande du commandeur, du 15 novembre 1584.

Page 545, il rapporte un arrêt du parlement de Rouen, qu'il dit pareillement avoir jugé contre la preſcription centenaire; mais le contraire eſt juſtifié par les dates, le bail à rente étoit du premier juin 1538, & l'arrêt du premier mars 1605.

Page 586, il rapporte un arrêt du parlement du 12 décemb. 1697, qu'il dit auſſi avoir jugé contre la preſcription centenaire: cela eſt vrai; mais le commandeur ne demandoit pas la réſolution du bail emphytéotique; au contraire, il demandoit la continuation & le payement de la redevance. L'emphitéote ſe défendoit par la preſcription de plus de cent ans, parce que dans la Breſſe le cens emphytéotique ſe preſcrit par cent ans; mais le commandeur rapportoit la preuve de pluſieurs payemens faits en différens tems, ce qui avoit interrompu la preſcription.

Page 590, il y a une ſentence rendue aux requêtes du palais de Bordeaux, qui condamne les abbé & prieur de Verteuil en Médoc, à payer au commandeur du temple à Bordeaux, une redevance de cinq boiſſeaux de froment, autant de ſeigle, & une pipe de vin, conformément à une ancienne tranſaction de 1399. Dans la page ſuivante eſt l'arrêt confirmatif du 30 août 1680.

Mais il y avoit une circonſtance remarquable: l'abbé & le prieur poſſédoient la dîme au même lieu en vertu de la même tranſaction; ainſi le commandeur ſoutenoit qu'ils ne pouvoient preſcrire contre leur propre titre, ni le diviſer.

DE LA DÉNONCIATION DE NOUVELLE ŒUVRE.

QUESTION QUATREVINGT-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Cenſure de Tribonien.*
2. *Par le droit du digeſte, celui qui a commencé à bâtir, a droit de continuer baillant caution.*
3. *Par la conſtitution de Juſtinien, le juge doit tâcher de terminer le différend dans trois mois; s'il ne le peut, il doit permettre de continuer ſous caution.*
4. *Diſpute entre les interprêtes, ſi la caution eſt recevable ſur le champ.*
5. *Récit du fait, ſur lequel roule la queſtion.*
6. *Moyens de celui qui empêchoit la caution.*
7. *Moyens de lui qui l'offroit.*
8. *Avis de l'auteur, pour ordonner une viſite.*
9. *Sentence qui l'a ainſi ordonné.*
10. *Diſtinction de l'auteur, ſi l'ouvrage eſt avancé ou non.*

QUESTION LXXXIV.

De la dénonciation de nouvelle œuvre, & quand on peut paſſer outre au préjudice d'icelle.

1 Comme les loix du code corrigent en pluſieurs choſes les loix des digeſtes, & qu'il a plu à Juſtinien ou à ſon Tribonien de ſuivre plûtôt ſes ſentimens, que les oracles de ces grands hommes qui l'avoient devancé, & deſquels il avoit puiſé la juriſprudence; auſſi nous trouvons que la loi derniere *C. de novi operis nuntiatione*, a apporté du changement au droit ancien. C'eſt en ce qui regarde le parachevement de ce qui a été entrepris & commencé, & la continuation ou arrêt de l'œuvre après la dénonciation faite. Si par les loix des digeſtes elle arrêtoit l'œuvre tout court, & ſervoit 2
d'obſtacle à la continuation, il étoit néanmoins permis à celui qui l'avoit commencée de la parachever, en baillant caution de démolir, & de payer les dommages & interêts que l'œuvre pourroit cauſer. De ſorte qu'il falloit ou que celui qui s'étoit oppoſé à la nouvelle œuvre, remît l'empêchement qu'il avoit formé *l. unic. ff. de remiſſionibus*, ou bien que l'entrepreneur baillât caution ſuffiſante du préjudice qu'il pouvoit cauſer. En ce cas *perinde erat ac*

BIU Cujas

si operis novi nuntiatio omissa esset, comme dit Ulpien, *in l. 5, § si quis ff. de oper. novi nunciat.* Il y avoit donc double interdit en cette action, & l'un & l'autre prohibitoire, comme il se collige de la loi *Prætor ait § deinde ait ff. de oper. novi nunciat.* Le premier *ex parte nuntiantis*, pour arrêter l'œuvre commencée: le second contre lui-même, & en faveur de celui qui veut bâtir, & afin que baillant caution on ne l'empêche pas d'achever son dessein. L'un prohibe *ne quid novi fiat* au préjudice de la dénonciation; l'autre le permet & prohibe *ne vis fiat ædificanti*, pourvû qu'il baille caution: au lieu que le premier n'est le plus souvent fondé que sur l'intérêt d'un particulier; l'autre a presque toujours l'intérêt public mêlé, *pertinet enim ad decus urbium ædificia non derelinqui*, comme il est dit en la même loi, *Prætor ait* du titre allégué, & en la loi derniere *ff. ne quid in loco publico.*

3 Mais Justinien en la loi derniere *Cod. de novi operis nuntiat.* semble y apporter quelque changement. Il veut que la dénonciation de nouvelle œuvre étant faite, le Juge fasse son possible d'en terminer le différend dans trois mois, & s'il ne le peut, qu'en ce cas il soit permis à celui qui a commencé ou préparé son bâtiment de le poursuivre ou parachever, ayant au préalable baillé caution suffisant de le démolir, & d'en payer le dommage. C'est ce qui fait naître une controverse entre
4 les interprétes, & qui leur fait disputer si l'empereur a voulu déroger ou non au droit ancien; si l'offre de bailler caution sur le champ est recevable, ou s'il faut d'abord attendre si l'instance se pourra vuider dans trois mois.

5 Cette question s'est presentée en notre siége entre le seigneur de la Baume & le seigneur de Rostain, sur ce que le seigneur de la Beaume avoit fait construire un moulin & avaloir sur la riviere de Loire, & dans un canal que ladite riviere avoit fait entre des islettes ou assablissemens, qui sont d'un & d'autre côté. Le seigneur de Rostain s'y étoit opposé, tant comme maître d'une piéce de terre, à l'extrémité de laquelle l'édifice avoit été fait, que comme prétendant que les assablissemens ou graviers qui sont contigus faisoient partie de sa terre & de sa justice. Que si le cours de l'eau l'avoit emporté ou séparé par un canal, il y avoit droit de suite. Outre qu'il alléguoit qu'il en recevoit du préjudice, entant que le canal de l'eau étant renfermé par des retranchemens, cela faisoit régorger l'eau contre la terre de Vauchette.

6 En conséquence de la dénonciation de ce nouvel œuvre, le seigneur de Rostain soutenoit que non-seulement le seigneur de la Baume le devoit cesser; mais encore qu'il devoit défaire ce qu'il avoit fait, & remettre les choses au premier état: Que l'offre de bailler caution n'étoit pas considérable, tant parce que le dommage futur ne pouvoit pas recevoir une estimation certaine, que parce qu'il falloit voir une fois si la contestation se pouvoit vuider, & l'on devoit pour cela attendre le délai préfix par la loi derniere *C. de novi operis nuntiatione.*

7 Le seigneur de la Baume disoit au contraire que la caution offerte faisoit cesser tout intérêt, qu'il n'est rien qui n'entre en estimation, & dont une bonne caution ne puisse répondre; si ce n'est qu'on veuille porter les choses à l'infini, & s'imaginer des accidens qui n'ont aucune apparence. Que c'étoit à tard qu'on vouloit arrêter l'œuvre après avoir souffert qu'elle ait été si avancée & prête de sa fin: Qu'en effet le moulin étoit en tel état qu'il n'y manquoit plus que le couvert, que le bois & les tuiles, ensemble les rouages étoient sur la place. Bref que l'avaloir étoit fait, & qu'il ne restoit qu'à parachever les retranchemens: Que les choses étant ainsi disposées, & tous les bois & matériaux à pied d'œuvres, on ne pouvoit empêcher ledit seigneur de la Baume de le faire parachever. Parce que ce seroit autrement lui faire souffrir un plus grand dommage, que celui que le seigneur de Rostain se figuroit sans sujet: Que cela étoit d'autant plus véritable, que l'hyver étant proche, les materiaux se perdroient, & ce qui a été déja fait, & qui n'est pas encore bien affermi, tomberoit en ruine.

Les avocats ayant plaidé de part & d'autre pour 8
la cessation, ou pour le parachevement de l'œuvre, nous dîmes pour le roi & pour le public, sans approbation du droit desparties, & sauf à l'examiner au fonds de la cause pour l'intérêt que sa majesté y pouvoit avoir; qu'il sembloit que le demandeur avoit trop attendu d'arrêter une œuvre non-seulement avancée, mais sur le point d'être achevée: Que par ce moyen les défenses requises pouvoient avoir plus d'envie & de chaleur que de raison, puisque la caution faisoit cesser tout intérêt: *cùm sit securus is qui opus novum nuntiavit, posteaquam ei cautum est*, comme dit le jurisconsulte *in l. Prætor ait*, § 11, *ff. de operis novi nuntiat.* Qu'au surplus la loi derniere du même titre du code ne devoit pas être suivie à la rigueur, & que sur la dispute des interprêtes, si elle avoit dérogé ou non aux loix précédentes, il y avoit apparence de suivre la distinction rapportée par *Antonius Thesaurus decis.* 204, sçavoir s'il y a du péril ou non au retardement de l'édifice, & si pour le suspendre de trois mois, celui qui l'a entrepris en peut recevoir un préjudice notable. Et quoiqu'entre les modernes *Fachineus lib* 8, *controverſ. cap.* 48, rejette cette distinction, nous l'estimons pourtant d'autant plus recevable que la décision d'un senat est préférable à l'opinion d'un particulier, & qu'elle est d'ailleurs fondée non-seulement sur la loi, mais encore sur une équité manifeste. *Quis enim dubitat multo melius omitti novi operis nuntiationem, quàm impediri operis necessarii urgentem extructionem*, comme dit le jurisconsulte, *in l. de pupillo.* 12, au tit. préallégué des digestes. Il veut que cela ait lieu *generaliter & quoties dilatio periculum allatura est.* Et partant nous conclumes qu'avant de rendre droit sur les défenses, il fût procedé à la visite de l'œuvre & des matériaux, pour être connu de l'état & disposition d'icelle.

Cela ayant été ordonné, & la visite faite en 9
notre présence, il fut reconnu que l'œuvre étant fort avancée, que tous les matériaux étant prêts, & à pied d'œuvre; se pouvant gâter par le retardement; il y avoit du péril de différer davantage à cause de l'hyver prochain. Ces considérations, & parce qu'aussi il étoit aisé de juger que le procès principal prendroit un long cours, firent ordonner que sans avoir égard à la requête du seigneur de Rostain & aux défenses par lui requises, il seroit permis au Seigneur de la Baume d'achever l'œuvre, en baillant par lui bonne & suffisante caution de la démolir, & de payer les dommages & intérêts s'il étoit dit en fin de cause. C'est à quoi les parties acquiescerent & contesterent au principal, auquel le seigneur de la Baume ayant depuis succombé, ensuite des preuves faites & des titres rapportés, on s'est accommodé du différend.

Mais pour revenir à notre sujet, nous nous te- 10
nons à la distinction que nous avons rapportée, & nous croyons qu'elle doit servir de régle. Si d'abord que l'œuvre est commencée, les intéressés s'en plaignent, & qu'il n'y ait rien qui presse, le juge ne doit pas lever ses défenses, ni permettre qu'on

BIU Cujas

continue ce qu'on a entrepris de faire. Il doit plûtôt entrer dans la connoiſſance du fonds, & tâcher de juger le différend. Mais ſi les intéreſſés ont attendu d'en réclamer, s'il ont ſouffert qu'on avance l'œuvre, & qu'ayant préparé les matériaux, elle ſoit en état d'être achevée, ils ne peuvent pas empêcher qu'elle ne ſoit continuée en baillant caution. C'eſt parce qu'ils ſe doivent imputer la faute de n'en avoir reclamé plutôt, autrement il ſeroit au choix d'un mauvais vioſin d'attendre que l'œuvre ſoit bien avancée, à deſſein d'engager l'entrepreneur en une dépenſe inutile.

OBSERVATIONS.

Dénonciation de nouvelle œuvre.

DAns cette queſtion l'auteur parle de la dénonciation de nouvelle œuvre, & quand on peut paſſer outre au préjudice d'icelle. Il diſtingue: ſi la plainte eſt formée auſſitôt que l'ouvrage eſt commencé; il dit que le juge ne doit pas lever les défenſes, ni permettre de continuer, mais qu'il doit entrer dans la connoiſſance du fond, & tâcher de juger le différend: ſi au contraire l'ouvrage eſt fort avancé, le juge doit permettre de l'achever en baillant bonne caution, par celui qui a fait l'entrepriſe; & cela eſt juſte.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

L'Auteur au commencement de cette queſtion blâme Tribonien, d'avoir plûtôt ſuivi ſes ſentimens que celui des anciens juriſconſultes. Il lui reproche en pluſieurs autres occaſions d'avoir changé les loix par des motifs d'intérêt. Il a ſuivi en cela les idées de M. Cujas, qui accuſe Tribonien d'avoir fait & refait des loix à prix d'argent, *leges pretio fixit atque refixit.* Il appelle les corrections ou les changemens faits aux déciſions des juriſconſultes, *facinus Triboniani.* Cependant ce ſçavant homme n'a pû s'empêcher de reconnoître que la juriſprudence avoit de grandes obligations à Tribonien. C'eſt dans ſon commentaire ſur le titre 2, du Code *Commun. leg. & fideic.* vers le commencement. Voici ſes paroles, elles ſont dignes de remarque. *Omnes conſtitutiones Juſtiniani ſunt eruditiſſimæ, utpotè conditæ à maximo juriſconſulto, nempe Triboniano, qui fuit alter Papinianus, ſtudioſiſſimus Juris veteris, & ſine quo periiſſent omnes libri veterum juriſconſultorum, quorum ille ſolus copiâ abundabat ætate Juſtiniani.* Il dit encore la même choſe ſur la loi derniere au Code *de jur. dot.* au commencement.

Pour moi je crois que ce n'eſt pas tant à Tribonien qu'il faut s'en prendre, qu'à Juſtinien. 1°. Si les changemens faits par Tribonien n'étoient pas juridiques, Juſtinien ne devoit pas permettre qu'il les fit.

2°. Souvent les princes veulent que l'on ſoumette l'autorité des loix à l'intérêt de l'état, ou à leur volonté; il y en a peu du goût de l'empereur Théodoſe, qui ſoumettent l'autorité du prince a celle des loix, & qui croyent que la ſoumiſſion aux loix éléve le prince au-deſſus de ſa couronne. *Digna vox eſt majeſtate regnantis, legibus alligatum ſe principem profiteri. Adeò de autoritate juris noſtra pendet autoritas: Et reverà majus imperio eſt ſubmittere legibus principatum. l. 4, de legib.*

3°. Souvent les princes pour favoriſer un grand ſeigneur veulent que l'on faſſe des loix nouvelles en ſa faveur; nous en avons pluſieurs exemples, entr'autres l'édit des meres, où l'on reconnoît aiſément *facinus Triboniani*, comme il ſera remarqué ci-après, liv. 6, queſt. 7.

BIU Cujas

DES SAISIES-RÉELLES,

Et de la mesure des héritages y compris.

QUESTION QUATRE-VINGT-CINQUIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Distinction entre les ventes qui commencent* à corpore, vel à quantitate.
2. *Distinction entre le vendeur & l'acheteur.*
3. *Distinction entre les ventes volontaires, & les ventes judiciaires.*
4. *Il faut encore distinguer si le défaut de mesure est censé durable ou non, & s'il n'est point récompensé d'ailleurs.*
5. *Sentiment de l'auteur en faveur de l'acheteur, suivi par sentence de Riom.*
6. *Arrêt cité par Mornac, au contraire.*
7. *Surdus a traité la question* ex professo.
8. *Quand le défaut de mesure est modique, l'adjudicataire n'est pas recevable.*
9. *L'adjudicataire doit se pourvoir sur le prix, s'il est en nature, sinon contre le poursuivant.*
10. *Sentence des requêtes du palais, qui juge toutes les questions ci-dessus.*
11. *Arrêt du 26 mars 1705, qui adjuge à l'adjudicataire trois mille cinq cent livres de dédommagement, à prendre sur les deniers consignés.*
12. *Sentiment de l'auteur des observations, que pour la répétition des droits seigneuriaux, l'adjudicataire doit se pourvoir contre le seigneur.*
13. *Arrêt du 14 mars 1611, qui l'a préjugé.*

QUESTION LXXXV.

Si la contenue déclarée en la saisie & aux placards, ne se trouvant pas aux biens vendus par decret, il y peut écheoir maintenue ou diminution du prix.

CETTE question qui regarde la maintenue de la contenue portée par un contrat de vente n'est pas facile à résoudre, & plus il y a de distinction à faire, plus la résolution est embarassée. Quoique la plus commune opinion des interpretes suive 1
la distinction d'Oldrade, *consil.* 197, & tienne qu'aux ventes *quæ incipiunt à corpore*, on se doit plûtôt régler par les confins que par la contenue, & que ce n'est que pour une plus grande expression qu'elle a été déclarée: qu'au contraire aux ventes *quæ incipiunt à quantitate*, le vendeur est obligé de maintenir la contenue que le contrat porte. Toutefois les mêmes interpretes ne se tiennent pas fermes en cette résolution, ils chancellent sur icelle & recherchent d'autres distinctions. Ils distinguent donc en premier lieu: si la contenue est déclarée aussi-tôt après la dénomination du corps & auparavant les confins; ou si ce n'est qu'après les confins qu'elle est référée. Si c'est auparavant les confins, quelques-uns tiennent *venditionem factam ad mensuram non ad corpus*, entre autres *Panormitanus ad cap. per tuas extra de donation. & Boerius decisione* 50, de sorte que selon leur opinion il n'est pas toujours vrai de dire, que la vendition qui commence par le corps, se régle plûtôt par les confins, que par la contenue. En second lieu, l'on 2
distingue l'acheteur d'avec le vendeur: on tient que le vendeur ne peut reclamer s'il y a une plus grande contenue, *quia verisimile non est venditorem ignorasse modum rei suæ l. quisquis C. de rescind. vendit.* & quand il l'auroit ignoré, l'ignorance *in proprio facto*, ne seroit pas recevable *l. finali, ff. pro socio.* Mais pour l'acheteur, sa bonne foi lui doit servir, & tout ainsi que de droit la loi lui prête son secours, s'il a été trompé en la qualité de la chose vendue, *l. si in qualitate, l. si sterilis paragraph.* 1, *Julianus, ff. de actionib. empti*, elle lui doit le même secours, s'il est trompé en la quantité. Cet argument est valable, *de qualitate ad quantitatem*, & c'est ainsi que raisonne le même Boërius en la décision cottée, suivant la loi 42, sur la fin, *ff. de actionib. empti.*

En troisieme lieu, d'autres font distinction entre la vente volontaire, & celle qui est nécessaire, 3
& qui se fait par decret judiciel. Ils veulent que la premiere commençant *à corpore*, l'acheteur ne puisse pas obliger le vendeur à maintenir la contenue: mais en la seconde, ils rendent la condition d'un adjudicataire plus favorable, peut-être parce qu'il s'assure sur la foi publique, & que le décret comprenant d'ordinaire plusieurs héritages, la connoissance en est plus mal-aisée; c'est en un mot, parce qu'il ne peut prendre autre pied que celui de la contenue qu'il voit déclarée dans les placards. N'importe que les confins soient référés, car nonobstant cette relation, il est bien plus aisé de se tenir à une contenue certaine, & de faire fondement sur icelle, que de vérifier divers confins, qui le plus souvent sont incertains. C'est à quoi semble se ranger Tronçon sur l'art. 346, de la coutume de Paris.

Enfin quand on veut se plaindre d'un défaut en la 4
contenue, il faut considérer si ce manquement est important ou leger, s'il s'agit de beaucoup ou

BIU Cujas

de peu : car il ne s'agiſſoit que d'un léger manquement, il ne ſeroit pas conſidérable, tant parce qu'il eſt certain que *de modico non curat Prator*, que parce que le mot d'environ pourroit couvrir ce défaut. Comme encore, ſi dans une vente, ou dans un décret de pluſieurs héritages, il ſe trouvoit auſſi-bien de l'excès, que du défaut en la contenue, il y auroit lieu de compenſation, & il ſeroit bien raiſonnable que ce qui excéderoit d'une part, remplaçât ce qui manqueroit de l'autre, y ayant à-peu-près de l'égalité & du rapport. Le texte de la loi *ſi duorum, ff. de action. empti*, eſt ſingulier pour cela ; car après avoir agité le doute, le juriſconſulte réſout, *rectiùs eſſe in omnibus caſibus lucrum cum damno compenſari.*

5 Ayant été conſulté ſur ce point au ſujet du décret des héritages de Pierre Marraud, vendus en la ſénéchauſſée de Riom, nous fûmes d'avis que l'adjudicataire étoit bien recevable à ſe plaindre du défaut qui ſe trouvoit en la contenue, & que c'eſt ſur le prix qu'il devoit obtenir ſon remplacement ou dédommagement ; & pour les frais, qu'il devoit être renvoyé contre le pourſuivant ou contre les oppoſans, qui le lui conteſteroient. C'eſt parce que le ſaiſiſſant ayant failli en la contenue, il devoit porter les frais qu'il cauſoit par ſa faute ; mais pour le remplacement ou dédommagement, il n'eſt pas juſte qu'il tombe ſur lui, & il faut qu'on le prenne ſur le prix : c'eſt parce qu'on préſume que ſi l'adjudicataire n'avoit cru que la contenue fût telle que les placards portoient, il n'auroit pas fait une enchere ſi haute ; par conſéquent, que l'erreur ayant fait augmenter le prix, c'eſt ſur lui qu'elle doit être réparée. Notre avis ne fut pas pourtant approuvé de tous, & quoiqu'il fût appuyé des circonſtances du fait, *ex quo jus oritur*, & leſquelles étoient fort preſſantes, ainſi que nous ferons voir ci-après, il ne laiſſa pas d'être combattu par de contraires avis.

Après les avoir vûs, & nonobſtant iceux, nous conclûmes de rechef, que les diſtinctions que nous avions remarquées n'étoient pas à rejetter ; qu'il falloit faire différence entre le vendeur & l'acheteur, qu'en cela, la condition du dernier eſt plus favorable, parce qu'il peut être ſurpris, & non pas l'autre qui ſçait bien ce qu'il vend, & l'étendue qu'il peut avoir. Bref, que la raiſon des corrélatifs n'eſt pas toujours égale, ni toujours ſuivie, & que comme elle cloche ſouvent, la léſion d'outre moitié de juſte prix n'a pas lieu pour l'acheteur, ainſi que pour le vendeur. Qu'en effet, le docte Covarruvias ayant traité la queſtion au chapitre 3 de ſes queſtions de pratique, quoiqu'il faſſe la diſtinction premiere & générale, *an venditio incipiat à corpore vel à menſura*, ne laiſſe pas de conclure, qu'à l'égard de l'acheteur, le vendeur eſt tenu de lui ſuppléer la quantité déclarée, encore que la vente ait commencé par le corps, & non par la quantité. Il ſe fonde ſur la loi ſeconde, *ff. de actionib. empti, ubi modus præſtari debet à venditore*, ſans aucune diſtinction. Il ſe fonde ſur la loi *ſi ſervum*, § *ſi modus*, ſur la loi *ſi in emptione*, ſur la loi *Julianus*, § *ſi Titius* ; Bref, ſur la loi *ſi duorum*, au même titre, & il dit que ces deux derniers textes ſont remarquables & formels ; parce qu'en iceux *tractatur de fundo vendito ad corpus*. Il interprete pareillement le § *ſi Titius* de la loi *Julianus de venditione ad corpus*, en laquelle toutefois, *datur actio ad ſupplenda jugera*, ſi ce n'eſt que la contenue ſoit accrue par l'alluvion.

Nous ajoutons que les ventes judicielles ne ſe reglent pas toujours comme les volontaires ; & qu'au lieu qu'en celles-ci, on ſe fie à la foi d'un particulier, en celle-là, on contracte ſur la foi publique, & ſur l'aſſurance des placards. Quoique communément, un acheteur n'achete pas au haſard, & qu'il ſoit préſumé s'enquérir de la choſe, il ſeroit toutefois trop rude de vouloir aſtreindre un adjudicataire à vérifier tous les fonds, & ce qu'ils contiennent. Aux décrets qui ſe font à Paris, tous ceux qui enchériſſent n'ont pas vu les héritages, & ſans le ſçavoir au vrai, ils s'en aſſurent ſur les placards & ſur la ſaiſie.

Pareillement, nous ſoutînmes que la queſtion du plus & du moins étoit conſidérable, & qu'elle avoit une équité manifeſte : qu'en effet, les juges qui ne s'arrêtoient pas à un défaut léger, le jugent réparable s'il eſt important. Bref, que s'il falloit préciſément ſuivre la diſtinction des ventes *ad corpus vel ad menſuram*, ce n'eſt pas ſans raiſon qu'on diſtingue, ſi la contenue précede les confins, ou ſi ce n'eſt qu'après eux qu'elle eſt référée : Qu'au premier cas, elle ſemble prédominer, donner la loi aux confins, & les régler ; au lieu qu'au ſecond cas, elle ne ſemble ajoutée, que pour une plus grande expreſſion.

Enfin, nous ſoutînmes que ſi la queſtion générale étoit douteuſe, elle ne l'étoit pas dans l'hypothèſe, & que les circonſtances levoient la difficulté qui s'y pourroit rencontrer. C'eſt d'autant que ce n'eſt pas en un ſeul article qu'il y avoit du manquement, & que ce n'étoit pas non plus pour peu, mais pour une bonne partie : que le défaut n'étoit pas ſeulement en la qualité, que c'étoit en la choſe même, & au corps qu'il ſe rencontroit : qu'on avoit fait deux articles d'un même fonds, & que ce qui étoit compris en l'un, ſe trouvoit répété en l'autre : que cette répétition ou gémination étoit, ſinon frauduleuſe, du moins fauſſe, & que l'erreur en étoit réparable. Enfin, qu'au premier article, on avoit vendu une grange, & néanmoins, qu'il ne s'en trouvoit qu'une moitié, l'autre étant poſſédée par un tiers : qu'on avoit dû expliquer cela, & qu'autrement, la dénomination vague & indéfinie comprenoit plûtôt le tout, qu'une partie.

Auſſi, nous avons été aſſurés que la plainte de 6
l'adjudicataire fût jugée raiſonnable, & qu'il fût ordonné que les parties conviendroient d'experts, pour procéder à l'arpentage des fonds, & pour reconnoître les défauts & manquemens prétendus. Si les parties y ont acquieſcé, ou non, c'eſt ce que nous ne ſçavons pas ; mais auſſi nous ne croyons pas qu'il y ait un arrêt ſur la ſentence de Riom. Mais pourtant nous pouvons bien donner pour choſe certaine, qu'après le décret des biens de Florand, vendus & adjugés en la cour des aydes, ſemblable conteſtation ayant été formée, & le ſieur Maillier, adjudicataire particulier d'un domaine, s'étant plaint de la contenue, il fut reçu par arrêt de ladite cour à faire procéder à l'arpentage. Mais comme il ſe trouva que s'il y avoit quelque défaut en quelques articles, il ſe trouvoit réparé, parce qu'il excédoit en d'autres, l'affaire en demeura là.

Il eſt vrai que M. Antoine Mornac, ſur la loi *qui fundum*, § 2, *ff. de contrah. empt.* en rapporte un arrêt contraire, & qu'il ſemble que par icelui, il ait été préjugé que la diſtinction de la vente, *quæ incipit à corpore vel à menſura*, a été étendue aux ventes & adjudications par décret. C'eſt-à-dire, que la cour ait jugé, que l'héritage étant limité par ſes confins, tenans & aboutiſſans, il en faut demeurer là, quelque contenue qui ait été déclarée : Si ne voulons-nous pas pour cela changer de ſentiment, & nous croyons que cet arrêt eſt plûtôt

BIU Cujas

intervenu pour décider l'hypothèse, que la question générale. Si en l'espece de cet arrêt il n'y avoit qu'un héritage vendu, l'acheteur pouvoit s'en être informé, & s'il ne l'avoit fait, il s'en devoit imputer la faute. Outre que le défaut n'étoit peut-être pas considérable, & se trouvoit compensé d'ailleurs.

La question générale, *de venditione ad corpus, vel ad mensuram*, & quand il peut écheoir supplément & retranchement, est amplement & doctement traitée *per Surdum, Senatorem Mantuanum, decis. 64*, où nous renvoyons le lecteur. 7

OBSERVATIONS.

Si l'acquéreur par décret peut agir en garantie contre le poursuivant, quand la quantité d'héritages ou de mesures contenue dans les affiches, ne se trouve pas.

L'Auteur dans cette question, prouve, que l'adjudicataire des biens vendus par décret, est bien fondé à demander une diminution, lorsque les héritages compris dans les affiches ou placards, ne se trouvent pas en si grand nombre ou quantité qu'ils ont été déclarés : Cela est sans difficulté, lorsque la différence est considérable ; mais quand elle est modique, l'on n'écoute pas l'adjudicataire, qui est présumé suffisamment récompensé par le bon marché qu'il a eu.

Si en ce cas l'adjudicataire doit se pourvoir sur le prix, ou contre le poursuivant.

Mais la difficulté consiste à sçavoir, si lorsqu'il y a lieu à l'indemnité, l'adjudicataire doit se pourvoir sur le prix de son adjudication, ou s'il doit avoir recours contre le poursuivant. L'auteur distingue entre le prix de la diminution, pour lequel il renvoye l'adjudicataire sur les deniers par lui consignés; & les frais qu'il a été obligé de faire pour établir le défaut de mesure ou de quatité, pour raison desquels il renvoye contre le poursuivant, ou contre les opposans, qui ont formé la contestation.

Mais dans l'un & l'autre cas, je crois que l'adjudicataire est bien fondé à se pourvoir sur le prix de son acquisition, quand il n'est pas encore distribué aux créanciers; & si le prix est consumé, il est bien fondé à revenir pour le tout contre le poursuivant; pourvû toutefois qu'il le fasse dans un délai raisonnable, qui tout au plus ne doit pas excéder dix ans, puisqu'après ce tems le poursuivant n'est plus garant de rien.

Toutes ces questions ont été jugées depuis peu en la premiere chambre des requêtes du palais, par sentence du 27 août 1703, rendue au profit d'un procureur de la cour, lequel s'étoit rendu adjudicataire en 1701, d'une maison & héritages sis à Vitry proche de Paris, consistant, suivant l'enchere de quarantaine & les affiches, en vingt arpens d'enclos ou environ, une petite maison & cour hors les murs, un arpent & demi de vignes, & quelques autres héritages moyennant la somme de 20350 liv.

En vertu de la sentence d'adjudication, ayant voulu se mettre en possession des choses à lui adjugées, il trouva que l'enclos que l'on avoit déclaré contenir vingt arpens ou environ, n'en contenoit que douze moins treize perches ; que l'arpent & demi de vignes n'étoit point en nature, & que dans les autres héritages il manquoit deux arpens, & dix-sept perches; & à l'égard de la petite maison, ayant assigné la veuve Petit, pour se voir condamner à se désister de la possession de ladite maison, il fut débouté de sa demande. Cela lui donna lieu de se pourvoir contre le poursuivant. Ils convinrent d'experts pour visiter & mesurer les héritages : en conséquence du rapport des experts, il intervint la sentence ci-dessus datée, dont je crois devoir transcrire ici le dispositif.

La cour, *faisant droit sur les requête & demandes dudit Gomel, ordonne qu'il sera dédommagé sur le prix de son adjudication par lui consigné, de la valeur de la maison & cour jugées appartenir à la veuve Petit, par sentence du 5 mars 1703 comprise dans le décret & adjudication faite aud. Godemel, & de la valeur de huit arpens, 13 perches d'héritages, d'une part, qui se trouvent de manque dans l'enclos & jardin qui lui a été vendu pour vingt arpens, de la valeur d'un arpent & demi de vigne, d'autre part, qui se trouve aussi de manque ; & de la valeur de deux arpens, dix-sept perches de terre, encore d'autre part, qui se trouvent pareillement de moins sur la quantité de celle à lui vendue, suivant les arpentages & mesurages qui en ont été faits par Pageois & Rougeot, experts convenus par le poursuivant & ledit Godemel, suivant les rapports desdits experts des 30 avril & 3 mai 1703, le tout suivant l'estimation qui en sera faite par experts, dont les parties conviendront, pardevant le conseiller rapporteur, autrement par lui nommé d'office, sur le pied de 20350 l. qui est le prix de l'adjudication faite audit Godemel : aussi eu égard aux droits seigneuriaux qu'il a payé pour lesdits héritages qui se trouvent manquer, & pour ladite maison & cour*

BIU Cujas

dont il ne jouit point, & la ſomme à laquelle ſe trouvera monter ladite eſtimation, led. Godemel en ſera payé & rembourſé par préférence à tous créanciers ſur les 20350 livres prix de ſon adjudication par lui conſigné; enſemble de tous les frais & dépens par lui faits, tant contre ladite veuve Petit, que contre ledit pourſuivant & autres, & qu'il ſera obligé de faire en exécution de la préſente ſentence : à vuider ſes mains, le receveur des conſignations de la cour contraint, la ſentence déclarée commune avec la partie ſaiſie, & le plus ancien des oppoſans.

Le pourſuivant, après avoir interjetté appel de cette ſentence, par un écrit ſous ſeing privé convint de faire procéder à l'eſtimation ordonnée par la ſentence, par un expert juré, nommé par les parties. Cet expert dans ſon rapport ſe donna la liberté de faire le juge, en excluant de l'eſtimation la petite maiſon, en eſtimant les huit arpens treize perches qui manquoient dans l'enclos, comme des terres non compriſes dans l'enclos, en renvoyant l'adjudicataire à ſe pourvoir contre les ſeigneurs pour la répétition des droits ſeigneuriaux; & par ce moyen il réduiſit à 2500 liv. l'indemnité dûe à l'adjudicataire, lequel s'oppoſa à l'entérinement du rapport, & en demanda un nouveau; mais la cour, pour éviter les frais, a fait elle-même l'eſtimation de l'indemnité à une ſomme de 3500 liv. par un arrêt contradictoire rendu en la ſeconde chambre des enquêtes le 26 mars 1705, au rapport de M. de Vertamont de Villemenon, qui eſt très-bon juge. Voici le diſpoſitif.

Notredite Cour *par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur le tout, en tant que touche l'appel de Colombier, de la ſentence du 27 août 1703, a mis & met l'appellation au néant; ordonne que la ſentence, de laquelle a été appellé, ſortira effet; en conſéquence ſur les demandes dudit Colombier, portées par ſa requête du 18 août 1704, & de l'intimé, par requête des 30 février dernier, & 9 mars préſent mois, condamne l'appellant aud. nom de pourſuivant, payer audit intimé lad. ſomme de 3500 liv. à laquelle lad. cour a arbitré, tant la valeur du manque d'héritages compris dans l'adjudication faite aud. intimé des biens en queſtion, que des dommages & intérêts, réſultans de la non-jouiſſance dudit manque de fond : & pour faciliter ledit payement, ordonne que ſur les deniers conſignés par ledit intimé pour le prix de ladite adjudication, ès mains du receveur des conſignations des requêtes du palais, il en ſera baillé & délivré audit intimé ladite ſomme de 3500 livres, à ce faire, ledit receveur des conſignations contraint par corps, quoi faiſant déchargé; ſur l'appel dudit Sirnet de la ſentence du 5 mars 1703, pareillement l'appellation au néant, ordonne que ce dont a été appellé ſortira effet; ayant aucunement égard à la demande dud. Sirnet, portée par ſa requête du deux ſeptembre 1704, l'a reçu oppoſant à l'exécution de l'arrêt du 29 décembre 1701 faiſant droit ſur ſon oppoſition, ordonne que dans ſix mois, à compter du jour de la ſignification du préſent arrêt, à perſonne au domicile du procureur de l'appellant, il ſera tenu de mettre à fin les criées des biens ſaiſis ſur ledit Pouget; & à faute de ce faire dans ledit tems, & icelui paſſé, ſera fait droit ſur le ſurplus de ladite demande dud. Sirnet, pour être ſubrogé à la pourſuite deſdites criées, & juſqu'à ce, fait défenſes aud. Sirnet de prendre la qualité de pourſuivant, déclare le préſent arrêt commun avec leſdits Champion, Garnon & Marpon, èſdits noms, & les condamne ès dépens vers ledit intimé, déboute les parties du ſurplus de leurs demandes, fins & concluſions, condamne leſdits Colombier & Sirnet en l'amende de douze livres, & les dépens ès clauſes d'appel, chacun à leur égard vers ledit intimé; & encore ledit Sirnet en ceux des interventions & demandes vers ledit intimé, même en ceux réſervés; ceux faits ſur ladite requête, du 2 ſeptembre 1704, réſervés juſqu'après l'expiration dudit délai, deſquels dépens adjugés audit intimé, il ſera auſſi rembourſé ſur le prix de ſon adjudication, dépens des inſtances d'entre les intimés & Colombier, enſemble tous ceux d'entre leſdits Sirnet & Colombier compenſés, leſquels néanmoins ledit Colombier pourra employer, enſemble ladite ſomme de 3500 liv. en cas qu'il ait payé de ſes deniers en frais extraordinaires de criées, la taxe réſervée à la cour. Donné en parlement, le 26 mars 1705*, Signé, *Du Tillet.*

Quoique cet arrêt ſoit plûtôt une tranſaction qu'un jugement, il juge néanmoins qu'il eſt dû un dédommagement à l'adjudicataire, lequel a droit de le prendre ſur le prix par lui conſigné; mais il ne prononce point ſur la queſtion concernant les droits ſeigneuriaux.

S'il m'étoit permis de dire mon ſentiment, je crois que l'expert avoit eu raiſon de ne les point comprendre dans ſon eſtimation, & de renvoyer l'adjudicataire contre le ſeigneur, qui ſans difficulté eſt obligé de les rendre en pareil cas; parce qu'en matiere de vente par décret, les ſeigneurs ne font aucune remiſe, & par conſéquent, ils ſont obligés de rendre les droits qu'ils ont reçus pour les héritages qui n'ont pas dû être compris dans l'adjudication.

BIU Cujas

M. Brodeau, sur M. Louet, lett. R. chap. 2, nomb. 14, cite un arrêt du 14 mars 1611 qui a jugé, que quand le contrat est résolu *ex antiqua causa*, l'acquéreur ne peut toucher en sa déclaration les lods par lui payés, & qu'il doit s'adresser au seigneur, ou à son fermier pour les répéter. Il faut dire la même chose dans tous les cas où le seigneur a reçu des droits qui ne lui appartenoient pas.

Cet arrêt n'a pas prononcé non plus sur la question des frais & dépens; savoir, si l'adjudicataire doit les répéter contre le poursuivant ou sur le prix de son adjudication: je crois que dans ce chef la sentence avoit bien jugé, & qu'elle auroit été confirmée, si la cour avoit jugé le procès au fond.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns ma premiere observation j'ai parlé de la garantie de l'adjudicataire, quand il y a défaut de mesures; mais je n'ai point parlé du cas de l'éviction.

Il faut d'abord distinguer entre le poursuivant & les créanciers qui ont reçu le prix de leur collation.

A l'égard du poursuivant, il faut distinguer: si l'éviction arrive par quelques défauts de formalités, il en est tenu: mais si l'éviction arrive par le vice de la chose, si ce sont des biens chargés de substitution, ou douaires, il semble que le poursuivant soit garant, parce qu'il a dû s'informer de la nature des biens saisis à sa requête. Cependant le péril de l'éviction ne tombe point sur lui, mais sur le débiteur, ainsi qu'il a été jugé au parlement de Grenoble, par un arrêt du 21 mai 1687 donné de l'avis des chambres consultées, rapporté par Chorier, sur Guy-Pape, page 339 à la fin.

A l'égard des créanciers, M. Expilly, art. 203, rapporte un arrêt du parlement de Grenoble, rendu le 7 avril 1623 qui a jugé que l'adjudicataire n'a aucun recours contre les créanciers qui ont reçu le prix de leur collation, il traite doctement la question.

M. Maynard, liv. 7, chap. 91 rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de juillet 1603 qui a jugé la même chose. M. Catelan, liv. 5, chap. 40, confirme cette jurisprudence.

Belordeau, dans ses observations for. part. 3, art. 47, fait mention d'un arrêt du parlement de Bretagne, qui a jugé de même.

Cependant la même question s'étant présentée au parlement de Paris, elle fut appointée au conseil par arrêt du 5 juillet 1655.

Cette question n'est pas susceptible de difficulté. Un créancier qui reçoit son payement, quoique d'une autre personne que de son débiteur, n'est point tenu de rapporter, ainsi que cela est décidé dans la loi *repetitio 44, ff. de condict. indeb. repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam à vero debitore solutum sit.*

M. Catalan, dans l'endroit ci-dessus cité, fait mention de deux arrêts du parlement de Toulouse, des 14 janvier 1663 & 11 janvier 1675, qui ont jugé, que le créancier qui a reçu son payement de l'acheteur des héritages de son débiteur, n'est point tenu au rapport, quoiqu'il ait subrogé l'acheteur en ses droits & hypothéques.

Cette maxime souffre une exception quand le créancier, en recevant son payement, s'est obligé à la garantie, ainsi qu'il a été jugé par l'arrêt du parlement de Grenoble, ci-dessus cité.

BIU Cujas

DE LA CONFESSION D'UN CRIMINEL.

QUESTION QUATREVINGT-SIXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Récit du fait, sur lequel l'arrêt est intervenu.*
2. *Moyens du demandeur en lettres.*
3. *Moyens du défendeur.*
4. *Arrêt qui déboute des lettres.*
5. *Autorités pour établir que la confession d'un criminel ne peut nuire à un tiers.*

QUESTION LXXXVI.

De la confession que fait un condamné à mort, & si elle peut détruire le droit d'un tiers.

1 En l'année 1614, *Titius*, homme violent, & d'assez mauvaise odeur, achete les héritages d'un autre pour le prix de douze cent livres, & le contrat porte, que cette somme avoit été payée réellement & comptant. Quelques jours après le contrat, le vendeur partit pour s'en aller en Espagne, & ne parut jamais plus. Deux ans après, cet acquéreur fit revente des même héritages à un tiers, & environ dix ans après, fut poursuivi en justice pour quelques crimes. En ayant été convaincu pardevant le prévôt des maréchaux, il fut condamné au supplice de la roue, & à être appliqué à la question, pour avoir révélation des complices. Sans attendre la question, il confessa, non-seulement les crimes dont il étoit accusé, mais encore plusieurs autres; même d'avoir forcé ce vendeur à lui passer la vente, & de ne lui avoir donné que douze écus du prix; & qui pire est, d'avoir suivi le même vendeur allant en Espagne, de l'avoir assassiné, & pris les douze écus qu'il lui avoit donnés. Aussi-tôt après cette confession, la sentence de mort fut exécutée, sans que le condamné s'en rétractât.

Le fils du vendeur en ayant été averti, obtint lettres pour faire casser la vente, en conséquence de la confession de l'acquéreur, & les lettres en effet furent entérinées par le sénéchal ou présidiaux du haut Auvergne à Aurillac, dont il y eut appel à la cour.

2 Pour le demandeur en lettres, on pouvoit dire, que si deux choses sont essentielles, & absolument nécessaires pour la perfection d'une vente, celle dont étoit question ne pouvoit être valable, puisqu'il n'y avoit eu ni consentement, ni prix payé. Que le consentement n'y pouvoit être, puisque le vendeur avoit été forcé, & qu'il est certain que *voluntas coacta non est voluntas*, qu'où la liberté n'est pas, le choix ne peut être, & qu'il répugne que le consentement se rencontre avec la force. Que si la loi dit, *non videri velle qui obsequitur imperio patris vel domini*, celui-là ne peut vouloir ce qu'un homme violent le contraint de faire.

Que la preuve de cela étoit assez établie par la confession de l'acquéreur, *confessus enim pro judicato habetur*, & il n'est point de preuve plus forte que celle qui vient de la bouche des personnes. C'est une espece de condamnation; & il est vrai de dire, que celui qui fait semblable aveu, se condamne le premier. Que le juge ne fait que suivre la reconnoissance que l'autre a fait, & qu'il est plûtôt son truchement, que son juge. Enfin, que cette confession est d'autant moins suspecte, qu'elle avoit été faite par un moribond, & dans un état auquel on ne croit pas qu'un homme veuille mentir: qu'en effet le condamné ne l'avoit faite, que pour décharger sa conscience, & parce qu'étant sur le point d'aller rendre compte à Dieu, il l'a voulu premier rendre aux hommes, & pour avoir la justice divine plus favorable, satisfaire à la justice humaine.

Que si la seule confession d'un condamné ne suffisoit pas contre un tiers, cela se devoit entendre quand c'est plûtôt un aveu des crimes des autres, que des siens propres, ou quand il s'agissoit d'y fonder une peine corporelle: qu'à la vérité il seroit rude que le désespoir d'un condamné, *qui dum in suum mentitur sanguinem, accusat alienum*, fit mourir quelqu'un qui peut être innocent; qu'il pût exercer un ressentiment de vengeance, & se voyant perdu, tâcher de perdre quelqu'autre: mais que ne s'agissant que d'un intérêt civil, & de rendre à un particulier l'héritage qu'on lui a ôté par force, la confession de celui qui l'a commise devoit en ce cas suffire.

Pour le défendeur, on pouvoit dire, que si le 3
fait étoit bien établi, & qu'il y en eût preuve suffisante, il est sans doute que la vente seroit nulle, & quoiqu'acquéreur de bonne foi, il ne pourroit pas en ce cas empêcher la cassation du contrat: qu'en ce cas il avoueroit, que *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, *leg. lex vectigali*, *ff. de pignorib.* & qu'en un mot, il n'auroit pas plus de droit que son auteur. Mais comme il dispute plûtôt de la vérité du fait, que du droit, le défendeur a lieu de soutenir qu'en vain on agite, si la vente ayant été faite par force, elle doit être cassée, puisqu'il n'y a point de preuve de cette force

Qu'il est vrai que le premier acquéreur ayant été condamné à mort, a confessé au point de l'exécution, & sur l'échafaut la force qu'on a proposée, & qu'il n'avoit rien payé du prix. Mais que cette confession ne faisoit pas une preuve suffisante; & que, comme le condamné avoit pû confesser cela, ou par désespoir, ou pour nuire au défendeur, on ne pouvoit pas aussi s'en prévaloir contre un tiers: Que si lors de cette confession, le défunt avoit été encore possesseur de l'héritage, il y auroit apparence qu'elle lui fit préjudice; mais que le droit étant acquis à un tiers, & qui est en bonne foi, l'aveu d'un désespéré le lui pût ôter, c'est ce qui feroit injuste & trop préjudiciable au repos de plusieurs familles. Par conséquent, qu'il falloit dire en ce cas, que ce n'étoit que le témoignage d'un seul,

BIU Cujas

& d'autant moins valable, que c'étoit d'une perſonne infâme.

4 La cauſe plaidée en l'audience de la grand-chambre, monſieur l'avocat général Talon remontra, que la conſéquence ſeroit trop dangereuſe de ſe fonder ſur cette ſimple confeſſion, & que ce ſeroit ouvrir une voye qui produiroit de mauvais effets. Il appuya ſon dire de cet exemple, qu'un acte reçu par un notaire de Paris, ayant été impugné de faux, celui qui s'étoit inſcrit auroit ſuccombé, pour n'avoir ſcu prouver le faux: que depuis, ce notaire ayant été condamné à être pendu pour une autre fauſſeté, & lors de l'exécution, ayant confeſſé en la potence la fauſſeté précédente, il y auroit eu requête civile contre l'arrêt; mais que la cour, ſans avoir égard à cette confeſſion, auroit débouté l'impétrant de ſa requête civile, avec dépens. Ayant donc conclu pour le mal jugé, la cour mit l'appellation, & ce dont avoit été appellé, au néant, & les parties hors de cour & de procès, ſans dépens, par arrêt du 30 août 1641.

Il y auroit pourtant quelque choſe à dire ſur l'exemple rapporté en l'eſpece d'icelui, le notaire par ſa confeſſion, en ſe chargeant, en chargeoit un autre, & il l'impliquoit dans le crime qu'il avouoit. Il le rendoit coupable & puniſſable, & cette confeſſion n'alloit pas ſeulement à un intérêt civil, elle pouvoit encore établir une peine contre un tiers, & du moins elle pouvoit mettre ſon honneur en doute, ſi elle eût été reçue. C'eſt ce qu'on ne pouvoit pas dire, au fait de notre queſtion; car ſi on ſe fût arrêté à la confeſſion elle pouvoit faire perdre l'héritage au tiers-acquéreur; mais elle ne pouvoit pas lui faire courir riſque d'aucun châtiment, ni rendre ſon honneur ſuſpect.

L'Arrêt eſt pourtant juſte & raiſonnable: car encore que *nemo præſumatur ſalutis æternæ immemor*, ainſi qu'il eſt dit, *in lege ultima, Codic. ad legem Juliam repetundarum;* encore que cela doive être mieux 5
préſumé pour celui qui va mourir, & que c'eſt pour ce ſujet que ſaint Auguſtin a dit, *in libro de vita & moribus Clericorum, credatur patri meo quia moriens mentiri non potuit*; cela néanmoins n'a lieu contre un tiers, & quand c'eſt pour lui faire préjudice, & pour lui ôter un droit acquis. Ainſi le décide Alciat, au traité qu'il a fait des préſomptions, *regula 3, præſumpt. 4*, ſuivant la doctrine de Barthole, *in lege ſi quis in gravis*, § 1, *ff. ad S. C. Sillavian.* lequel allégue l'exemple d'un juge, qui diroit en mourant qu'il a rendu un faux jugement, ou d'un témoin, qui mourant, diroit qu'il a dépoſé à faux. Car pour tout cela, on ne retracteroit pas ce qui auroit été jugé.

De la confeſſion que fait un accuſé contre des complices, parlent les empereurs *Honorius* & *Theodoſius*, *in lege* 10, *Codic. de teſtibus*. Mais plus expreſſément, *in lege ultima Codic. de accuſationibus*: or ils ne veulent pas qu'on faſſe fondement ſur ſemblable confeſſion, *cum veteris juris autoritas de ſe confeſſos ne interrogari quidem de aliorum conſcientia ſinat. Nemo igitur*, diſent-ils, *de proprio crimine confitentem, ſuper conſcientia ſcrutetur aliena*. Sur quoi il faut obſerver le cas que la gloſe excepte, & après elle, *Boerius quæſt.* 319, & *Mornacius, ad legem* 10, *Codic. de Teſtibus*. Tant y a qu'il eſt à craindre qu'un accuſé mis à la torture, *dum in ſuum mentitur ſanguinem, ſæviat in alienum*, comme dit ſaint Jerôme, parlant *de muliere ſepties icta*.

OBSERVATIONS.

De l'effet d'une confeſſion de mort à l'égard d'un tiers.

DAns cette queſtion, l'auteur dit que la confeſſion faite par un condamné à mort, ne peut pas nuire à un tiers. Un ſcélérat qui avoit contraint un particulier de lui vendre ſes héritages pour un prix modique de douze écus, quoique le contrat portât 1200 l. deux ans après il vendit ces mêmes héritages à unautre: depuis ayant été condamné à mort pour d'autres crimes, il avoua le fait. Sur le fondement de cette confeſſion, le fils du vendeur obtint des lettres de reſciſion contre le contrat de vente, & prétendit évincer le ſecond acquéreur. Par l'arrêt rapporté par l'auteur, les parties furent miſes hors de cour & de procès, & avec raiſon; car cela ſeroit d'une trop dangereuſe conſéquence.

Ce même arrêt eſt rapporté par M. Bardet, tom. 2, liv. 9, ch. 18, avec l'extrait des plaidoyers des avocats des parties, & celui de M. l'avocat général Talon, qui dit que la conſéquence ſeroit trop périlleuſe, ſi l'on ajoutoit foi à telle déclaration.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

QUoique la confeſſion d'un homme condamné à mort, ne puiſſe nuire à un tiers, elle peut lui profiter & ſervir à ſa juſtification. Ainſi ſi une perſonne eſt accuſée d'un crime, & que ſur des indices & desprésomptions violentes, elle ſoit condamnée à la queſtion, ou à quelque peine, & que dans la ſuite l'auteur du crime ſoit arrêté pour quelque autre maléfice, & qu'il avoue, ſoit à la queſtion, ou à la potence, avoir commis le crime pour raiſon duquel cette perſonne avoit été accuſée, la confeſſion du coupable juſtifie l'innocent.

Mais la difficulté conſiſte à ſavoir ſi cette perſonne accuſée injuſtement peut prétendre réparation & des dommages-intérêts contre l'accuſateur. Les arrêts ont perpétuellement jugé qu'elle n'en pouvoit point prétendre; parce que l'accuſateur ne peut pas paſſer pour un calomniateur, puiſque les juges ont trouvé aſſez de preuves pour aſſeoir une condamnation.

Le premier arrêt que nous trouvons dans nos livres eſt un arrêt célebre rendu en la

BIU Cujas

grand'chambre le 17 janvier 1600. Le roi Henry IV, séant dans son lit de justice, accompagné du duc de Savoye, des princes & des pairs, dans la cause de Henry Bellanger & Catherine Cordier sa femme, qui avoient été accusés d'avoir assassiné Jean Prost qui logeoit chez eux, d'une part; & Sébastienne Domenchin, mere de Prost, d'autre part. La cause fut plaidée solemnellement par M. Anne Robert pour les accusés, par M. Antoine Arnaud pour la mere, & par M. Servin Avocat Général: par l'arrêt qui intervint, & qui fut prononcé par M. de Harlay premier président, les accusés furent déclarés innocens, sans néanmoins aucune réparation, dommages & intérêts, ni dépens.

Cet arrêt est rapporté dans les plaidoyers de M. Servin, tom. 1, plaid. 46, avec son plaidoyer, & ceux des avocats des parties; dans les arrêts d'Anne Robert, plaid. 1, des ajoutés, & par M. Pasquier, dans ses recherches.

La même chose a été jugée de nos jours, dans l'affaire de Langlade, qui avoit été accusé par M. de Montgomery de l'avoir volé; ils logeoient dans la même maison. Langlade, sur des indices & des présomptions, fut appliqué à la question, & n'ayant rien avoué, il fut condamné aux galeres, au rapport de M. Le Nain, le Caton de notre tems. Dans la suite le grand-conseil ayant fait le procès à deux scélérats, ils furent convaincus, & avouerent à la question que c'étoient eux qui avoient fait le vol du sieur de Montgomery. Pendant cet intervale, Langlade mourut à la chaîne; sa veuve & sa fille se pourvûrent au parlement pour justifier la mémoire du défunt, & pour faire condamner le sieur de Montgomery aux dommages & intérêts. Par l'arrêt qui intervint la mémoire de Langlade fut justifiée, mais sans aucuns dommages ni intérêts.

La même chose a été jugée au parlement de Provence, par un arrêt du 18 décembre 1661, rapporté par Boniface, tom. 2, part. 3, liv. 1, tit. 1, ch. 17.

DES INCENDIES.

QUESTION QUATREVINGT-SEPTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Les loix & les juges ne peuvent donner une décision certaine sur les incendies.*
2. *Explication des loix, qui parlent des incendies.*
3. *C'est plutôt une question de fait que de droit.*
4. *Le propriétaire est obligé de prouver que l'incendie est arrivé par la faute du locataire.*
5. *Contrariétés d'arrêts remarquées par Chopin.*
6. *Sentence de Montbrison qui a jugé en faveur du locataire.*
7. *Bouvot rapporte des arrêts qui l'ont ainsi jugé.*
8. *Auteurs qui ont traité la question.*
9. *Les locataires sont responsables des incendies arrivés dans la maison qu'ils habitent.*
10. *La présomption que l'incendie est arrivé par la faute du locataire est de droit.*
11. *Arrêts qui l'ont ainsi jugé.*
12. *Si l'incendie est arrivé par hasard ou par une faute légere, le légataire n'en est pas tenu.*
13. *Les voisins ne sont pas tenus de la ruine des maisons abattues pour arrêter l'incendie.*
14. *Arrêt du 2 juillet 1657 qui l'a ainsi jugé.*
15. *Arrêt du 26 février 1624, qui déclare le propriétaire de la maison brûlée, privilégié sur tous les meubles & marchandises du locataire.*
16. *L'incendie n'est point un cas royal.*

QUESTION LXXXVII.

Des incendies, & si les locataires en peuvent être responsables.

PUISQUE de cette chaleur naturelle qui est en nous, les médecins en font un feu, & lui attribuent des effets pareils à ceux du feu ordinaire: que c'est pour ce sujet qu'ils prennent la fievre pour une incendie. Nous pouvons bien dire, que comme le plus souvent ils en ignorent la cause, que comme ils ne sçauroient deviner qui peut avoir allumé ce feu violent, qui fait un brasier de nos entrailles, nous ne pouvons sçavoir non plus la cause des incendies qui arrivent dans les maisons des particuliers. Si l'homme même se sent plûtôt embrâsé

BIU Cujas

qu'il n'a prévu l'accident; s'il ſe ſent plûtôt tout en feu, qu'il n'a reconnu d'où il procede, & comme c'eſt que lui-même a allumé ce feu, il ne faut pas s'étonner ſi nous ne pouvons pas apprendre de quelle façon le feu s'eſt mis dans les bâtimens d'un autre.

1 C'eſt en effet un ſujet ſur lequel les loix ſont en peine de donner une déciſion certaine, & les juges encore plus, d'en rendre un jugement aſſuré. Le tout gît en conjectures, & ſur le concours des circonſtances ou des préſomptions, c'eſt le plus ſouvent une matiere arbitraire. Nous ne laiſſerons pas pourtant de la traiter, & d'en donner quelques regles certaines, ſi elle en peut recevoir.

2 En la loi 3, *ff. de officio præfecti vigilium*, le juriſconſulte ſemble rejetter l'incendie ſur ceux qui habitent la maiſon; & il en rend cette raiſon, *quia plerumque incendia fiunt culpâ inhabitantium.* Mais comme il ne parle pas indéfiniment, qu'il n'eſtime pas que le locataire ou l'inquelin ſoit toujours en faute; & puiſqu'il dit que c'eſt ſeulement quelquefois, ou le plus ſouvent, on ne peut pas en tirer une concluſion abſolue & générale. En la loi *ſi quis fundum*, § 1, *ff. locati*, il avoit été convenu par le bail, que le locataire doit prendre garde à ne faire du feu qui puiſſe nuire, *ut ignem innocentem haberet.* Il lui avoit été d'avance dénoncé d'en avoir le ſoin; néanmoins, le juriſconſulte dit qu'il ne peut être reſponſable d'un incendie arrivé par accident: *Non propterea colonus caſu fortuito incendii tenebitur*, préſuppoſant qu'il n'y eût point de ſa faute. Il eſt vrai qu'en la loi 12 du même titre, ayant été convenu que le locataire ne pourroit faire aucun feu, *ignem ne haberet;* s'il en a fait, & qu'il en ſoit arrivé du mal, il en devra répondre, *etiamſi caſus fortuitus admiſit incendium.* Mais c'eſt parce qu'il a contrevenu aux conditions, & qu'il eſt en faute de n'avoir pas obſervé la loi qu'on lui a donnée, & ſans laquelle la maiſon n'auroit pas été louée, *quia non debuit ignem habere:* d'où s'enſuit que ſans cela, on ne préſumeroit pas qu'il fût en faute. Sur quoi, l'on doit remarquer la différence de ces deux eſpeces: en l'une, il n'avoit pas été défendu de faire du feu; mais ſeulement on avoit averti le locataire de ne pas faire un feu qui pût cauſer du dommage. En l'autre, on avoit abſolument défendu de faire du feu; de ſorte, qu'au lieu qu'en la premiere eſpece on pouvoit avoir fait du feu, ſans qu'il y eût de la faute; on ne pouvoit pas en la ſeconde s'excuſer qu'on ne fût coupable d'avoir fait ce qu'on ne pouvoit pas faire.

En la loi *ſi ſervus* 27, § *ſi fornacarius*, *ff. ad leg. Aquiliam*, il eſt parlé d'un ſerviteur, qui s'étant endormi contre la fournaiſe, avoit par ce moyen cauſé l'incendie, le juriſconſulte dit que *utilis actio competit tàm in eum qui ad fornacem obdormivit, quàm in eum qui in eligendis miniſteriis negligens fuit.* Mais il ſe fonde ſur ce que la cauſe de l'incendie étoit connue, & qu'il étoit provenu, & de la nonchalance du valet, & du peu de ſoin que le maître avoit eu d'en choiſir un bon. Et ne faut pas dire que le ſerviteur étoit excuſable, & que le ſommeil eſt une choſe commune; car avant que de ſe laiſſer gagner par le ſomeil, il y avoit dû prendre garde: *Nec quiſquam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam & naturalem paſſum, cùm deberet, vel ignem extinguere, vel ita munire, ne evagaretur.* Il n'étoit pas coupable d'avoir dormi, c'eſt une fonction ordinaire, & dont on ne peut pas ſe diſpenſer; mais il avoit failli, ſe voyant preſſé du ſommeil, de n'avoir pas pris garde que le feu ne pût nuire. Quant au maître, il ſembloit plus excuſable, & il ſemble trop rude de dire qu'il devoit être plus exact à choiſir de bons valets. C'eſt en quoi la prudence même ſe trompe; & s'il eſt vrai, que ſuivant le dire commun, les meilleurs ne valent rien, quel moyen d'en choiſir un bon? On a jugé pourtant raiſonnable que le maître en dût répondre; c'eſt à cauſe de la conſéquence, & afin d'obliger les maîtres à ſe rendre plus ſoigneux au choix de leurs domeſtiques, & à veiller plus exactement ſur eux.

Pour concluſion, il faut dire que c'eſt une queſtion de fait, que *ex facto jus oritur*, & que la déciſion dépend des circonſtances & des preuves: que par conſéquent, *Menochius, lib. 2 de arbitrar. Judiciis caſu*, a eu raiſon de la mettre entre les jugemens arbitraires, pourtant on doit tenir cette regle, qu'encore, que la loi aſſure que les incendies arrivent *plerumque culpâ inhabitantium*, cette préſomption, qui peut être fallacieuſe, n'eſt pas pourtant ſuffiſante: qu'il faut quelque choſe de plus, & que le propriétaire eſt obligé de prouver qu'il y a eu de la faute & de la négligence de la part des locataires: que c'eſt en effet la déciſion de la loi onzieme, *ff. de incendio, ruinâ, &c.* en laquelle il eſt dit, *ſi fortuitò incendium factum ſit, veniâ indigere, niſi tam lata culpa fuit, ut luxuriæ aut dolo ſit proxima.* Car encore que cette loi entende parler du crime & de la peine qu'il peut encourir, il en faut inférer pourtant que l'incendie eſt cenſé fortuit, & arrivé par malheur, s'il n'y a preuve contraire. C'eſt parce qu'il ne faut qu'un chat, qu'un chien pour mettre le feu dans une maiſon, c'eſt qu'il ne faut qu'une bluete pour cauſer un incendie. Quoi qu'il en ſoit, quand il y auroit quelque préſomption de faute, toujours ſur le doute, *quod benignius eſt ſequimur*, il vaut mieux abſoudre celui qui peut être en faute, que d'en faire porter la peine à celui qui peut-être n'a pas fait le mal, La décharge eſt toujours plus favorable que la condamnation, lors même que celui qu'on condamneroit a déja beaucoup ſouffert. 3

C'eſt en effet l'opinion de Balde, en ſon conſeil 441, de *Menochius*, au lieu cotté, & des auteurs qu'il allegue. Et quoique M. René Chopin, *lib* 1, *de moribus Andium*, *C.* 4, traitant la queſtion, en rapporte des arrêts contraires, il ne laiſſe pas de pancher pour la décharge des locataires, & cotte un arrêt formel donné au profit d'un fermier, du 18 janvier 1578, Auſſi, la meme queſtion s'étant préſentée en ce ſiége pluſieurs fois, nous avons toujours vû abſoudre les locataires, lorſqu'il n'a point paru quil y eût de leur faute, & que le maître de la maiſon ne s'eſt pas voulu charger d'en faire preuve. Il fut même ainſi jugé par ſentence du 9 mars 1641, ſur l'appel d'une ſentence rendue par le châtelain de Sain Germain, le vingt-ſix novembre mil ſix cens quarante, entre M. Jean Maillard, demandeur, & Gilbert Perrin, défendeur, & qui ayant appellé de la condamnation, en fut abſous. 4 5 6

Depuis, nous avons vu que le ſieur Bouvot, en ſes queſtions notables, premiere partie, ſur le mot *Brûlement*, & ſur le mot *Hoſte*, ſuit le même ſentiment, & en cotte quelques arrêts. Puiſque cet auteur n'a pas épargné les textes & les auteurs qui en peuvent parler, nous y renvoyons le lecteur. 7

Nous avons encore depuis vû que la même queſtion eſt aſſez amplement traitée *à Joanne à Sande, lib. 3, tit. 6, definit. 9, deciſionum Curiæ Supremæ Friſiorum*, où il rappporte que par arrêt de cette cour, le locataire fut renvoyé abſous au défaut d'avoir prouvé par le propriétaire qu'il y eût faute de la part du locataire. Cet auteur tient 8

BIU Cujas

néanmoins que c'eſt un point aſſez diſputable ; & le remet à l'arbitrage des juges, ſelon les circonſtances du fait. Il cite à cet effet *Fachineus, lib.* 1 *controverſ. cap.* 89, & Argentré, *ad conſuetud' Britanniæ, art.* 599.

OBSERVATIONS.

Des incendies

DAns cette queſtion, l'auteur parle des incendies arrivés par cas fortuit ; ſçavoir, ſi les locataires des maiſons ſont reſponſables de la perte, ſoit que ce malheur ſoit arrivé par leur faute, ou par celle de leurs domeſtiques. Il demeure d'accord qu'ils en ſont tenus ; mais il ſoutient que c'eſt au propriétaire à prouver le fait, c'eſt-à-dire, à juſtifier que l'incendie eſt arrivé par la faute du locataire ou de ſes gens. Godefroy, ſur la loi 11 *de peric. incommodo,* eſt du même ſentiment.

Si cela étoit, jamais les locataitaires ne ſeroient reſponſables de l'incendie des maiſons qu'ils habitent : car il ſeroit très-difficile, pour ne pas dire impoſſible, de prouver que le feu a pris par leur faute : car dans la maiſon, il n'y a ordinairement que le locataire, 9
ſa femme, ſes enfans & ſes dommeſtiques leſquels n'auroient garde de dire la vérité ; & quand ils la diroient, leur témoignage ne ſerviroit de rien ; parce que ce cas n'eſt pas un de ceux où l'on puiſſe admettre le témoigage domeſtique.

M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 568 tient, que le locataire eſt garant naturellement du dommage cauſé par le feu qui a pris dans la maiſon qu'il 10
habite, parce que l'on doit préſumer que cela eſt arrivé par ſa faute. L'on peut dire que cette préſomption eſt de droit, & qu'ainſi elle rejette la charge de la preuve ſur le locataire, *quia plerumque incendia culpâ fiunt inhabitantium, l.* 3, § 1, *de offic. præf. vig. incendium ſine culpa fieri non poteſt, l.* 11, *de peric. & commod.* Chopin, *de juriſdict. Andeg.* 11
ch. 44, nomb. 11 ſur la fin, rapporte deux arrêts qui l'ont ainſi jugé. Lebrun, dans ſon procès criminel, au titre *des incendies*, eſt auſſi de ce ſentiment. C'eſt auſſi la juriprudence du parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de M. Catelan, tom. 2, livre 5, ch. 3.

L'auteur, dans ce tome 2, liv. 4, queſt. 163 traite la même queſt. à l'égard des propriétaires des maiſons, *an vicinus vicino de incendio teneatur :* il ſoutient encore, que le propriétaire dans la maiſon duquel le feu a pris, n'eſt pas reſponſable de la perte des maiſon voiſines, , ſi les voiſins ne prouvent que le feu à pris par ſa faute. Il rapporte un exemple arrivé de ce fait à Montbriſon, & la ſentence rendue ſur ſes concluſions, qui l'a ainſi jugé ; mais en même tems il rapporte l'arrêt qui l'a infirmée, & condamné le particulier dans la maiſon duquel le feu avoit pris aux dommages & intérêts du voiſin ; ce
qui eſt conforme à la diſpoſition du droit, dans la loi *capitalium 28*, § *12, verſ. num 4 de pœn.* Et cela ſe juge ainſi, Chopin & Lebrun dans l'endroit ci-deſſus. Si pourtant la 12
faute étoit légere, le propriétaire ſeroit déchargé, ainſi jugé par un arrêt du 7 octobre 1628, qui eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 17, * la même choſe a été jugée au parlement de Toulouſe, par un arrêt du 13, juin 1653, rapporté par Albert, ſur le mot *incendie.* A plus forte raiſon quand l'incendie eſt arrivé par cas fortuit, pour lors ni le propriétaire, ni le locataire ne ſont point tenus des dommages & intérêts des voiſins, ſuivant un arrêt du 22 Juin 1633, rapporté par Bardet, tom. 2, ch. 43.

Des maiſons abattues pour arrêter l'incendie.

Il faut ici parler d'un cas qui arrive ſouvent, & que je n'ai vû traité par aucun auteur, que par les juriſconſultes Romains ; ſçavoir, ſi celui dont la maiſon a été abattue pour arrêter l'incendie, peut prétendre des dommages & intérêts contre les propriétaires des maiſons qui ont été conſervées.

Il faut d'abord diſtinguer : ſi cela s'eſt fait par l'autorité du magiſtrat, ou ſi la choſe a été faite par le voiſin, de ſon autorité particuliere : dans le premier cas, tous les juriſconſultes conviennent, que celui dont la maiſon a été abattue, n'a aucune action contre ſon voiſin. Dans le ſecond cas, Labeo étoit d'avis qu'il étoit bien fondé à prétendre des dommages & intérêts contre ſon voiſin, dont la maiſon avoit été conſervée : Servius diſtinguoit, ſi le feu étoit parvenu juſqu'à la maiſon abattue, ou s'il avoit été éteint avant que d'y arriver. Dans le premier cas il ne vouloit donner aucuns dommages & intérêts : dans le ſecond cas, il accordoit le prix de l'eſtimation de la maiſon. Celſus, ſans aucune diſtinc- 13
tion décharge les voiſins. *Celſus ſcribit circa eum, qui incendii arcendi gratia, vicinas ædes intercidit, ceſſare legis Aquiliæ actionem ; juſto enim metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret vicinas ædes intercidit, & ſive pervenit ignis, ſive ante extinctus eſt.* Ulpien, après avoir rapporté tous ces différens ſentimens, dans la loi 49, *ad leg. Aquil.* dans la loi 7, § 4, *quod*

BIU Cujas

vi aut clam. & dans la loi 3, §7, *de incend.* dans cette derniere loi dit, qu'il eſt de lavis de Celſus. Godefroi, ſur la loi 11, *de peric. & comm.* eſt auſſi de cet avis. Cela a été ainſi
14 jugé par un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, le 2 juillet 1657, qui eſt rapporté dans le ſecond tome du journal des audiences, liv. 1, ch. 17 par Deſmaiſons, lett. I, ch. 1, & par Soefve, tom. 2, cent. 1, ch. 73. * La même choſe a été jugée au parlement de Bretagne, par un arrêt du mois d'octobre 1660, rapporté par Sauvageau, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 1. ch. 56.

Du privilége du propriétaire de la maiſon brûlée.

15 Il me reſte encore à faire deux petites obſervations. La premiere, que le propriétaire de la maiſon qui a été brûlée par la faute du locataire ou de ſes domeſtiques, ou des gens par lui employés, eſt privilégié ſur les meubles & les marchandiſes qui ſe
16 trouvent dans ſa maiſon. Ainſi jugé par arrêt du 26 février 1624, rapporté par Dufreſne, liv. 1, ch. 20 & par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 9. La ſeconde, l'auteur dans la queſtion 5, du liv. 2, ſoutient, que l'incendie eſt un cas royal: j'en doute, mais en tout cas, ce ne ſeroit que pour la pourſuite du crime; mais à l'égard des dommages & intérêts cauſés par les incendies fortuits, c'eſt le juge des lieux qui en connoît. Cette diſtinction eſt faite par Chopin, au même endroit ci-deſſus cité. Chorier, dans ſa juriſprudence ſur Guy-Pape, liv. 4, ſect. 8, art. 3, dit, que le juge des lieux en doit avoir la connoiſſance.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns ma premiere obſervation, je n'ai cité que les arrêts; depuis j'ai étudié la queſtion dans les auteurs, j'en ai vû pluſieurs: mais de peur de fatiguer le lecteur par un grand nombre de citations, je me contenterai d'en citer deux, ſçavoir, Menochius, *de arbitr. jud. caſ.* 390 & Fachin, *Controverſ. Jur. l.* 1, *c.* 87. Ces deux-là en citent pluſieurs autres.

Tous les docteurs conviennent, que le locataire eſt tenu des dommages-intérêts, quand l'incendie eſt arrivé par ſa faute ou celle de ſes enfans ou domeſtiques; & qu'il n'en eſt pas tenu, quand l'incendie eſt arrivé par cas fortuit, *quia nemo de caſu fortuito tenetur.*

Mais ils ſont partagés ſur deux queſtions. La premiere, ſi le locataire eſt reſponſable, quand la faute eſt légere. Menochius ſoutient qu'il n'eſt pas tenu, parce que *Conductor non tenetur de leviſſima culpa, ſed tantum de levi, lata & dolo.*

Fachin, ſoutient le contraire; parce que la faute ne peut jamais être légere en ſemblable cas.

La ſeconde queſtion conſiſte à ſçavoir, ſi le propriétaire eſt obligé de prouver que l'incendie eſt arrivé par la faute du locataire.

Menochius ſoutient, que le propriétaire eſt tenu de prouver que c'eſt par la faute du locataire, que l'incendie eſt arrivé: *onus probandi incumbit actori, actore non probante reus abſolvitur.*

Fachin au contraire ſoutient, que la préſomption ſuffit en pareil cas, *quia plerumque incendium fit culpa inhabitantium.*

Il y a pourtant un cas où le propriétaire eſt obligé à la preuve, quand le feu prend dans une auberge, ou dans une hôtellerie où il y a des paſſans & des étrangers, parce que les aubergiſtes & hôteliers ne ſont pas reſponſables du fait des paſſans qu'ils ne connoiſſent pas, *in factum actione caupo tenetur pro his qui habitandi cauſa in caupona ſunt: hoc autem non pertinet ad eum qui hoſpitio repentino recipitur, veluti viator.* La même choſe eſt décidée dans la loi unique, § 6, *Furti, adverſ. naut caup. ſtab.* où le Juriſconſulte en donne la raiſon: *viatorum autem factum non præſtat, namque viatorem ſibi eligere caupo, vel ſtabularius non videtur, nec repellere poteſt iter agentes.*

Suivant la juriſprudence des arrêts, c'eſt au locataire à prouver que l'incendie eſt arrivé, ſans qu'il y ait de la faute ou de la négligence de ſa part ou de ſes gens.

Il faut joindre au arrêts des parlemens de Paris & de Toulouſe, ceux du parlement de Grenoble rapporté par M. Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 15, ch. 2, & ceux du parlement de Rouen, rapportés par M. Baſnage, ſur l'article 453, de la coutume de Normandie vers la fin. Cet auteur rapporte un arrêt du même parlement, du 5 mars 1671, par lequel il a été jugé, que le propriétaire de la maiſon n'eſt pas reſponſable de la faute du locataire envers les voiſins, dont les maiſons ont été brûlées.

Cette déciſion paroît très-juridique, mais il me ſemble qu'elle doit recevoir une diſtinction: ſi le propriétaire loge dans la même maiſon, il doit répondre du fait de ſes locataires, parce qu'il doit les connoitre, & peut veiller à leur conduite. Cela eſt ainſi décidé

BIU Cujas

à l'égard des aubergiſtes & des hôteliers; ils ne répondent pas du fait des voyageurs, mais ils ſont tenus du fait de ceux qui demeurent ordinairement chez eux : *in factum actione caupo tenetur pro his qui habitandi cauſa in caupona ſunt, leg. 6, § 3, naut. caup. ſtab. Inhabitatores verò perpetuos ipſe quodammodo elegit qui non rejecit, quorum factum oportet eum præſtare, leg. un. § 6, Furti adverſ. naut.*

Quid juris, à l'égard du principal locataire? Eſt-il tenu du fait des ſous-locataires; il faut diſtinguer entre le propriétaire & les voiſins. A l'égard du premier, il a droit de s'en prendre au principal locataire, *cujus fidem ſequutus eſt*, ſauf ſon recours contre le ſous-locataire *quem elegit*; mais les voiſins dont les maiſons ont été brûlées ne peuvent s'en prendre qu'au ſous-locataire par la faute duquel le feu a pris, parce qu'à leur égard le principal locataire doit être conſidéré comme le propriétaire, que l'arrêt du parlement de Rouen ci-deſſus rapporté, a jugé n'être pas tenu de la faute de ſon locataire. Ils n'ont que l'action *ex quaſi delicto qui noxam ſequitur*; au lieu que le propriétaire a contre le locataire l'action *ex conducto*, qui emporte les dommages & intérêts.

La loi 3, § 1, *verſ. ſed. naut. caup. ſtab.* donne l'action de dépôt contre les voituriers qui portent des marchandiſes gratuitement, *ſed ſi gratis res ſuſceptæ ſint, ait Pomponius, depoſiti agi potuiſſe.* La loi 6 *du même titre* donne l'action *in factum, licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris; non tamen in factum actiones denegabuntur, ſi damnum injuria paſſus es. A contrario*, ſi un homme loge gratuitement dans la maiſon de ſon ami, & qu'il y mette le feu par mégarde, ou par la négligence de ſes gens, il eſt tenu de réparer la perte, ainſi jugé par un arrêt du 3 mars 1663, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 5, ch. 9.

DES TAILLES.

QUESTION QUATRE-VINGT-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans le reſſort de la cour des aides de Paris, la taille eſt perſonnelle.*
2. *Si un fermier eſt cottiſable dans le lieu de ſon domicile ou de la ferme.*
3. *Raiſons pour établir qu'il eſt cottiſable dans le lieu de ſon domicile.*
4. *Raiſons pour montrer qu'il eſt cottiſable au lieu de la ferme.*
5. *Arrêt de la cour des aides du 4 juillet 1643, qui juge que les fermiers doivent être impoſés au lieu de leur domicile.*
6. *Arrêt du 26 ſeptembre 1644, ſemblable.*
7. *Les particuliers qui ont des biens en différentes paroiſſes, doivent être impoſés dans la paroiſſe de leur domicile ſeulement.*
8. *De même de ceux qui ont des biens en différentes élections.*

QUESTION LXXXVIII.

Si pour le gain & profit qu'un fermier fait, il peut être cottiſé ailleurs qu'en ſon domicile.

1 Quoiqu'on ne doute pas que la taille ne ſoit perſonnelle, & ne ſuive, comme on dit, le clocher dans le reſſort de la cour des aydes à Paris, on a pourtant douté, où c'eſt qu'un fermier & colon partiaire doit être cottiſé; ſi c'eſt au lieu de ſon
2 domicile, ou bien au lieu que les héritages qu'il tient en ferme ou culture par ſes mains ſont ſitués. Et certes, il y a lieu d'en douter, à cauſe des raiſons diverſes, & parce qu'il y a toujours de l'inconvenient, de quelque côté qu'on ſe tourne.

3 Quant à la ſuite du domicile, il ſemble qu'elle eſt juſte & néceſſaire. Les tailles étant perſonnelles, & l'impôt en ce reſſort, ſe donnant auſſi bien pour le gain & l'induſtrie, que pour les biens & héritages qu'on poſſede, il faut que ce ſoit en un même lieu. Autrement, une même perſonne auroit double impôt, contre les regles plus communes, & comme il ſe peut faire que le même tienne diverſes fermes, il ſe pourroit trouver cottiſé en divers rôles, & en diverſes paroiſſes. Ce qui lui ſeroit à charge, & pourroit cauſer de grands frais, & non-ſeulement, à cauſe des contraintes, mais encore parce que ce particulier ſe trouvant ſurchargé en ſes cottiſations particulieres, il lui faudroit former autant de procès qu'on lui auroit donné d'impôts.

D'autre part, on ne peut dire que l'impôt qui ſe donne aux fermiers ou métayers ne peut ſuivre la 4
regle des autres; & comme il n'eſt point permanent, mais caſuel, on ne peut pas auſſi le confondre. Tel eſt cottiſable aujourd'hui pour le profit qu'il fait en une ferme, qui ne le ſera pas l'année ſuivante, parce qu'il l'aura quittée. Il y a donc plus d'apparence de cottiſer le fermier, & de faire la cottiſation au lieu & principal manoir de la ferme, qu'au domicile de celui qui l'a. Ce domicile eſt changeant, & l'on ne peut ſe régler par lui, qu'on ne rende l'impôt vague. Au contraire, ſi c'eſt plûtôt le fermier que celui qui porte la ferme qu'on impoſe, l'impôt ſera toujours certain & en même endroit.

BIU Cujas

L'on impoſera toujours le fermier, & il faudra plûtôt s'enquérir de la perſonne pour le payement que pour la cottiſation. D'ailleurs, comme elle ſe fait pour ſoulager d'autant la charge que l'exemption des nobles cauſes, il eſt raiſonnable que le lieu qui ſouffre plus en ait le ſoulagement. Outre qu'il eſt plus commode, & pour la cottiſation, & pour le recouvrement, qu'il ſe faſſe au lieu de la ferme, que ſi elle ſe faiſoit ailleurs, à cauſe même que pluſieurs fermiers éviteroient cette charge, puiſqu'au lieu de leur domicile, on ne ſçauroit pas toujours qu'ils le fuſſent.

Nonobſtant ces raiſons, la cour ſemble avoir préjugé le contraire par l'arrêt qui ſuit, & cela a été obſervé en cette province juſqu'en l'année 1648; mais en l'année préſente 1649, il y a eu réglement contraire, & à préſent, l'on impoſe les fermiers & métayers au lieu de la ferme & de l'héritage, quoiqu'il ſoit impoſé ailleurs pour ſes biens propres.

Arrêt de la cour des aydes, portant que les contribuables aux tailles & à la ſubſiſtance, ſeront ſeulement taxés au lieu de leur demeure pour tous les biens, nonobſtant l'exploitation faite par leurs mains d'aucuns héritages ſitués en d'autres paroiſſes : avec condamnation aux habitans & collecteurs deſdites paroiſſes de rendre & reſtituer ce qu'ils ont reçû deſdits complaignans.

5 Vû par la cour le procès par écrit, conclu & reçu pour juger en icelle le 19 décembre 1642, entre Mathurin Beſnier, René Bigot, Antoine Girard, Julien Barbier, Ambroiſe Thibault & Jacques Barat, appellans d'une ſentence des élus du Mans, du 5 mai audit an, d'une part, & les manans & habitans de la paroiſſe de Roſſay-Fontaine, intimés: joint les appellations verbales interjettées par leſdits Beſgnier, Bigot, Girard, Barbier, Thibault & Jacques Beſnier, de deux autres ſentences du juge de Freſnay, pour le fait de la ſubſiſtance, des 26 avril & 26 juillet audit an 1642. Et encore autres appellations verbales interjettées par René Beſnier, d'une ſentence des élus du Mans, du 11 août audit an, d'une part, & leſdits habitans de Roiſſay, intimés: ſur leſquelles appellations les parties auroient été appointées au conſeil, à écrire par mêmes griefs & réponſes, & produire aux fins d'icelles dans huitaine pardevers ladite cour tout ce que bon leur ſembleroit pour leur être fait droit : Et encore leſdits Mathurin Beſnier, Bigot, Girard, Barbier, Barat & René Beſnier, appellans, tant des exécutions & ventes faites de leurs immeubles, & de tout ce qui s'en étoit enſuivi, que des taxes & impoſitions faites de leurs perſonnes au rôle des tailles de ladite paroiſſe de Roiſſay ès années 1641 & 1642, & ledit René Beſnier, demandeur en évocation du principal à ſon égard, pendant pardevant leſdits élus du Mans, en conſéquence de ſon appel de ladite ſentence du 11 août dernier, d'une part; & leſdits habitans de Roiſſay, intimés & défendeurs, d'autre. Et encore vu le même procès par écrit conclu & reçu pour juger en ladite cour, entre Guillaume Courtaugis, & Gilles Morineau, auſſi appellans de ladite ſentence des élus du Mans, dudit jour 4 mai 1642, d'une part, & leſdits habitans de ladite paroiſſe de Roiſſay, intimés, d'autre : joint auſſi les appellations verbales, interjettées par leſdits appellans des exécutions & ventes de leurs biens, & de tout ce qui s'en étoit enſuivi, ſur leſquelles appellations les parties auroient été pareillement appointées au conſeil, à écrire par mêmes griefs & réponſes, & produire aux fins d'icelles dans le tems de l'ordonnance : ladite concluſion du 20 mars dernier, jointe à celle ci-deſſus du 16 décembre 1642, ſur l'appel de la même ſentence, pour être ſur tout fait droit auſdites parties, conjointement ou ſéparément, ainſi que de raiſon, & ſauf à disjoindre : & encore entre Catherine Pinel, appellante d'une ſentence deſdits élus du Mans, du 16 octobre 1642, d'une part; & leſdits habitans de Roiſſay, demandeurs aux fins d'une commiſſion par eux obtenue en chancellerie, le 25 février dernier, à ce qu'il fût dit avec les défendeurs ci-après nommés, qu'en cas que ſur l'appellation deſdites ſentences, les particuliers, appellans d'icelles, fuſſent déchargés des condamnations portées par icelles, que les taxes deſdits particuliers, portées par les rôles des tailles des demandeurs ſeroient rejettées ſur leſdits défendeurs, avec les dépens par eux faits, tant en cauſe principale d'appel, qu'incident, d'une part : Et les manans & habitans des paroiſſes de Grandchamp & Colombiers, défendeurs, d'autre : Et encore leſdits habitans de Roiſſay, demandeurs en lettres par eux incidemment obtenues en chancelerie, le 26 juin dernier, pour articuler les faits y contenus, comme nouveaux, d'une part; & leſdits Mathurin & René Beſnier, leſdits Bigot, Girard, Thibault & Barat, défendeurs, d'autre : leſdites ſentences dont eſt appel, par la premiere dudit jour 5 mai 1642, leſdits élus du Mans auroient condamné leſdits Mathurin Beſnier, Girard, Barbier, Thibault & autres particuliers y dénommés, par leurs taxes en ladite paroiſſe de Roiſſay, pour les lieux & héritages qu'ils y faiſoient valoir à eux appartenans, & condamné aux dépens, & ordonné qu'ils y ſeroient taxés, tant qu'ils feroient valoir leſdits héritages. Et pour leſdits Bigot, Courtaugis, Morineau & autres particuliers y dénommés, qu'ils ſeroient tenus dans la fin de l'année, affermer les lieux qu'ils avoient en ladite paroiſſe, & y mettre colons; & à faute de ce faire, qu'ils y ſeroient taxés & impoſés pour la détention qu'ils faiſoient deſdits lieux, ſans dépens entr'eux, fors le coût de ladite ſentence, & du procès verbal de Montrée deſdits lieux, où ils contribueroient pour leur part, & pour le reſte avec chacun des condamnés. Par les deux & troiſieme deſdites ſentences pour le fait de la ſubſiſtance, ledit juge de Freſnay auroit débouté leſdits Girard, René Beſnier, Thibault & Jacques Beſniers, condamnés aux dépens envers les collecteurs dudit Roiſſay modérés à ſeize livres : & leſdits Beſnier, Thibault & Barbier, condamnés aux dépens à leur égard, & ordonné qu'il ſeroit paſſé outre à la vente des meubles exécutés, pour être les collecteurs payés de leurs cottes de ladite ſubſiſtance de l'année derniere de ladite paroiſſe de Roiſſay, leſquelles cottes leſdits oppoſans paſſeroient juſqu'à ce qu'il y eût été pourvu, à la décharge deſdits habitans, ſuivant l'édit de 1634. Par la quatrieme deſdites ſentences dudit jour 11 août dernier, acte auroit été donné de ce que leſdits habitans de Grandchamp auroient pris la cauſe dudit Reſnier Beſnier, comme leur habitant : & au principal, après que leſdits habitans de Roiſſay auroient remontré que ledit Beſnier exploitoit par ſes mains en leur paroiſſe le lieu de Vauls, de valeur de quatre-ving-dix livres de rente par chacun an; partant, qu'il y avoit été bien taxé, & que ledit Beſnier auroit dit y avoir quatre ans qu'il étoit demeurant en ladite paroiſſe de Granchamp, où il étoit taxé pour tous ſes biens; que de vérité

il

BIU Cujas

il avoit en ladite paroiſſe de Roiſſay une vieille maſure, & cinq journaux de terre en landes, qu'il n'avoit pas affermés pour ne rapporter la ſemence : les parties auroient été appointées contraires à écrire, chacun leurs fins par interdit, informer de leurs faits, fournir de reproches & ſalvations, & produire de huitaine en huitaine, pour leurs enquêtes rapportées leur être fait droit, & cependant par proviſion, ledit Beſnier condamné payer ſes taxes en ladite paroiſſe de Roiſſay : & par la cinquieme & derniere deſdites ſentences du 6 octobre dernier, leſdits élus du Mans auroient condamné ladite Pinel payer les taxes èſquelles ledit Mathurin Beſnier avoit été taxé en ladite paroiſſe de Roiſſay, ſauf à elle ſon recours contre lui, ainſi qu'elle verroit bon être, dépens réſervés, griefs & cauſes d'appel deſdits Mathurin, Jacques & René Beſnier, deſdits Bigot, Girard, Barbier, Thibault & Barat, ſur toutes leurs apppellations; réponſes deſdits habitans de Roiſſay : productions deſdites parties ſur leurs appellations verbales; arrêt du 20 février 1643, par lequel, ſur l'appel deſdits Mathurin Beſnier, Bigot, Girard, Barbier, Thibaut & Barat des exécutions & ventes de leurs biens, & taxes de leurs perſonnes, aux tailles & ſubſiſtance de ladite paroiſſe de Roiſſay èſdites années 1641 & 1642, & évocation du principal à l'égard dudit René Beſnier : les parties ſur ledit appel auroient été appointées au conſeil, ledit principal évoqué, & ſur icelui les parties appointées en droit & joint au procès : cauſes d'appel, réponſes & productions deſdites parties, tant ſur ledit appel, que principal évoqué : requête d'emploi de contredits deſdits appellans ſur les productions deſdites appellations verbales : contredits deſdits habitans de Roiſſay, ſuivant l'arrêt du 17 mars 1643; griefs deſdits Courtaugis & Morineau, ſur leur appel de ladite ſentence du 5 mai 1642 : requête d'emploi de réponſes deſdits habitans de Roiſſay, productions des parties ſur leſdites appellations verbales deſdits Courtaugis & Morineau. Autre arrêt de ladite cour du 22 mai 1643, par lequel, ſur l'appel de ladite Pinel de ladite ſentence du 6 octobre dernier, à l'égard deſdits habitans de Roiſſay, les parties auroient été appointées au conſeil, à écrire & produire dans trois jours, & joint au procès par écrit; requête d'emploi de ladite Pinel, pour cauſes & moyens de ſon appel : autre requête deſdits habitans d'emploi & de réponſes : productions deſdites parties ſur ledit appointé au conſeil : appointement du 12 juin 1643, ſur la demande deſdits habitans de Roiſſay, contre leſdits habitans de Grandchamp & Colombiers, par lequel, ſur leurs demandes & défenſes, les parties auroient été appointées en droit à écrire par avertiſſement, & produire pardevers ladite cour dans le tems de l'ordonnance, & joint au procès pour en jugeant être fait droit ſur le tout, conjointement ou ſéparément, ainſi que de raiſon : productions deſdites parties ſur ladite demande; autre arrêt du 3 juillet 1643, par lequel, ſur leſdites lettres de faits nouveaux, leſdites parties auroient été appointées à mettre dans le jour, & joint, & acte à eux donné de ce qu'ils auroient reſpectivement employé pour toutes écritures & productions ſur ledit appointé à mettre, ce qui avoit été par eux écrit & produit au procès, & pareillement donné acte de la déclaration deſdits Beſnier & conſors, appellans de ce qu'ils n'avoient entendu interjetter aucun appel pour la préſente année 1643. Tout conſidéré :

La cour, ſans s'arrêter aux lettres, & ſans dépens de l'incident, a mis & met les appellations & ſentences deſquelles a été appellé au néant, émendant & corrigeant; & faiſant droit ſur le principal évoqué, a ordonné & ordonne que les appellans ſeront rayés & biffés des rôles des tailles & ſubſiſtance de ladite paroiſſe de Roiſſay, pour les années 1641 & 1642, dont eſt queſtion, ce faiſant, a fait main-levée à ladite Pinel des fruits ſur elle ſaiſis, qui lui ſeront rendus & reſtitués par leſdits habitans de Roiſſay, enſemble les deniers que leſdits appellans ont été contraints leur payer, & les biens meubles ſur eux ſaiſis, s'ils ſont en nature, ſinon, la juſte valeur & eſtimation, au dire de gens à ce connoiſſans, dont les parties conviendront pardevant les élus des lieux; & à faute d'en convenir, en ſera pris & nommé d'office : fait défenſes auſdits habitans de Roiſſay, de plus taxer leſdits appellans aux rôles de leurs tailles & ſubſiſtance, tant qu'ils ne ſeront leurs habitans : ordonne qu'ils ſeront taxés & impoſés ès paroiſſes de leur demeure, pour tous leurs biens & facultés, condamné leſdits intimés aux deux tiers des dépens des cauſes principales & d'appel, & dudit principal évoqué envers leſdits appellans, chacun à leur égard; l'autre tiers compenſé, a renvoyé & renvoye leſdits habitans de Grandchamp & Colombiers quittes & abſous des demandes, fins & concluſions contr'eux priſes par leſdits habitans de Roiſſay, & les a condamné ès dépens de l'inſtance, pour ce regard liquidés à la ſomme de ving-quatre livres pariſis : enjoint aux élus du Mans, procédans aux départemens des tailles, diminuer les paroiſſes qui ſe trouveront avoir reçu pertes ou non valeur, & diminutions d'habitans, & de juger les procès qui interviendront en telles matieres, ſuivant les édits, ordonnances, arrêts & réglemens de la cour, leur fait défenſes d'ordonner à l'avenir des deſcentes ſur les lieux èſdites matieres, à peine des dépens, dommages & intérêts des parties : ordonne que le préſent arrêt ſera publié aux prônes deſdites paroiſſes de Roiſſay, Grandchamp & Colombiers, à ce que perſonne n'en prétende cauſe d'ignorance. Prononcé le 14 dudit mois de juillet 1643. *Signé*, BOUCHER.

Extrait des regiſtres de la cour des aydes.

Entre Jean Mary, appellant des ſentences contre 6
lui données par les élus de Châteaugontier le 14 août, 30 octobre mil ſix cent quarate-quatre, appellant & demandeur au principal évoqué par arrêt du 29 avril enſuivant, d'une part; & les manans & habitans de Coſme, & Mathurin Aubry, aſſeſſeurs & collecteurs dudit lieu, de l'an 1643, intimés & défendeurs au principal. Vû par la cour les ſentences dont eſt appel, par la premiere deſquelles, les parties ſur leurs conteſtations, auroient été appointées à écrire & produire; & cependant, par proviſion, ledit Mary condamné payer audit Aubry les taxes auſquelles il avoit été impoſé ès rôles des tailles de la paroiſſe de Coſme, nonobſtant l'oppoſition par lui formée, en l'exécution faite en ſes beſtiaux, & autres oppoſitions & appellations quelconques; autrement, & à faute de ce, l'exécution encommencée ſeroit parachevée, & les beſtiaux exécutés vendus, pour, des deniers en provenans, être ledit Aubry payé tant en principal, que dépens. Arrêts de la cour des 7, 29 & 29 avril 1644, par leſquels, ſur leſdites appellations, les parties auroient été appointées au conſeil : bailleroit l'appellant ſes cauſes & moyens d'appel dans huitaine; les intimés, leurs réponſes huitaine après, produiroient à la huitaine enſuivant tout ce que bon leur ſembleroit, pour leut être fait droit, ainſi que de

BIU Cujas

raiſon, & ſur le principal évoqué leſdites parties à ouir droit comme devant, & joint auſdites cauſes d'appel pour l'appellant : requête, emploi de réponſes dudit Aubry ; forcluſions d'en fournir par les habitans : productions des parties ; requête employée pour contredits par leſdits Mary & Aubry, ſuivant le réglement des élus dont eſt appel : forcluſions d'en fournir par leſdits habitans. Tout conſidéré : La cour a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant, en émendant, & faiſant droit audit principal, a ordonné & ordonne que ledit Mary ſera rayé & biffé des rôles deſdites tailles & autres ſubſides à la paroiſſe de Coſme, ce qu'il a été contraint de payer lui ſera rendu & reſtitué. Fait défenſes auſdits habitans de le comprendre à l'avenir en leurs rôles, tant qu'il ne ſera pas leur habitant : condamne iceux habitans & Aubry en tous les dépens. Prononcé le 26 ſeptembre 1644. *Signé*, BAUSSAN.

OBSERVATIONS.

Si une même perſonne peut être impoſée à la taille en deux différentes paroiſſes ou élections.

DAns cette queſtion & les deux ſuivantes, l'auteur parle de la taille dûe au roi, dans celle-ci il établit, que les fermiers qui exploitent des fermes en différentes paroiſſes, ou qui ont des héritages à eux appartenans dans une autre paroiſſe, doivent être impoſés dans les lieux où les fermes ſont ſituées, & dans ceux où ils ont leurs biens, ou font leur domicile.

7 Mais il n'en eſt pas de même, lorſque c'eſt un particulier qui poſſéde des biens en différentes paroiſſes, il ne peut être impoſé que dans celle où il a ſon domicile, ſuivant deux arrêts rendus en la cour des aides de Paris, rapportés par l'auteur dans ce tom. 2, liv. 4, queſt. 144.

8 Il faut dire la même choſe des différentes élections que des différentes paroiſſes ; cela a été ainſi jugé par arrêt de la cour des aides, dans un procès où j'avois écrit pour un particulieur demeurant ſur les confins du Lyonnois & du Forêts.

DES TAILLES.

QUESTION QUATREVINGT-NEUVIEME.

Sommaire de cette queſtion.

1. *Juſqu'à quel âge les mineurs jouiſſent de l'exemption de la taille.*
2. *La cour des aides juge qu'ils en ſont exempts juſqu'à vingt-cinq ans.*
3. *Les arrêts du conſeil ont reſtraint ce privilége à l'âge de dix-huit ans.*
4. *Avis de l'auteur, pour reſtraindre l'exemption des mineurs à dix-huit ans.*
5. *Remontrances au roi, du ſyndic de Forêts, pour faire reſtraindre l'exemption des mineurs à dix-huit ans.*
6. *Arrêt interlocutoire du conſeil des Finances du 13 Décembre 1607.*
7. *Arrêt du 21 février 1609, qui reſtraint l'exemption des mineurs à dix-huit ans, & déclare les nobles exempts de la taille, & qui y ſoumet les eccléſiaſtiques non nobles.*
8. *Déclaration du roi du même jour, conforme à l'arrêt ci-deſſus.*
9. *Arrêt d'enregiſtrement, portant que pour les eccléſiaſtiques non nobles, remontrances ſeront faites au roi.*
10. *Requête au roi par les agens du clergé, pour avoir un délai pour avertir les eccléſiaſtiques de la province.*
11. *Requête du ſyndic du tiers-état de Forêts, ſervant de réponſe à celle des agens du clergé.*
12. *Arrêt du conſeil, du 24 octobre 1609, qui accorde deux mois aux agens du clergé, pour avertir les eccléſiaſtiques de la province.*
13. *Arrêt de la cour des aides du 7 mars 1646, qui fait défenſes d'impoſer les mineurs à la taille, avant l'âge de 25 ans.*
14. *A préſent dans les provinces du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, les mineurs ne jouiſſent de l'exemption des tailles que juſqu'à l'âge de 18 ans.*
15. *Par l'édit de 1667, les gentils-hommes*

BIU Cujas

ne ſont exempts de payer la taille, que pour une ſeule terre de l'exploitation de quatre charrues.

16. *Suivant le même édit, tous les eccléſiaſtiques ſont exempts de payer la taille pour les biens de l'égliſe, & pour les biens à eux échus en ligne directe, juſqu'à concurrence de 4 charrues.*

17. *Les officiers de la maiſon du roi employés ſur l'état, jouiſſent de l'exemption de la taille pour deux charrues.*

18. *Les ſecrétaires du roi, les officiers des cours ſouveraines, & ceux des préſidiaux & bailliages, jouiſſent de l'exemption de la taille.*

QUESTION LXXXIX.

De l'exemption des mineurs pour la taille, & ſi elle s'étend juſqu'à vingt-cinq ans.

MONSIEUR le Bret, au 41 de ſes plaidoyers ou actions publiques, lorſqu'il étoit avocat général en la cour des aides, traite notre queſtion, & l'arrêt qu'il cotte a été donné pour un habitant de Monbriſon, ſur un appel de la ſentence des élus de Forêts : de ſorte que cet arrêt ayant été donné par forme de réglement commun à cette province, nous n'agiterions pas le même point, s'il n'y avoit rien eu de nouveau.

1 Mais le lecteur remarquera que cette exemption des mineurs préjugée par ledit arrêt, ayant été reconnue trop étendue, les ſyndics du pays en auroient réclamé ; & s'étant pourvus au conſeil de ſa majeſté, auroient fait réduire ce privilége juſqu'à l'âge de dix-huit ans.

C'eſt ce qui a été ſuivi longues années, & de notre tems les mineurs ſe ſont contentés de jouir de l'exemption juſques audit âge de dix-huit ans.

2 Mais depuis quelques-uns l'ayant voulu étendre juſques à 25, ans, la cour des aydes ne voulant pas ſe relâcher de ſes premieres regles, l'a ainſi ordonné par divers arrêts, donnés pour des perſonnes de cette province, auſquels pourtant les élus ont fait refus de s'arrêter, ne voulant pas changer l'uſage, & jugeant d'ailleurs que ce temperamment étoit néceſſaire & avantageux au public. C'eſt ce qui a cauſé beaucoup de procès, les uns obtenant de la cour des aydes défenſes de les impoſer juſques à ce qu'ils auroient vingt-cinq aus, & les autres tâchant d'avoir du conſeil des défen-

3 ſes d'exécuter les arrêts de ladite cour : De ſorte qu'à preſent la queſtion n'eſt pas encore bien réſolue, & ſemble néceſſaire que ſa majeſté faſſe pour cela quelque déclaration particuliere, après laquelle on ſçache à quoi ſe tenir.

Que s'il faut ouvrir notre ſentiment ſur ce point,

4 nous croyons que comme les extrémités ſont vicieuſes, le milieu eſt toujours plus équitable. Il ſeroit rude qu'un mineur payât la taille, & que n'ayant point d'induſtrie, & le bas âge lui cauſant beaucoup de frais, la charge des tailles achevât d'emporter ſes revenus. Mais auſſi ce ſeroit trop que le mineur qui le plus ſouvent eſt délaiſſé pupille, jouit de ce bénéfice juſqu'à vingt-cinq ans : il faut donc y apporter quelque modération, & en donnant l'exemption aux mineurs, la reſtraindre juſques à l'âge de dix-huit ans. C'eſt parce qu'en cet âge le mineur commence à ſe connoître, & qu'il a d'ailleurs eſſuyé les frais de la tutelle ; enfin c'eſt parce qu'il commence à travailler, & qu'il peut gagner ſa vie ; auſſi l'âge de 18 ans, eſt un commencement de majorité, & en quelques endroits elle ſe regle par lui : auſſi quoique par le droit Romain, les mineurs fuſſent exempts des charges perſonnelles, ſi eſt-ce que l'empereur Valentinien en la loi ſeconde du titre *de cenſu*, au code Theodoſien, avoit reſtraint ce privilege juſqu'à l'âge de vingt-ans. *Item pupillos in virili ſexu, uſque ad 20, ab hujuſmodi functione immunes eſſe debere decernimus.* Et auparavant le juriſconſulte Ulpien, *in lege 3, ff. de cenſibus*, avoit dit *ætatem in cenſendo conſiderare neceſſe eſt, quia quibuſdam ætas tribuit ne tributo onerentur, veluti in Siriis à quatuordecim annis maſculi, à duodecim fœminæ tributo capitis obligantur.* Ce qui fait voir que l'exemption n'étoit point générale, & qu'on la retranchoit à meſure que l'âge s'avançoit. C'eſt donc aſſez qu'une paroiſſe porte la taille d'un mineur quelques années, & il n'eſt pas raiſonnable qu'elle en ſoit plus long-tems chargée, c'eſt une ſurcharge fâcheuſe à ceux qui déja en portent trop, & elle n'eſt pas ſi petite que les cottes des mineurs de cette province ne faſſent quelques années le quart ou le quint de l'impôt général. Il eſt vrai que *favores ampliantur, odio reſtringuntur* ; mais en cela il y a du mêlange : car ſi la choſe eſt favorable aux mineurs, elle eſt odieuſe pour les autres ſur qui la charge retombe. En un mot, c'eſt un privilege, & comme tout privilege traîne quelque préjudice, il eſt bien bon de le réduire.

Attendant un réglement certain pour cela, nous avons jugé à propos d'inſérer ici l'arrêt du conſeil privé, dont nous avons fait mention, enſemble les remontrances ſur leſquelles il fut rendu, & l'un des arrêts que la cour des aides a depuis donné en faveur des mineurs, & pour leur exemption juſques à l'âge de 25, ans.

Le roi & noſſeigneurs de ſon conſeil, ſont très-humblement ſuppliés, en rendant droit à la requête des habitans de la généralité des pays de Forêts, Lyonnois & Beaujolois, de vouloir conſidérer ſur ce qui eſt de la contribution des mineurs :

Que ni le droit écrit, ni l'ordonnance, ni la 5
coutume n'ont jamais défendu d'impoſer les mineurs ; au contraire, les ont toujours rendus contribuables.

En l'antiquité Romaine, Camillus au tems de ſa cenſure, fit deux choſes dignes de remarque : l'une louable, lorſqu'il ordonna & même contraignit les jeunes hommes d'épouſer les jeunes veuves : l'autre néceſſaire, quand il mit les enfans orphelins à la taille, dit Plutarque, qui auparavant lui n'avoient jamais été contribuables.

Cette conſtitution & police fut depuis ſuivie par les empereurs Romains, qui à la vérité libérerent les mineurs de charges perſonnelles, comme étant cet âge incapable de l'exercice & fonction d'icelles, mais non pas des charges réelles & patrimoniales : recours à la loi, *leg. etiam minores, C. de muneribus patrimoniorum.*

BIU Cujas

Quant aux ordonnances de nos rois, les ſeuls écoliers actuellement étudians ès colleges ou univerſités approuvées, ſont exempts de contribuer aux tailles: mais c'eſt par privilege des études, tant & ſi longuement qu'ils ſeront de cette qualité, mais nullement en faveur de la minorité, recours à l'ordonnance. *Incluſio unius eſt excluſio alterius.*

Pour les coutumes municipales, nous n'avons point d'article qui privilégie les mineurs du payement de la Taille.

Et de fait, nous n'avons aucuns jugemens des juges provinciaux, châtelains ou autres, qui faiſoient anciennement le département des tailles auparavant la création des élus, qui témoignent aucune exemption des tailles en faveur deſdits mineurs: Nul arrêt des cours de parlement qui connoiſſoient par appel de leurs jugemens, auparavant l'érection de la cour des aydes de Paris.

Laquelle depuis quelques années en ça, les a ainſi voulu favorablement traiter, ſans conſidération des divers tems & degrés de la minorité, & néceſſité des affaires du roi & de ſon état: les déchargeant de toutes ſortes de tailles ordinaires & extraordinaires, perſonnelles, réelles & patrimoniales, leſdits pays non ouis, avec reſtitution de deniers, & dépens des inſtances pour ce intentées contre l'ancien ordre & établiſſement deſdits pays, qui vivent ſous le droit Romain, par la permiſſion de nos rois.

L'exécution deſquels arrêts donnés par ladite cour des aydes de Paris, a tellement remué l'ancien ordre, & repos deſdits pays, que mille procès s'en ſont ſuſcités, tant pour continuer la décharge des tailles, que la reſtitution des deniers payés par eux,

De ſorte que leſdits pays ont été contraints & comme violentés de recourir à votre majeſté, afin de la ſupplier très-humblement de vouloir conſerver leſdits pays en l'ordre accoutumé; ce faiſant qu'il leur ſoit permis de continuer à impoſer leſdits mineurs, ayant atteint l'âge de pleine puberté.

Leur requête & ſupplication très-humble, fondée ſur l'ancien droit Ramain, & coutume obſervée èſdits pays, de les impoſer conformément aux autres provinces voiſines, même d'Auvergne & cour des aydes de Monferrant: joint la néceſſité publique, la ſurcharge deſdites tailles, retranchemens & aſſoupiſſemens des procès ſurvenus en exécution des arrêts de ladite cour des aydes de Paris; qui ont mis leſdits pays en tel trouble, déſordres, & confuſion, par cette nouvelleté d'arrêts donnés, leſdits pays non ouis, que tous leſdits pays ſont pleins de procès, recherches, frais & dépenſes, qu'ils ſont contraints faire à cent lieues loin deſdits pays, & qui enfin avec les autres privileges rendront leſdits pays en deniers de non valeur.

L'intention deſdits pays n'a jamais été d'impoſer en leurs rôles & chartreaux les impuberes, ni même les puberes ou leurs fermiers, qu'ils n'euſſent atteint l'âge de pleine puberté. Mais après ce tems, ils ont toujours impoſé leſdits mineurs, & non leurſdits fermiers: parce qu'après la pleine puberté on voit leſdits mineurs coutumiérement empoigner l'adminiſtration de leurs biens, pourſuivre en leur nom, aſſiſtés d'un curateur pour la forme, les droits de l'hoirie, obtenir lettres de diſpenſes d'âge, gérer & négocier toutes ſortes d'affaires, comme peres de famille, même diſtribuer leur entretenement à leurs freres & ſœurs.

Ce qui eſt bien plus favorablement les traiter, que de vouloir cottiſer les fermiers des mineurs, ſous quelque tems & âge qu'ils ſoient d'enfance & de ſimple puberté; parce qu'il ne ſe trouvera jamais qu'aucuns fermiers d'eux ſe veulent obliger à quelque payement de tailles que ce ſoit, ſinon qu'avec une grande diminution du prix de la ferme du bien deſdits mineurs: là où par l'obſervation accoutumée deſdits pays, eux & leurs fermiers ſont tenus pour privilégiés & exempts de toutes tailles, juſques à l'âge de pleine puberté: & ſi autres avis étoient ſuivis, leſdits pays eſtiment, ſous correction, que la condition deſdits mineurs ſeroit beaucoup altérée & affoiblie.

Les ſupplians ci-devant mineurs, qui ont contribué ès tailles de leurs tems, & maintenant peres, n'ont jamais eſtimé que ce fût le bien de leurs enfans mineurs, que de jouir de ladite exemption, au préjudice des autres maiſons & familles, qui par une converſion de tems, ne pourront ſouffrir cette exemption à l'avenir, & altérer l'ancien ordre.

A ces cauſes, ſupplient très-humblement leſd. pays, Sa Majeſté, & noſdites ſeigneur de ſon conſeil, d'ordonner que leſd. mineurs arrivés en l'âge de pleine puberté, ſeront continués à être impoſés en leurs rôles & chartreaux, ſuivant l'ancienne obſervance deſdits pays, néceſſité publique & pauvreté du ſurplus des taillables, qui ſont ſans eſpérance de pouvoir continuer à ſupporter la cotte d'infinis privilégiés, & deniers de non valeur de leurs paroiſſes, & par celles, frais & dépenſes, qui leur vient à ſouffrir en l'exécution des arrêts de ladite cour des aydes, & reſtitution des deniers demandés par leſdits mineurs: & les ſupplians, Sire, prieront Dieu pour votre proſpérité & ſanté. *Signé*, Bochetal, ſyndic de Forêts.

Extrait des regiſtres du conſeil d'état.

Sur la requête preſentée au roi en ſon conſeil 6
par Jacques Bochetal, ſyndic des habitans du tiers état du pays de Forêts, & par les gens du tiers état du pays de Beaujolois & les ſyndics du plat pays de Lyonnois, tendant, pour les conſidérations y contenues, à ce qu'il plût au roi ordonner, que les nobles acquérans biens roturiers, ſeront tenus les bailler à ferme; & à faute de ce faire, contraints payer la taille. Que les eccléſiaſtiques ſoient auſſi impoſés auſdites tailles, pour les biens qui ne ſont du patrimoine de l'Egliſe, & que les mineurs qui auront atteint l'âge de puberté ſoient cottiſés aux tailles comme les autres, à proportion de leurs biens & facultés, ſuivant l'ancienne coutume de tout tems obſervée auſdits pays, ou que les veuves des défunts curateurs & biens tenans, ſeront impoſés pour leſdits biens, ſans que les ſupplians ſoient tenus à aucune reſtitution du paſſé, nonobſtant les arrêts donnés en la cour des aydes à Paris. Et pour obvier aux fraudes & abus qui ſe commettent journellement par ceux qui tiennent héritages, & ont leur domicile ailleurs pour ſe libérer du payement deſdites tailles, ordonner que le vingt-unieme art. de l'édit fait pour le réglement d'icelles, ſera exécuté tant ès lieux où les tailles ſont perſonnelles & mixtes, qu'ès provinces où elles ſont réelles. Vû les avis donnés au roi, tant par les tréſoriers généraux de France à Lyon, que depuis par les avocats & procureurs généraux de Sa Majeſté en la cour des aydes, le renvoi à eux fait de ladite requête: Le roi en ſon conſeil, a ordonné & ordonne, que le ſieur de Montholon, maître des requêtes ordinaire de l'hôtel, & intendant de la juſtice à Lyon, avec les tréſoriers généraux de France andit Lyon, enſemblement, & les élus des pays de Forêts, Lyonnois & Beaujolois, chacun en ſon élection, donneront avis à Sa Majeſté ſur le contenu en ladite

BIU Cujas

requêre pour icelui vu, être pourvu aux ſupplians, & cependant ſurſéoiront toutes pourſuites faites en la cour des aydes par les mineurs, contre les habitans des paroiſſes deſdits pays, pour le rembourſement de leurs taxes, enſemble toutes contraintes & exécutions contre leſdits habitans, pour ce regard, en vertu des arrêts de ladite cour. Fait au conſeil d'état du roi, tenu à Paris le 13 décembre 1607. *Signé* par collation, MEILLAND.

ARRÊT.

7 HENRI, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux conſeillers; le ſieur de Montholon, maître des requêtes ordinaire de notre hôtel, & intendant de la juſtice en notre ville de Lyon, tréſoriers généraux de France audit Lyon, & aux élus de nos pays de Forêts, Lyonnois & Beaujolois : Salut. En ſuivant l'arrêt ci-attaché ſous le contre-ſcel de notre chancellerie, ce jourd'hui donné en notre conſeil d'état, ſur la requête à nous préſentée en icelui, par notre bien-amé Jacques Bochetal, ſyndic des habitans du tiers état de notre pays de Forêts, & par les gens du tiers état de notre pays de Beaujolois, & les ſyndics de notre plat-pays de Lyonnois, Nous vous mandons & enjoignons par ces préſentes, que ſur le contenu en ladite requête, auſſi ci-attachée, vous, ſieur de Montholon, avec leſdits tréſoriers généraux de France, tous enſemble, ayez à Nous donner & envoyer votre avis, comme auſſi noſdits élus, chacun en votre élection, pour, leſdits avis rapportés & vus en notre conſeil, être par Nous pourvu aux ſupplians, ainſi que de raiſon. Et cependant Nous avons ſurſis toutes pourſuites faites en notre cour des aydes par les mineurs, contre les habitans des paroiſſes deſdits pays, pour le rembourſement de leurs taxes & cottiſations à nos tailles, enſemble toutes contraintes & exécutions contre leſdits habitans pour ce regard, en vertu des arrêts de notredite cour des aydes, & à cette fin, voulons ces préſentes être ſignifiées auſdits mineurs & à tous autres qu'il appartiendra par le premier notre huiſſier ou ſergent que à ce faire commettons. De ce faire vous donnons pouvoir, autorité, commiſſion & mandement ſpécial; car tel eſt notre plaiſir. Donné à Paris le treizieme jour de décembre, l'an de grace mil ſix cent ſept, & de notre regne le dix-neuvieme. Par le roi en ſon conſeil, Meilland.

Attache de l'intendant.

Guillaume de Montholon, conſeiller du roi, & maître des requêtes ordinaire de ſon hôtel, ſurintendant de la juſtice & police en la ville de Lyon, pays de Lyonnois, Forêts, Beaujolois : Sçavoir faiſons que nous ayant été préſenté par Jacques Bochetal, procureur ſyndic du tiers état du pays de Forêts, l'arrêt donné au conſeil de Sa Majeſté le 13 décembre 1607, avons, ſuivant la requête à nous préſentée par ledit Bochetal, ordonné que les copies dudit arrêt, dont l'original eſt demeuré pardevers nous, ſeront envoyées aux élus deſdites provinces de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, & autres qu'il appartiendra, afin de faire jouir les habitans d'icelles du fruit & effet d'icelui, attendans que ſur l'avis qui ſera par nous donné à Sa Majeſté, enſemblement avec les ſieurs tréſoriers généraux de France en ladite généralité de Lyon, & leſdits élus, ſoit pourvu par icelle & donné un réglement général, ordonnant que foi ſoit ajoutée auſdites copies, ſignées de Jacques Briſſet, à ce par nous commis, comme au propre original. Fait à Lyon le 4 février 1608. *Signé*, de Montholon.

Extrait des regiſtres du conſeil d'état.

Vu par le roi en ſon conſeil, la requête préſen- 8
tée à Sa Majeſté par Jacques Bochetal, ſyndic des habitans du tiers états du pays de Forêts, & par les gens du tiers état du pays de Beaujolois, & les ſyndics du plat-pays de Lyonnois, tendante, pour les conſidérations y contenues, à ce qu'il plût à Sa Majeſté ordonner que les nobles, acquérans biens roturiers, ſeront tenus les bailler à ferme, & à faute de ce faire, contraints de payer la taille : que les eccléſiaſtiques ſoient auſſi impoſés auſdites tailles, pour les biens qui ne ſont du patrimoine de l'égliſe; & que les mineurs qui auront atteint l'âge de puberté ſoient cottiſés aux tailles comme les autres, à proportion de leurs biens & facultés, ſuivant l'ancienne coutume, de tout tems obſervée audit pays; & que les veuves des défunts, curateurs, fermiers & bien-tenans, ſeront impoſés, pour leſdits biens, ſans que les ſupplians ſoient tenus à aucune reſtitution du paſſé, nonobſtant les arrêts donnés en la cour des aydes à Paris. Et pour obvier aux fraudes & abus qui ſe commettent journellement par ceux qui tiennent des héritages, & ont leur domicile ailleurs, pour ſe libérer du payement deſdites tailles, ordonner que le ving-unieme article de l'édit, fait pour le réglement d'icelles, ſera exécuté, tant ès lieux où les tailles ſont perſonnelles, & mixtes, qu'ès provinces où elles ſont réelles : Arrêt donné audit conſeil le treizieme jour de décembre 1607, par lequel Sadite Majeſté auroit ordonné que le ſieur de Montholon, maître des requêtes ordinaire de ſon hôtel, & intendant de la juſtice de Lyon, avec les tréſoriers généraux de France audit Lyon enſemblement : & les élus des pays de Forêts, Lyonnois & Beaujolois, chacun en ſon élection, donneroient avis à Sa Majeſté ſur le contenu en ladite requête, pour icelui vu, être pourvu aux ſupplians : l'avis ſur ce dudit ſieur de Montholon & des tréſoriers généraux de France, du trentieme jour d'avril dernier : autres avis particulierement donnés par les élus de Lyonois, Forêts & Beaujolois des 27 mars dernier, 18 & 22 dudit mois d'avril : édit & réglement général fait par le roi au mois de mars 1600, ſur le fait des tailles : autre avis des avocats & procureurs généraux de la cour des aydes à Paris : Un rôle & département des tailles de la ville de Montbriſon, fait en l'année 1518, auquel les mineurs ſont compris & cottiſés : Le roi en ſon conſeil, a ordonné & ordonne que les nobles dudit pays de Lyonnois, Forêts & Beaujolois demeureront exempts de toutes tailles & impoſitions pour tous les biens qu'ils poſſedent, tant nobles, que roturiers; ſans qu'ils ſoient tenus les bailler à ferme, & où ils les donneroient à ferme, que leurs fermiers ſeront impoſés aux tailles pour le profit qu'ils poutroient faire èſdites fermes, conformément à l'article 18 du réglement des tailles de l'année 1599, & article dix-neuf dudit édit du mois de mars 1600 : que les eccléſiaſtiques non nobles ſeront compris èſdites tailles, pour le regard de leur patrimoine, & tous les biens qu'ils poſſedent en roture, autres que ceux de l'égliſe : que les mineurs qui auront atteint l'âge de dix-huit ans ſeront auſſi compris èſdites tailles, à raiſon de leurs biens : Comme auſſi les officiers de Sa Majeſté, de la reine, & autres princes, s'ils ne ſont employés ès états envoyés à la cour des aydes, & ne ſervent actuellement un quartier par chacune

BIU Cujas

année. Fait au conſeil d'état du roi, tenu à Paris le ving-unieme jour de février 1609. Collationné, Lhuillier.

ARRÊT.

9 HENRI, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux conſeillers, les gens tenans notre cour des aydes à Paris, tréſoriers généraux de France à Lyon, & aux élus des élections de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, & à chacun d'eux en droit ſoi : Salut. Pour réſoudre pluſieurs difficultés qui ſe préſentent journellement ès cottiſations des deniers de nos tailles, en noſdits pays de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, & aſſoupir pluſieurs procès & différends qui naiſſent à cauſe de ce entre nos ſujets deſdits pays, nous avons, ſur la requête des ſyndics des habitans du tiers état dudit pays de Forêts, des gens du tiers état dudit pays de Beaujolois, & des ſyndics du plat-pays de Lyonnois : Après avoir vu les avis de vous, tréſoriers généraux de France, de nos avocats & procureurs généraux en notredite cour, & de vous, élus deſdites élections, donné en notre conſeil d'état l'arrêt ci-attaché ſous le contre ſcel de notredite chancellerie, lequel nous voulons être dorénavant ſuivi, gardé & entretenu en l'aſſiette & impoſition des deniers de nos tailles. A ces cauſes, nous vous mandons & expreſſément enjoignons par ces préſentes, que vous ayez à faire regiſtrer notredit arrêt, & le contenu d'icelui faire garder, obſerver & entretenir de point en point, ſelon ſa forme & teneur, ſans ſouffrir ni permettre qu'il y ſoit contrevenu en quelque ſorte & maniere que ce ſoit, contraignant & faiſant contraindre les ſujets de notredit pays de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, qu'il appartiendra à y obéir; & faiſant comprendre aux cottiſations des deniers de nos tailles & contraindre au payement de leurs cottes ceux qui ſe trouveront de la qualité portée & mentionnée en notredit arrêt, nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques, pour leſquelles, & ſans préjudice d'icelles, ne voulons être différé. Car tel eſt notre plaiſir, nonobſtant quelconques autres lettres, réglemens & défenſes à ce contraire, auſquelles Nous avons, pour ce regard, & ſans y préjudicier en autres choſes, dérogé & dérogeons par ceſdites préſentes. Donné à Paris le vingt-unieme jour de février, l'an de grace 1609, & de notre regne le vingt, par le roi en ſon conſeil, Lhuillier; & ſcellé du grand ſceau de cire jaune. Regiſtrées en la cour des aydes, oui le procureur général du roi, pour être exécutées ſelon leur forme & teneur, fors & réſervé pour le fait des eccléſiaſtiques non nobles, ſur lequel, avant qu'y faire droit, ſeront faites très humbles remontrances à Sa Majeſté. A Paris le troiſieme jour de juin, l'an mil ſix cent neuf. *Signé*, Marandé.

Requêtes des agens généraux du clergé.

AU ROI,

Et à noſſeigneurs de ſon conſeil

SIRE,

10 Les agens généraux du clergé vons remontrent trés-humblement, que ſur la requête préſentée en votre conſeil par les habitans de vos pays de Forêts, Lyonnois & Beaujolois, à fin de rendre contribuables aux tailles & charges perſonnelles les eccléſiaſtiques deſdits lieux, pour les biens qu'ils poſſedent en roture, autres que ceux de l'Egliſe, il auroit été ordonné que leſdits eccléſiaſtiques ſeroient appellés; pour eux ouis, être pourvu, & au lieu de procéder par leſdits habitans, ſuivant ledit arrêt, ils auroient, contre tout ſtyle, préſenté autre requête à votre Majeſté, à ce que leſdits eccléſiaſtiques fuſſent appellés en la perſonne deſdits agens, auſquels aſſignation a été donnée au nom deſdits eccléſiaſtiques, à laquelle il leur eſt impoſſible de défendre, étant une demande particuliere contre les eccléſiaſtiques deſdits bailliage & ſénéchauſſée, leſquels outre le privilége accordé au clergé, ont des particulieres exceptions & défenſes, dont il eſt raiſonnable, qu'en cette affaire de ſi grande importance, ils ſoient entendus & jugés.

A ces cauſes, Sire, il vous plaiſe de décharger les ſupplians de l'aſſignation qui leur a été donnée en votre conſeil, au nom deſdits eccléſiaſtiques, & ordonner qu'à la diligence deſdits habitans, ils ſeront appellés à leurs perſonnes, où il plairoit à votre Majeſté en charger les ſupplians, leur donner délai pour en avertir leſdits eccléſiaſtiques : eû égard à la diſtance des lieux, & nombre des eccléſiaſtiques en divers bailliages, & les ſupplians prieront Dieu pour votre proſpérité & ſanté. M. LE PIGNY DE LA ROCHE.

Autre requête de maître Jacques Bochetal, audit nom, pour réponſe à celle des agens généraux dudit clergé.

AU ROI,

Et à noſſeigneurs de ſon conſeil.

SIRE,

Jacques Bochetal, ſyndic des habitans du tiers 15
état du pays de Forêts, les gens du tiers état du pays de Beaujolois, & les ſyndics du plat-pays de Lyonnois, vous remontrent très-humblement, qu'il auroit plû à votre Majeſté ordonner en votre conſeil, ſur la requête concernant le réglement des tailles, après avoir recueilli les avis de vos avocats & procureurs généraux de la cour des aydes de Paris, des ſieurs de Montholon, maître des requêtes ordinaire de l'hôtel, & intendant de la juſtice & police deſdits pays, tréſoriers généraux de France, conjointement, & élus deſdits pays, chacun en droit ſon élection : que les gens d'égliſe, non nobles, ſeroient cottiſés aux tailles, comme tous autres contribuables, à raiſon des biens qu'ils tiennent & poſſedent en roture, enjoignant par exprès auſdits tenans ladite cour des aydes, tréſoriers généraux de France de Lyon, & élus deſdites élections, de faire regiſtrer ledit arrêt en leurs greffes, pour dorénavant tenir la main à l'entiere obſervation d'icelui : ce que leſdits agens des aydes ayant refuſé faire, pour ce qui regarde les eclléſiaſtiques, s'étant réſervé d'en faire des remontrances à votre Majeſté. Depuis, iceux mandés & ouis en icelles, il auroit été ordonné que leſdits du clergé ſeroient appellés en la perſonne de leurs agens généraux étant de préſent à Paris, pour eux ouis, être pourvu aux ſupplians, ainſi que de raiſon; leſquels, au lieu de répondre à la juſte requête deſdits ſupplians, eux, en la perſonne deſquels tout le clergé de la France eſt repréſenté, gagés à ces fins, & que tous leurs priviléges ſont uniformes, tâchent de travailler par des longueurs & fuites indues les miſérables ſupplians : A ces cauſes, SIRE, attendu qu'il s'agit de l'exécution de l'arrêt de votre Majeſté,

BIU Cujas

donné en votre conseil, balancé avec tant de considération l'espace de cinq années, sur les avis de tant de parts, lequel, à ce moyen, demeureroit illusoire & sans effet aux pauvres supplians, lesquels, gémissans sous la pesanteur du fardeau, tendent leurs mains dignes de commisération, & que la cause desdits ecclésiastiques desdits pays ne peut être disjointe ni séparable de la générale, n'y ayant autre convention entre les gens du tiers état & les ecclésiastiques de ces pays, que la misere, d'un côté, & le point de charité, & avarice extrême, de l'autre, au moyen de laquelle l'on voit glisser dix mille abus en ladite généralité, chose, avec leur permission, de très-mauvais exemple, & non apprise de leurs ancêtres en l'Eglise primitive, vouloir échanger le ciel en la terre, malheur de notre siecle & source de nos maux. Il plaise à votre Majesté, vû l'arrêt ci-attaché, que les supplians sont éloignés de cent lieues, des longues années de leurs poursuites connues à tous; qu'ils se régissent par le droit écrit, suivant lequel lesdits ecclésiastiques sont cottisables; que leurs priviléges même à eux accordés par les défunts rois, & confirmés par votre Majesté, dûement vérifiés, doivent les forcer de condescendre à la juste requête des supplians, n'y ayant aucune apparence que les particuliers, gens d'église s'enrichissent & se prévalent des biens & dépouilles des gens du tiers état, sans contribuer par eux aux charges qui sont incorporées sur iceux, ordonner à la cour des aydes d'enregistrer l'arrêt donné au conseil, sur le réglement des tailles, selon sa forme & teneur, & à leur refus, que ledit arrêt sera tenu pour registré; & en ce faisant, enjoint à tous consuls & asséeurs de comprendre en leurs rôles les ecclésiastiques pour leurs maisons & hétitages patrimoniaux, & autres qu'ils possedent de leur propre ou acquêt, & les supplians, SIRE, prieront pour votre royale prospérité & santé. J. BOCHETAL, syndic de Forêts.

Extrait des registres du conseil d'état.

12 Sur ce qui a été remontré par les agens généraux du clergé, que sur la requête présentée au conseil par les habitans du pays de Forêts, Lyonnois & Beaujolois, à fin de rendre contribuables aux tailles & charges personnelles, les ecclésiastiques desdits lieux, pour les biens qu'ils possedent en roture, autres que ceux d'église: il auroit été ordonné que lesdits ecclésiastiques seroient appellés, pour, eux ouis, y être pourvu; & depuis, que lesdits ecclésiastiques seroient appellés en la personne desdits agens, ausquels a été donné assignation à cette fin audit conseil. Et parce que c'est une demande particuliere contre les ecclésiastiques desdits pays, qui ont des particulieres exceptions & défenses, il leur est impossible d'y défendre, requérant qu'il plût à Sa Majesté les décharger de ladite assignation, & ordonner qu'à la diligence desdits habitans, lesdits ecclésiastiques seroient appellés en leurs personnes; & où il plairoit à Sa Majesté en charger les supplians, leur donner délai de trois mois pour en avertir lesdits ecclésiastiques, eû égard à la distance des lieux, & nombre d'iceux en divers bailliages. Vû la requête présentée par Jacques Bochetal, syndic des habitans du tiers état dudit pays de Forêts, à fin que pour les considérations y contenues, il plût à Sadite Majesté ordonner à la cour des aydes d'enregistrer l'arrêt donné audit conseil, sur le réglement des tailles: & en leur refus, que ledit arrêt sera tenu pour registré; & en ce faisant, enjoint à tous consuls & asséeurs, de comprendre en leurs rôles les ecclésiastiques pour les maisons & héritages patrimoniaux, & autres qu'ils possedent de leur propre ou acquêt. Le roi, en son conseil, a accordé & accorde ausdits agens généraux du clergé délai de deux mois, pour faire avertir les ecclésiastiques desdits pays de ladite assignation, & retirer instructions pour y défendre; & cependant, surseoiront toutes poursuites contre lesdits ecclésiastiques pour ce regard. Fait au conseil d'état du roi, tenu à Paris le vingt-quatrieme jour d'octobre 1609. Collationné, DE FLECELLES.

Extrait des registres de la cour des aydes.

Entre Antoine Bernard, laboureur, demeurant 13
à Orlienas, tuteur de Aymé Bernard, fils mineur de défunt Antoine Bernard, & de Aymée Chantre ses pere & mere, appellant des taxes & impositions faites par les rôles des tailles des paroisses d'Orlienas, & de Brignais, dépendantes de l'élection de Lyon, de la personne dudit Aymé Bernard, mineur de vingt-cinq ans, & de .... & demandeur en lettres de commission desdits appellans en opposition du ..... dernier, à ce qu'y faisant droit, il soit ordonné qu'à bonne & juste cause, l'appellant s'est opposé ausdites impositions pour son mineur, qu'il sera rayé & biffé desdits rôles, avec restitution de ce qu'il a été contraint payer en vertu par les mêmes voyes, à ce faire, les consuls, manans & habitans desdites deux paroisses contraints, avec défenses de l'y imposer & cottiser à l'avenir, tant & si longuement qu'il sera en minorité, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, d'une part; & les consuls, manans & habitans desdites deux parroisses d'Orlienas & Brignais, intimés & défendeurs, d'autre, à ce que pourront les qualités préjudicier. Après que Royer le jeune, avocat pour l'appellant & demandeur, a conclu en son appel à mal taxé, & en ses lettres, à fin de commission dudit appel en opposition; à ce que faisant droit, attendu la minorité de sa partie constante en la cause, & en cette qualité sous la protection des loix & arrêts de la cour, qui ont toujours soutenu inviolablement les priviléges des mineurs, il soit dit, qu'à bonne & juste cause, ledit demandeur s'est opposé: ordonne qu'il sera rayé des rôles des paroisses d'Orlienas & de Brignais l'année derniere, dont est question, & que les deniers par lui payés lui seront rendus, avec défenses de ne le plus imposer à l'avenir, tant & si longuement qu'il sera mineur, demande dépens. Et que le Vasseur, pour les intimés, & défendeurs, a dit, que la qualité de mineur, sur laquelle l'appellant fonde sa prétendue décharge, ne peut être, sauf correction de la cour, d'aucune considération, pour deux raisons. La premiere: que ledit appellant, quoique mineur, a industrié & fait valoir son bien par ses mains, ainsi qu'il est ordinaire & se pratique en pays de droit écrit, & d'imposer les majeurs de dix-huit ans, lequel usage se trouve avoir été confirmé par arrêt du conseil privé du roi, dont il est fait récit, partant, conclut a bien taxé, requiert dépens. Ont été ouis ensemble, Ravot, pour le procureur général du roi, qui a dit, que la question qui se présente à juger n'est pas nouvelle, & a toujours été décidée sur les conclusions en faveur des mineurs, contre lesquelles ont opposé de nouveau un arrêt du conseil, lequel peut avoir été subreptissement obtenu, n'étant point encore venu à la connoissance de la cour, & ne peut détruire l'effet d'une dé-

BIU Cujas

claration bien & dûement vérifiée, & par ces raisons, estime qu'il y a lieu d'ordonner la radiation de la personne de l'appellant des rôles dont est question; & s'il plaît à la cour, faisant droit sur les conclusions, elle fera défenses aux élus de la généralité de Lyon de souffrir les mineurs au-dessous de vingt-cinq ans être imposés aux tailles, & que l'arrêt qui interviendra sera publié ès élections de ladite généralité, l'audience tenante. La cour ayant égard aux lettres, a mis & converti l'appel en opposition; y faisant droit, dit, qu'à bonne & juste cause le demandeur s'est opposé; ordonne qu'il sera rayé des rôles des paroisses d'Orlienas & Brignais, l'année dont est question, & que les deniers par lui payés lui seront rendus & restitués; fait inhibitions & défenses aux habitans, asséeurs & collecteurs desdites paroisses de plus imposer à l'avenir l'appellant en leurs rôles, tant qu'il sera mineur au-dessous de vingt-cinq ans; comdamne lesdits habitans aux dépens, & ayant égard aux conclusions du procureur général du roi, a fait défenses aux élus de la généralité de Lyon, de souffrir & endurer les mineurs au-dessous de ving-cinq ans, être compris aux tailles, à peine de répondre par eux des dommages & intérêts des particuliers, & ordonné que le présent arrêt sera lu & publié, l'audience tenante, ès élections de ladite généralité de Lyon, enjoint aux substituts de tenir la main à l'exécution dudit arrêt, & de certifier la cour de leurs diligences au mois. Fait à Paris en ladite cour des aydes, le septieme jour du mois de mars mil six cent quarante-six. *Signé*, Boucher.

OBSERVATIONS.

Jusqu'à quel âge les mineurs sont exempts de payer la taille.

DAns cette question l'auteur établit, que dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, les mineurs jouissent à la verité de l'exemption des tailles; mais que ce privilége ne dure que jusqu'à l'âge de dix-huit ans. Il rapporte différens arrêts du conseil & de la cour des aides. Les premiers restraignent le privilége à l'âge de dix - huit ans. Les seconds l'étendent jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans; mais dans la question suivante, il rapporte un arrêt du conseil du roi, du premier octobre 1650, qui ordonne, que celui du 21 février 1609 sera exécuté selon sa forme & teneur; ce faisant, que les mineurs qui auront atteint l'âge de dix-huit ans, seront compris au rôle des tailles à raison de leurs biens, ainsi qu'il a été pratiqué de tout tems en ladite province, nonobstant tous arrêts de la cour des aides & ordonnances des officiers des élections de la généralité de Lyon.

14 Depuis cet arrêt, l'on n'a plus douté, que les mineurs qui ont atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, doivent payer la taille pour raison de leurs biens; cela est si certain, que dans les mandemans de messieurs les Intendans, il y en a un article exprès. *Jouiront les mineurs de l'exemption de la taille & autres impositions, jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis.*

Mais l'arrêt de 1609, dont celui-ci ordonne l'exception, comprend aussi les nobles, les ecclésiastiques & les officiers de la maison du roi & des maisons royales.

Exemption des Nobles.

A l'égard des nobles, l'arrêt ordonne, qu'ils demeureront exempts de toutes tailles & impositions pour tous les biens qu'ils possédent, tant nobles que roturiers, sans qu'ils soient tenus de les bailler à ferme. Dans ce tome 2, liv. 4, quest. 143, l'auteur rapporte une déclaration du roi, du 7 janvier 1650, enregistrée au parlement, le 16 janvier 1651, qui confirme les gentils-hommes de la Beausse dans ce même privilége.

15 Mais par l'édit de 1667, les Gentils-hommes ne jouissent de ce privilége, que pour une seule terre de l'exploitation de quatre charrues; cela est si vrai, que monsieur le duc de Nevers, ayant acquis la terre de Fresne, située dans l'étendue de l'élection de Meaux, qui est considérable, & qui peut occuper huit charrues, & l'ayant voulu exploiter par ses mains, les habitans du lieu l'imposerent à la taille, laquelle il ne paya pas à la vérité, mais il fut obligé de donner sa terre à ferme.

Exemption des Ecclésiastiques.

A l'égard des ecclésiastiques, l'arrêt porte qu'ils seront compris au rôle des tailles pour le regard de leur patrimoine, & tous les biens qu'ils possédent en roture, autres que ceux de l'église. Les agens généraux du clergé ayant formé opposition à cet arrêt, il leur fut accordé un délai de deux mois, pour avertir les ecclésiastiques de la province, & avoir les instructions nécessaires pour les défendre. L'auteur ne rapporte pas l'arrêt intervenu sur cette opposition.

16 Mais aujourd'hi les ecclésiastiques de la province jouissent, comme tous les autres du

BIU Cujas

du royaume, de l'exception de la taille, non-seulement pour les biens appartenans à l'égliſe; mais auſſi pour ceux qui leur ſont échus en ligne directe, & pour tous ceux qui compoſent leur titre clérical, que l'on appelle dans la provence *patrimoine*, de quelque côté que viennent les biens; mais pour une ſeule ferme de quatre charrues, ſuivant le même édit.

De l'exemption des officiers des maiſons royales.

Pour ce qui eſt des officiers des maiſons royales, l'arrêt ordonne, qu'ils ne jouiront 17
pas de l'exemption, s'ils ne ſont employés dans les états envoyés à la cour des aides, aux gages de 60 livres au moins, & ne ſervent actuellement un quartier par chaque année; ils ne peuvent faire valoir qu'une ferme de deux charrues, ſuivant le même édit.

Dans la queſtion 113, de ce même livre, l'auteur parle du privilége des bourgeois de la ville de Lyon, au ſujet de l'exemption de la taille, où je ferai les obſervations né- 18
ceſſaires : Mais puiſque l'auteur parle ici de tous ceux qui ſont exempts de payer la taille, il faut faire mention de tous les officiers des cours ſouveraines, & des ſecrétaires du roi ; il faut encore obſerver, que dans la précédente guerre, le roi a attribué le même privilége aux officiers des préſidiaux & des bailliages moyennant finance. J'ai rapporté l'édit à la fin de la queſtion 32 du ſecond livre, tome premier.

DES TAILLES.

En quel tems il faut conſidérer la minorité.

QUESTION QUATRE-VINGT-DIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si, pour impoſer à la taille un mineur, il ſuffit qu'il ait 18 ans accomplis lors de l'impoſition de la taille.*
2. *En Forêts l'on impoſe les mineurs à la taille, quand ils ont 18 ans accomplis lors de l'impoſition de la taille.*
3. *Avis & raiſons de l'auteur, pour montrer qu'il faut que les mineurs ayent 18 ans accomplis au commencement de l'année.*
4. *Arrêt du conſeil d'état, du 1 octobre 1650, qui ordonne que les mineurs qui auront atteint l'âge de 18 ans ſeront compris au rôle des tailles.*

QUESTION XC.

Si la minorité ſe doit conſidérer au tems de l'indiction & impoſition de la taille, ou de l'année commencée.

Comme nous venons de dire qu'en cette province les mineurs doivent jouir de l'exemption des tailles, juſques à l'âge de dix-huit ans, il reſte à réſoudre ſi pour être cottiſable il ſuffit qu'un mineur ait atteint cet âge lorſque la taille eſt partagée,
1 & que les rôles ſont vérifiés, ou s'il faut que ce ſoit dès le commencement de l'année. On ne doute pas qu'il ne faille avoir dix-huit ans accomplis : car ſi en matiere d'offices & de choſes favorables, *annus inceptus pro completo habetur*, il n'en eſt pas de même pour les choſes qui ſont odieuſes. La difficulté que nous propoſons ne conſiſte donc qu'à ſçavoir, ſi pour comprendre le mineur dans les rôles, il faut qu'il ait dix-huit ans complets, dès le commencement de l'année, ou s'il ſuffit que ce ſoit quand l'impoſition ſe fait.

2 Nous voulons avouer que juſques à préſent l'on a obſervé que, pourvu qu'un mineur eût dix-huit ans lors du partage des tailles, & quand les rôles ſe font, on le pouvoit comprendre en iceux, & lui faire porter ſa part de l'impoſition. Et même nous avons vû dans cette ville, & dans d'autres endroits différer d'un mois ou plus le partage de la taille, pour attendre qu'un mineur eût dix-huit ans accomplis, afin de le pouvoir cottiſer. Et quoique cela ſe ſoit pratiqué aſſez ſouvent, nous n'avons pas vu ni appris, que les mineurs en ayent reclamé.

Nous ne croyons pas pourtant cela ſoutenable; 3
car comme la taille eſt due à Sa Mejeſté dès le premier jour de l'an, quoique l'impoſition ne s'en faſſe pas ſi-tôt, & que pour en faciliter le payement on donne des termes ; auſſi c'eſt par le commencement de l'année, que la capacité doit être reglée. Celui donc qui n'eſt pas taillable dès le premier jour de l'année, n'eſt pas tenu de payer ſa part de ce qui eſt échu & dû au roi, avant qu'il fût cottiſable : comme il ne pouvoit être pour lors compris aux rôles, on ne le peut non plus comprendre en après : car encore que le partage ſe faſſe dans le mois de mars ou de mai, il ne laiſſe pas de marcher en arriere, & il eſt toujours cenſé fait dès le commencement de l'année. C'eſt par ce fondement qu'un taillable mourant au mois de janvier, & laiſſant des enfans en bas âge, ils ne laiſſent pas de payer la taille entiere. Car comme elle eſt due dès le premier jour de l'année, c'eſt plû-

BIU Cujas

tôt le pere qui l'a due, que les enfans n'en ſont cenſés débiteurs : c'eſt donc une regle certaine, & qu'on doit ſuivre pour juger, s'ils ſont cottiſables ou non.

Et ne fait, contre la loi unique *C. ſuperindicto :* car elle dit ſeulement que la taille royale n'eſt due que par l'ordre du prince, & en vertu de ſes mandemens, ce qui ne porte pas conſéquence qu'il ſe faille regler par le tems de l'impoſition, puiſqu'au contraire la commiſſion de Sa Majeſté pour les tailles eſt cenſée avoir ſon effet dès le commencement de l'année, & que dès-lors ceux qui la doivent payer, en ſont faits & conſtitués débiteurs.

Concluons donc que pour pouvoir cottiſer un mineur, il faut en ce pays qu'il ait l'âge accompli de 18 ans, dès le commencement de l'année, & que c'eſt en vain qu'on retarde l'impoſition juſques à ce qu'il aura cet âge parfait, puiſqu'il n'eſt pas pour cela taillable, *initio anni inſpecto*, parce que c'eſt comme l'acte & le contrat qui l'oblige. Enfin, *odia ſunt reſtringenda & favores ampliandi ;* & puiſque c'eſt un privilege, il faut plûtôt l'étendre, que le reſtraindre.

Enfin la difficulté touchant l'exemption des mineurs, & pour la reſtriction du tems d'icelle, après tant de procès & de jugemens contraires, a été terminée par l'arrêt & réglement du conſeil qui ſuit. Il étoit à déſirer, afin qu'on ſçut à quoi ſe tenir, & qu'il n'y eût point tant de procès : cela n'a que trop cauſé de frais dans cette province, & tous en attendoient la fin.

Extrait des regiſtres du conſeil d'état.

Sur ce qui a été repréſenté au roi en ſon conſeil, qu'encore que par arrêt du conſeil du 21 février 1609, & lettres patentes ſur icelui dudit jour, enregiſtrées en la cour des aydes le troiſieme juin enſuivant, donné ſur les requêtes & pourſuites du ſyndic des habitans du tiers état du pays de Forêts ; les gens du tiers état du pays de Beaujolois, & les ſyndics du plat pays de Lyonnois, portant reglement ſur le fait des tailles en la généralité de Lyon ; que les mineurs qui auront atteint l'âge de 18 ans, ſeront compris aux rôles des tailles, à raiſon de leurs biens ; ce qui a été confirmé par arrêt du conſeil du 18 octobre 1645 : néanmoins les officiers des élections de ladite généralité, la préſente année, auroient étendu le privilege deſdits mineurs, juſques à l'âge de 25 ans, par les mandemens des tailles envoyés aux paroiſſes, ſe fondant ſur aucuns arrêts de la cour des aydes, qui l'ont ainſi jugé, dont les tréſoriers de France de ladite généralité ayant eu avis, & conſidérans le préjudice que cela apporteroit au bien des affaires du roi, & que c'étoit contre l'uſage obſervé de tout tems en ladite province, auroient ordonné le 22, avril dernier, qu'il en ſeroit donné avis au conſeil pour y être pourvû : & cependant enjoint aux conſuls, aſſéeurs & collecteurs d'impoſer & comprendre en leurs rôles des tailles, les mineurs qui ſont au-deſſus de 18 ans ; a quoi étant néceſſaire de pourvoir : vû ledit arrêt du conſeil du 21 février 1609, portant que les mineurs ayant atteint l'âge de 18 ans, ſeront compris aux rôles des tailles, les lettres-patentes expédiées ſur icelui, regiſtrées en la cour des aydes le 3 juin audit an : l'ordonnance des tréſoriers de France, du 29 décembre 1644, portant, que les mineurs ne jouiront de l'exemption qu'au deſſous de l'âge de 18 ans, & que ceux qui auront atteint ledit âge, ſeront compris aux rôles des tailles : l'arrêt du conſeil du 18 octobre 1650, l'ordonnance du bureau des finances à Lyon, du 22 avril 1660, oui le rapport du ſieur commiſſaire à ce député ; & tout conſideré : le roi en ſon conſeil, a ordonné & ordonne, que l'arrêt du conſeil & lettres-patentes ſur icelui, du 21 février 1609, enregiſtrées en la cour des aydes le 3 juin enſuivant, ſeront exécutées ſelon leur forme & teneur. Et ce faiſant, ordonne, Sadite Majeſté, que les mineurs qui auront atteint l'âge de 18 ans, ſeront compris aux rôles des tailles, à raiſon de leurs biens ; ainſi qu'il a été pratiqué de tout tems en ladite province : nonobſtant tous arrêts de ladite cour des aydes, & ordonnances des officiers des élections de ladite généralité de Lyon, contraires auſdites lettres-patentes & audit arrêt de vérification d'icelles. Enjoint Sadite Majeſté auſdits préſidens, tréſoriers de France, & aux officiers deſdites élections, de tenir la main chacun en droit ſoi, à l'exécution du preſent arrêt, qui ſera renvoyé aux paroiſſes, lû & publié aux prônes des meſſes, à ce que nul n'en prétende cauſe dignorance. Fait au conſeil d'état du roi, tenu à Paris le premier jour d'octobre 1610, GALLAND.

ARRÊT.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux conſeillers, les préſidens, tréſoriers de France, & généraux de nos finances au bureau établi à Lyon ; & aux préſidens, lieutenans, élus & autres officiers des élections dépendantes de ladite généralité, Salut. Nous vous mandons & ordonnons chacun en droit ſoi, de tenir la main à l'exécutions de l'arrêt dont l'extrait eſt ci-attaché, ſous le contre-ſcel de notre chancellerie, ce jourd'hui donné en notre conſeil d'état, pour comprendre aux rôles des tailles les mineurs qui auront atteint l'âge de dix-huit ans, à raiſon de leurs biens, & icelui envoyer aux paroiſſes pour être lû & publié aux prônes des meſſes, à ce qu'aucun n'en ignore. Commandons à notre huiſſier ou premier ſergent ſur ce requis, de ſignifier ledit arrêt auſdits mineurs, & autres qu'il appartiendra, à ce qu'ils n'en prétendent cauſe d'ignorance, & faire pour l'exécution dudit arrêt, & d'autres de notredit conſeil, & lettres-patentes ſur icelui du 21 février 1609, y énoncés, tous commandemens, ſommations, défenſes & autres actes & exploits néceſſaires, ſans autre permiſſion, & ſera ajouté foi, comme aux originaux, aux copies dudit arrêt, & des preſentes collationnées par l'un de nos amés & féaux conſeillers & ſecrétaires : car tel eſt notre plaiſir. Donné à Paris, le premier jour d'octobre, l'an de grace 1650, & de notre regne le huit. *Signé*, par le roi en ſon conſeil, GALLAND. Et ſcellé de cire jaune. 4

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

En quel tems l'on conſidére l'accompliſſement de l'âge de dix-huit ans dans la perſonne des mineurs.

DAns cette queſtion, l'auteur, après avoir établi que dans les provinces de Lyonnois, Forêts & Beaujolois, les mineurs ne jouiſſent de l'exemption des tailles, que juſqu'à l'âge de dix-huit ans, prouve, 1°. Qu'il faut que l'âge de dix-huit ans ſoit accompli. 2°. Qu'il faut que cet âge ſoit accompli au commencement de l'année, enſorte que le mineur ne doit pas être impoſé à la taille, quoique lors du département ou de l'impoſition des tailles, il ait atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, s'il ne les avoit pas au commencement de l'année; parce que la taille eſt dûe au roi dès le commencement de l'année, quoique le partage ne ſe faſſe que long-tems après.

DE LA PRESCRIPTION DES CHOSES DE PURE FACULTÉ.

QUESTION QUATRE-VINGT-ONZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Communément les choſes qui ſont de pure faculté, ne ſont pas ſujettes à preſcription.*
2. *Le droit de corvée & de taille eſt impreſcriptible.*
3. *Il faut diſtinguer entre la faculté qui vient de la nature ou de la loi, & celle qui deſcend de la convention des hommes.*
4. *Il faut auſſi diſtinguer entre les choſes qui ſont du droit particulier, & celles qui ſont du droit privé.*

QUESTION XCI.

Si les choſes quæ ſunt meræ facultatis, *ſont preſcriptibles ou non*

1 ON dit communément que les choſes *quæ ſunt meræ facultatis*, ne ſe peuvent pas preſcrire, & que comme l'uſage en eſt libre & indéfini, le tems auſſi ne lui peut pas nuire, ſi quelqu'un ſe réſerve un droit, & de s'en ſervir quand il voudra, il doit dépendre de lui d'en venir à l'effet lorſque bon lui ſemblera. C'eſt ainſi que le droit des charrois & manœuvres ne ſe peut preſcrire, non-ſeulement parce que
2 c'eſt un droit ſeigneurial; mais encore parce qu'il dépend du ſeigneur de s'en ſervir s'il veut, & que n'en ayant pas beſoin, il les peut remettre. La coutume d'Auvergne, au titre des preſcriptions, art. 9, dit que le droit de taille, aux quatre cas due au ſeigneur haut-juſticier, pour raiſon de la haute-juſtice, ne ſe peut preſcrire par aucun laps de tems, à faute de jouiſſance ou preſtation, ſi ce n'eſt qu'il y eût eu contradiction. Sur lequel article le commentateur forme la queſtion, ſi pour ne jouir pas d'un droit ou d'un privilége, on le perd: ce qu'il réſout par les diſtinctions qu'il tire de *Baldus*, au traité qu'il a fait des preſcriptions. Donc après avoir dit que le privilége de faire une choſe, comme d'établir des foires, ſe perd par le laps de dix ans, il limite cette concluſion, & tient que quand quelque choſe eſt accordée purement & ſimplement, & que le pouvoir de la faire eſt formellement en la volonté expreſſe de celui auquel la conceſſion a été faite; alors tel privilege ne preſcrit point par aucun laps de tems, ſuivant la gloſe du ch. *ut privilegia in fine de privileg.*

Cette regle, *quæ ſunt meræ facultatis non poſſe præſcribi*, n'eſt pourtant pas générale, & elle ſouffre 3
beaucoup d'exceptions. En effet, les interprétes font diſtinction de la faculté qui procéde de la nature ou de la loi, d'avec la faculté qui vient d'un contrat, & de la ſtipulation des parties. Pour la premiere, comme la ſource eſt plus favorable & mieux fondée, ils tiennent auſſi qu'elle ne ſe peut preſcrire; mais pour l'autre, ils diſent, que comme ſon fondement vient de la convention des parties, elle n'eſt pas plus avantageuſe, & elle eſt auſſi-bien ſujette à la preſcription que les autres conventions. Pour établir cette diſtinction, il nous ſuffira d'employer l'autorité de deux de nos praticiens plus célebres; ſçavoir, de Coquille & d'Argentré.

Le premier, ſur l'article 9 du titre des maiſons & ſervitudes réelles de la coutume de Nivernois, après avoir dit, que les choſes qui ſont de ſimple faculté ne ſe preſcrivent point, ajoute auſſi-tôt, que cela s'entend de la faculté qui ne procede pas, & n'a pas la ſource de quelque contrat ou obligation, & que telle faculté ſe preſcrit par trente ans. Il cite Bartole, *in l. viam, ff. de via publica, & Marian. Socin. conſil.* 145, *volum* 1. S'il en faut chercher la raiſon, c'eſt parce que la nature ou la loi permettant de faire quelque choſe, le titre en eſt perpétuel, auſſi-bien que le pouvoir qu'elle en donne, ſi ce n'eſt qu'elle-même le limite. La ſource de ce droit ſubſiſtant toujours, l'effet en peut toujours procéder, & la nature le permet auſſi-bien après quarante ans, que le premier jour. Il n'en eſt pas ainſi des actions, & des droits qu'un contrat produit; comme l'exécution d'icelui ſe doit pourſuivre dans trente ans,

BIU Cujas

c'eſt auſſi la borne des actions qui en procedent, ſi ce n'eſt qu'en les exerçant on en étende le cours.

4 On diſtingue encore, *jus publicum, & jus privatum*: les facultés *quæ à natura, aut jure publico tribuuntur*, ſont impreſcriptibles; & il eſt loiſible à chacun d'en uſer quand bon lui ſemble: mais les choſes *quæ ſunt privati proprii cujuſdam juris*, ſe peuvent preſcrire. *Jus autem eſt quod ad privatum quemque defertur privatim, ita ut non ad alium déferatur*, au lieu donc que *jus privatum cedi, vendi, transferri, & in alium quacumque alienatione tranſire poteſt, quæ ſunt meræ facultatis, & juris publici*, comme d'aller paître en des communaux, *nec cedi, nec transferri poſſunt, nec commercio ſubjici.* Voici donc ce qu'Argentré, ſur l'art. 165, au titre des preſcriptions de la coutume de Bretagne, en dit, *mihi ſemper & abſolutè videtur omni juri & facultati, quæ de re poſſibili, & ceſſabili tribuatur privato, cuiquam privativè poſſe præſcribi ex generalitate legis, ſicut & in lege omnes C. de præſcript. 30 annorum*

A quoi nous pouvons ajoûter ce que Covarruvias, *lib. 1, variar. reſolut. cap. 9, de retractu convent. ejuſque præſcript.* en dit, où il fait la même diſtinction, *inter facultatem publicam, & facultatem privatam*: il cite pour cela les textes de la loi *in bello*, § *ſi quis ſervum ff. de cap.* de la loi derniere, *ff. de uſucap.* de la loi *ſi quiſquam ff. de diverſ. & temp. præſcript.* & l'autorité de Balde *in l. licet C. de jure deliber.*

OBSERVATIONS.

Si les choſes qui ſont de ſimple faculté, ſont ſujettes à la preſcription.

DAns cette queſtion, l'auteur examine, ſi les choſes qui ſont de ſimple faculté peuvent être preſcrites. Il diſtingue avec Coquille & d'Argentré, entre la faculté qui procéde de la nature ou de la loi, & celle qui provient d'un contrat & de la convention des parties. Dans le premier cas, il rejette la preſcription, & dans le ſecond il l'admet. Maſuer, tit 22, nomb. 15, dit, que la preſcription ne court point contre le droit qu'on a de faire quelque choſe.

De ce principe, que les choſes de pure faculté ſont impreſcriptibles, l'auteur tire une conſéquence, que les droits de corvées & de taille ſont impreſcriptibles. Il établit la même maxime dans le tome 2, ſuite du liv. 3, queſt. 68.

DE LA PRESCRIPTION DES RENTES FONCIERES, *Et de quel jour elle commence.*

QUESTION QUATRE-VINGT-DOUZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si la preſcription d'une rente fonciere doit commencer du jour du contrat, ou du premier terme échu.*
2. *Raiſons du créancier.*
3. *Raiſons du débiteur.*
4. *Sentiment de l'auteur, que la preſcription doit commencer du jour du contrat pour le fond de la rente, & pour les arrérages du jour de l'échéance de chaque terme.*
5. *Dans les pays de droit, l'on ſe ſert du mot de* penſion, *au lieu de celui de* rente.
6. *Sentiment de M. du Perrier, que le fond des rentes eſt impreſcriptible.*
7. *Sentiment de l'auteur des obſervations, que le fond des rentes eſt ſujet à la preſcription de 30 ou 40 ans.*
8. *Dans les parlemens de Toulouſe & de Bordeaux, les rentes ſont ſujettes à la preſcription de 30 ans.*
9. *Au parlement de Grenoble, la juriſprudence n'eſt pas certaine.*

QUESTION XCII.

Si pour les penſions foncieres, la preſcription ſe doit compter du jour du contrat, ou du terme échu.

1 TITIUS, par le bail d'un héritage, s'oblige à payer la penſion annuelle & fonciere de cinq livres, tant qu'il ſera détenteur; & il eſt dit par le contrat fait au commencement de l'année, que ladite penſion & le premier terme d'icelle ſera payé à Noël. Il ne paroît point qu'elle ait été payée ni demandée, & le créancier ou ſon héritier en ayant voulu rechercher le payement: & demander la reconnoiſſance après un ſi long ſilence, on oppoſa fin de non recevoir, fondée ſur le laps du tems. C'eſt qu'il y avoit plus de quarante ans du jour du contrat; mais il n'y en avoit pas quarante du jour auquel la penſion avoit commencé d'être payable, & que le

BIU Cujas

premier terme étoit échû. Ainſi la difficulté tomboit ſur le tems auquel la preſcription avoit pû commencer ſon cours; & il s'agiſſoit de ſçavoir ſi c'étoit du jour du contrat ou du premier terme.

Le créancier diſoit, que quoiqu'il y eût plus de
2 quarante ans de la date du contrat, il ne laiſſoit pas d'être recevable en ſa demande, parce qu'il falloit plûtôt ſe régler par le jour du terme, que du contrat. C'eſt parce qu'il n'avoit pu agir ni rien demander avant ce terme; & par conſéquent, que comme il n'avoit encore point d'action ni de voye préparée, la preſcription n'avoit pas pû courir contre lui. Qu'en effet, par la régle commune, *contra non valentem agere non currit præſcriptio*; & il répugne qu'on parle de faire mourir une action avant qu'elle ſoit née. Et puiſque la preſcription n'a été introduite qu'en haine de la négligence, & pour la punir, c'eſt une conſequence qu'elle ne peut courir tant qu'il n'y a point de négligence. Que c'eſt la diſpoſition formelle du § *illud autem*, de la loi *cùm notiſſimi*; *Cod. de præſcript.* 30 *vel* 40 *annor.* en laquelle l'empereur dit, que pour tous les contrats qui ſont faits ſous condition, ou qui ont un terme prefix, la preſcription ne court qu'après la condition arrivée ou le terme échu. Que ſeulement *poſt conditionis exitum*, *vel poſt inſtitutæ rei lapſum*, *præſcriptiones* 30 *vel* 40 *annorum*, *quæ perſonalibus*, *vel hypothecariis actionibus opponuntur*, *initium accipiunt*.

Le défendeur au contraire diſoit, qu'en matiere
3 de penſions, il faut diſtinguer l'action qui regarde le principal, d'avec l'action qu'on a pour les arrérages. Comme il faut plus de tems pour le principal que pour les arrérages, auſſi ce n'eſt pas par le même tems qu'on doit régler leur preſcription. Les arrérages ne ſe peuvent demander que de 29 ans, & il n'eſt pas raiſonnable qu'avant qu'on les puiſſe demander, on compte le tems de la preſcription, & c'eſt ainſi qu'il faut entendre le § qu'on a cotté de la loi *cùm notiſſimi*: mais il ne ſe peut appliquer à la preſcription du principal; comme elle eſt de plus long-tems, elle ne ſe peut référer qu'à la date du contrat, & c'eſt par ce principe qu'elle commence. Le terme du payement ne concerne point le principal ni l'action principale.

Il ne regarde point la reconnoiſſance, & elle ſe peut demander auſſi-bien avant qu'après lui. En effet ſi le preneur venoit à mourir dans la premiere année, & auparavant que le terme deſtiné pour le payement fût échu; il eſt ſans doute que le créancier pourroit demander la reconnoiſſance à ſon ſucceſſeur, quoique la penſion ne fût pas encore payable. Il faut donc inférer de-là que la preſcription auroit pu courir dès-lors, & qu'on ne ſeroit pas aux termes de ce dire commun, *contra non valentem agere non currere præſcriptionem*. Et ſi communément l'on ne peut pas demander ſi-tôt la reconnoiſſance, ce n'eſt pas à cauſe du terme, mais c'eſt qu'elle ſeroit en vain demandée à celui qui s'eſt obligé.

Le défendeur ajoutoit, que s'il étoit véritable que la preſcription ne peut courir avant le terme; & ſi c'étoit par lui qu'on dût ſe régler, il s'enſuivroit que la penſion ſeroit impreſcriptible, & que le ſecond terme, & ainſi les ſubſéquens, en conſerveroient l'action auſſi-bien que le premier. En effet le premier terme ayant été payé, & la penſion étant par ce moyen renouvellée, il ſeroit vrai de dire que le créancier n'auroit pû agir avant le terme de la ſeconde année, & ainſi des autres: que quand même il n'apparoîtroit d'aucun payement des premiers termes, le créancier pourroit dire que comme *ſingulis annis nova naſcitur actio*, comme dit Juſtinien en cas approchant; auſſi n'ayant pû agir avant le ſecond ou troiſieme terme, la preſcription n'a pu auſſi courir, & qu'il eſt toujours dans les 40 ans.

Enfin, quoique Juſtinien, *in l.* 1, § *ad hæc Codic. de annuali excèpt.* ne veuille pas que l'action puiſſe périr avant qu'elle ſoit née; qu'en effet il n'établiſſe le cours de la preſcription que du jour, *ex quo ab initio actio competit & ſemel nata eſt*: cette regle n'eſt pas univerſelle, & ne ſe doit entendre que quand il n'y a point d'action, ou qu'elle eſt tellement ſuſpendue, que le créancier ne peut agir. C'eſt ce qu'on ne peut dire en cete rencontre; car comme dès-lors du contrat, le preneur s'eſt obligé, auſſi, faut-il dire que le droit & l'action que le même contrat donne au bailleur, lui a dès-lors appartenu; & que ce n'eſt pas une action nouvelle, mais qu'elle a été acquiſe dès le moment du contrat.

Cette queſtion a été agitée en ce ſiége; mais elle 4
n'a pas été jugée; & s'il faut en dire notre ſentiment, comme nous tenons preſque toujours le parti de la preſcription, & la jugeons favorable, comme celle qui aſſure le repos des familles, & étouffe les procès; auſſi croyons-nous que la preſcription ſe doit compter du jour du contrat. Ce qui nous confirme en cette opinion, eſt ce qui eſt remarqué par monſieur Cujas, ſur la loi *cùm notiſſimi*; ſçavoir, qu'en matiere de penſions & d'intérêts, *quot ſunt penſiones*, *tot ſunt actiones*; & que comme elles ne naiſſent pas toutes à la fois & en même tems, auſſi chacune à ſon tems pour la preſcription. De ſorte que la preſcription eſt bien plûtôt acquiſe pour la penſion de la premiere année, que pour la ſeconde. Enſuite de quoi le même Cujas dit, que comme par le droit Romain, *ſingulis annis naſcebantur actiones uſurarum*, *ſingulæ actiones ſua habebant tempora*, & par conſéquent, que pour icelles le tems ne ſe comptoit pas du jour du contrat, mais à la fin de chaque année. Juſques-là même que l'action perſonnelle éteinte par le payement du principal, l'obligation ou action pour les uſures ne ceſſoit pas pour cela, *leg. centum Capuæ*, *ff. de eo quod certo loco*, *leg.* 1, *Cod. de Judic.* Et pareillement, l'action perſonnelle pour le principal étant preſcrite par le laps de trente ou quarante ans, l'action pour les uſures n'étoit pas éteinte, & l'on pouvoit demander, parce qu'il n'y avoit pas 30 ans, pour les uſures comme pour le principal. Si bien qu'on pouvoit encore demander l'intérêt de la premiere année dans un an; de la ſeconde, dans deux; & de la troiſieme, dans trois, & ainſi des autres. D'où il faut inférer que la preſcription du principal & des arrérages d'une penſion ne ſe regle pas d'une même ſorte, & qu'encore que la preſcription des arrérages ne coure pas ſi-tôt, celle du principal & de l'action principale ne laiſſe pas de courir. Il faut voir à ce ſujet ce qu'en a dit Juſtinien, en la loi *eos qui*, *Cod. de uſuris*: mais quoiqu'il ait corrigé cette ancienne juriſprudence, & qu'il n'ait pas voulu *principali actione non ſubſiſtente*, *ſuper uſuris & fructibus adhuc judicem cognoſcere*, l'induction que nous en tirons ne laiſſe pas de preſſer: car c'eſt aſſez qu'on ait jugé que le principal pouvoit être preſcrit, ſans que les arrérages le fuſſent, & qu'il ne fallût pas compter le cours de la preſcription du même tems pour eux que pour le principal; bref, que le principal pût être preſcrit, l'action durant encore pour les arrérages. Et c'eſt peut-être par cette raiſon qu'on a réduit la demande des arrérages à 29 années; car autrement on les pourroit demander de plus long-tems, & dans la quarante-unieme année, par le concours de l'action perſonnelle & hypothécaire.

De cette maxime vulgaire *contra non valentem agere non currere præſcriptionem*, & comment elle ſe doit entendre, voyez *Antonium Fabrum*, *lib.* 7 *conjecturarum. de errorib. Pragmaticor. decade* 3, *cap.* 9, *& decad. c.* 88, *cap.* 8.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

De la prescription des pensions, ou rentes foncieres.

DAns cette question l'auteur décide, que la prescription pour les pensions foncieres, commence du jour du contrat, & non pas du jour du terme du premier payement; mais il dit que cela n'a lieu que pour ce qui concerne le principal : car à l'égard du payement des arrérages, il décide que la prescription ne commence à courir que du jour du terme du payement.

Il faut observer que dans les pays de droit écrit, l'on se sert du mot de *pension*, 5 pour exprimer une rente, soit fonciere ou constituée. C'est dans ce sens que l'auteur en parle en cet endroit; car autrement sa décision seroit contraire à celle qu'il a établie dans la question 71 ci-dessus, que les pensions & prestations annuelles sont imprescriptibles.

Ce n'est pas seulement dans la province du Lyonnois où l'on se sert du mot de *pensions*, au lieu de celui de *rentes*, l'on se sert du même langage dans tous les pays de droit écrit.

6 M. Duperrier, dans ses questions notables de droit, examine si les pensions ou rentes perpétuelles constituées à prix d'argent, sont sujettes à la prescription de 30 ans. Il décide qu'elles n'y sont point sujettes, parce que l'on ne doit pas envigaser les arrérages de rentes, comme les intérêts des obligations; ceux-ci dépendent du sort principal; au lieu qu'à l'égard des rentes, le créancier ne peut pas obliger le débiteur au rachat : cette raison n'est pas bonne. Il est vrai que le créancier ne peut pas contraindre le débiteur de la rente à la racheter; mais le débiteur a la liberté de la racheter quand 7 bon lui semble : ainsi la cause n'en est pas perpétuelle.

Aussi dans l'usage, il est certain que les rentes, soit foncieres ou constituées, sont sujettes à la prescription de 40 ans, parce qu'ordinairement elles sont créées par des actes passés pardevant notaires qui emportent hypothéque; & par conséquent l'action personnelle se trouvant jointe à l'hypothécaire, dure 40 ans; & quand le principal de la rente est prescrit, l'on ne peut plus demander les arrêrages, dont la demande ne peut être for- 8 mée que depuis 29 ans, ainsi que l'auteur l'établit dans cette question.

Dans le ressort des parlemens de Toulouse & de Bordeaux, où la disposition de la loi *cùm notissimi* n'est pas suivie, comme il a été observé sur la question 73, il faut dire que les principaux & arrérages des rentes se prescrivent par trente ans. Au parlement de Grenoble, l'on juge aussi pour la prescription de 30 ans, suivant le témoi- 9 gnage de M. Expilly, dans ses arrêts, chap. 24, où il traite la question avec beaucoup d'érudition. Cependant Chorier, dans sa jurisprudence de Guy-Pape, page 326 cite un arrêt du 28 juin 1645 donné, les chambres assemblées, qui a jugé qu'il faut 40 ans.

DE LA CHARGE DE PAYER LA MOITIÉ DES DETTES.

QUESTION QUATRE-VINGT-TREIZIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Récit du fait, qui donne lieu à la question.*
2. *Raisons du second donataire.*
3. *Raisons du premier donataire.*
4. *Arrêt du parlement de Paris du 3 mai 1626, qui juge que le premier donataire n'est pas tenu de payer la moitié des légitimes.*
5. *Deux arrêts du parlement de Toulouse, contraires.*
6. *La jurisprudence des parlemens de Toulouse, de Grenoble & de Bordeaux, contraire à celle du parlement de Paris.*
7. *Premiere exception, quand la clause de franc & quitte est insérée dans la donation.*
8. *Seconde exception, quand dans la donation, la clause de payer la moitié des charges n'y est pas comprise.*

BIU Cujas

QUESTION XCIII.

Comment ſe doit entendre en une donation la condition de payer la moitié des dettes & charges, & ſi les légitimes y ſont compriſes.

1 TITIUS colloquant en mariage *Sempronius* ſon fils, lui donne la moitié de tous & un chacun ſes biens : à condition de payer la moitié de ſes dettes & charges. *Sempronius* fils étant décédé le premier, & ayant laiſſé des enfans en bas âge, ce prédécès oblige *Titius* de porter ailleurs ſa penſée, & d'inſtituer héritiere en ſes autres biens *Mævia* l'une de ſes filles. Etant décédé en cette volonté, & le partage de ſes biens ſe faiſant, il y eut conteſtation entre l'héritier du premier donataire, & l'héritier, ou ſecond donataire du pere, pour l'acquittement des conſtitutions & légitimes des autres enfans.

C'eſt-à-dire, que le premier donataire ſoutenoit qu'il n'étoit pas tenu d'en porter ſa part, & qu'il ne devoit contribuer qu'aux dettes & charges réelles. Et au contraire, l'héritier ſoutenoit que c'étoit une obligation commune, & que comme chacun d'eux emportoit la moitié des biens, chacun d'eux devoit acquitter la moitié des dettes, charges & légitimes, ſuivant cette regle vulgaire, que *qui ſentit commodum, & onus ſentire debet.* De ſorte que toute la difficulté du procès mue pour raiſon de ce devant le châtelain de Saint Haon, & depuis, par appel devant le bailli de Forêts, conſiſtoit en l'explication du mot de charges, & en l'étendue qu'il peut avoir. En un mot, il s'agiſſoit de ſçavoir ſi le donataire chargé de la moitié des dettes & charges eſt cenſé chargé de la moitié des conſtitutions & légitimes des autres enfans, & qui leur ſont faites & aſſignées après la donation.

2 Pour le ſecond donataire ou héritier du pere, l'on pouvoit dire, que qui donne la moitié de ſes biens, avec la moitié des dettes & charges, entend y comprendre tout ce qu'il faut acquitter pour la liquidation de ſes biens : qu'il n'entend pas ſeulement charger le donataire de la moitié des dettes, mais encore des autres charges, & qu'autrement il auroit donné la moitié en préciput & avantage. Que ſi le mot de charges étoit reſtraint aux charges réelles, il s'enſuivroit que le pere auroit plûtôt donné le tout que la moitié, puiſque les autres enfans pourroient emporter la moitié réſervée : qu'ainſi, le pere ne penſant donner qu'une moitié, ſe ſeroit dépouillé du tout, & n'auroit plus rien à donner, ce qui ne peut être préſumé.

Que s'il faut s'attacher plûtôt aux paroles qu'à l'intention, ce mot de charge pouvoit auſſi-bien comprendre les conſtitutions & légitimes, que les charges réelles ; & qu'en effet, quand on vouloit dire que quelqu'un avoit nombre d'enfans, on diſoit qu'il avoit beaucoup de charges : que c'étoit le langage plus commun, la forme de parler du vulgaire, & la façon ordinaire d'établir ou d'affoiblir la richeſſe des familles : que c'eſt donc la regle qu'il faut ſuivre ; parce que ſuivant le dire du juriſconſulte, *in l. Labeo, § Servius, ff. de ſupellect. legata; non ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi uſu nomina exaudiri debent :* & il faut croire que quand quelqu'un parle d'une choſe, *ut maximè eo nomine uſus ſit, quo id appellari ſolet :* qu'il falloit, par conſéquent conclure, que comme les enfans ſont auſſi-bien à charge au pere qu'à la mere, auſſi que le pere chargeant ſon aîné & donataire de la moitié des charges, entend le charger de la moitié de ce qu'il faut pour apparier & légitimer les autres enfans : bref, qu'il ne ſeroit pas raiſonnable que le notaire ne s'étant pas aſſez expliqué, le donataire s'en prévalût contre la regle vulgaire, qui veut que *in ambiguis quod minimum eſt ſequamur ;* & que la donation ſoit plûtôt reſtreinte qu'étendue.

Au contraire, pour le premier donataire du pere, 3 on pouvoit dire, que puiſqu'il ne faut au plus pour la légitime des enfans qu'une moitié des biens, il ſuffiſoit que le pere l'eût réſervée, & qu'on pût prendre ſur elle ce qu'il falloit pour les autres enfans : que puiſqu'ils trouvoient leur part, le pere avoit bien entendu donner la moitié à ſon aîné, ſans autre condition que des dettes & des charges ordinaires, à proportion de la donation. Qu'autrement, au lieu de la moitié, il n'auroit donné qu'environ le quart, & n'auroit pas fait un grand avantage. Quoi qu'il en ſoit, qu'il s'en ſeroit expliqué, & n'auroit pas manqué d'y faire comprendre les légitimes : qu'au défaut de l'avoir dit, on étoit aux termes de la loi *quidquid aſtringendæ, ff. de verbor. obligat.* en laquelle le juriſconſulte décide, qu'en matiere de contrats, ce qui n'eſt pas exprimé eſt cenſé omis.

Que c'eſt en vain qu'on vouloit dire que ſi le pere n'eût entendu y comprendre les légitimes, & en charger le donataire pour une moitié, il lui auroit fait la donation en préciput & avantage : car le mot de préciput auroit réſervé au donataire ſon droit de légitime ſur l'autre moitié ; au lieu que la donation n'étant pas faite en préciput, il en étoit exclus, & ne pouvoit rien plus prétendre qu'en rapportant : qu'on ſe trompoit pareillement d'avancer que le pere ſe ſeroit dépouillé du tout ; car au contraire, il demeuroit maître de la moitié reſervée, & n'étoit obligé d'en diſpoſer qu'en cas de mort : qu'il pouvoit, par ce moyen, faire les fruits ſiens, & de ſon épargne, doter les filles. Enfin, que ſur la moitié réſervée, & qu'on diſoit devoir être priſe pour la légitime des enfans, le pere avoit à prendre & lever la portion de ſon premier donataire, & il en avoit la libre diſpoſition.

Que quand il ſeroit permis de chercher l'interprétation de ce mot de charges, ce ne pouvoit être que ſelon le ſens plus commun : qu'il n'y avoit donc pas apparence de l'étendre aux légitimes : qu'on avoit bien diſputé ſi la légitime étoit *quota bonorum, vel quota hæreditatis ;* mais qu'aucun interprète n'avoit dit qu'elle fût une charge des biens : qu'en étant une partie & quotité, elle ne pouvoit être une charge, & qu'autrement, elle ſeroit une charge d'elle-même. Enfin, que la légitime des enfans étant, ou le tiers, ou la moitié des biens, deſquels, par ce moyen, il faut faire une ſéparation ; c'eſt improprement parler, que de dire que la moitié qu'on prend pour légitimer leurs enfans, eſt une charge de l'autre : & que tant s'en faut que l'uſage pût ſervir à l'extenſion qu'on veut donner à ce mot de *charges*, qu'au contraire il étoit véritable, que quand les peres & les meres, qui font ſemblables donations, entendent charger leurs donataires de contribuer à ce qu'il faut aux autres enfans, ils ajoûtent, charges & légitimes, ou bien, ſe réſervent de pouvoir légitimer & apparier leſdits enfans, tant ſur les biens donnés, que , retenus ou s'expliquent par autre clauſe & réſerve équipolente.

L'héritier, ou ſecond donataire, pouvoit repliquer, que reſtraignant le mot de *charges* aux cens, tailles & charges réelles, c'étoit rendre la clauſe inutile, parce que ſemblables charges ſont inſéparables

BIU Cujas

des héritages, & les ſuivent néceſſairement, & ſans aucune expreſſion : qu'il falloit donc croire qu'on avoit entendu y comprendre d'autres charges, & par conſéquent, l'appanage des enfans : qu'à proprement parler, ils ſont les charges d'une hoirie & d'une maiſon, & qu'étant ordinaire de les en ſortir par des conſtitutions ou legs, auſſi peut-on comprendre cela ſous le nom de dettes ou charges : qu'en effet, un ancien appelle les filles nubiles de rudes créanciers, qui preſſent grandement les peres, & que de droit même la légitime eſt appellée une dette, de laquelle la nature & les loix rendent les peres redevables. De ſorte qu'on la peut comprendre entre les dettes contractées hors de la donation, ou pour mieux dire, dès la naiſſance des enfans.

Nonobſtant ces raiſons, la cour a jugé que le mot de *charges* ne comprenoit pas les conſtitutions, ni les legitimes. Elle l'a ainſi jugé ſur l'appel de deux ſentences, l'une du châtelain de Saint-Haon, & l'autre, du bailli de Forêts, dans l'hypothèſe d'une mere qui avoit donné à ſon fils aîné la moitié de tous ſes biens, avec la moitié des dettes & charges, & depuis, avoit inſtitué ſa fille héritiere.

4 Comme de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant, le 20 janvier 1624, infirmative des ſentences du châtelain de Saint Haon, du 29 janvier 1611, & de celle de notre bailli de Forêts, du 24 décembre 1619, données entre Catherine Chappuis, demandereſſe, d'une part; & Gilbert de Boſt, curateur de Gilbert James, fils & héritier de Jean James, défendeur, d'autre part; par laquelle, &c. Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur le tout, ayant aucunement égard à nos lettres du 10 novembre dernier, a mis & met les appellations & ſentences & ce dont a été appellé au néant, ſans amende; en émendant, ordonne que partage ſera fait des biens, meubles & immeubles délaiſſés par le trépas de ladite Chappuis, & que moitié d'iceux ſera délivrée audit du Boſt, audit nom de curateur de Gilbert James, fils de Jean James, donataire de ladite Chappuis; l'autre moitié demeurant auſdits Maret & ſa femme, héritiere de ladite Chappuis, à la charge de payer par moitié toutes les dettes auſquelles ladite Chappuis ſe trouvera avoir été obligée lors de ſon décès, ſans y comprendre les conſtitutions faites par ladite Chappuis à ſes filles, dont la moitié des biens retenus par ladite Chappuis demeurera chargée, ſans dépens. Prononcé le 3 mai 1626. *Signé*, RADIGUES.

Cet arrêt eſt contraire à celui du parlement de Toulouſe, que monſieur Maynard a inſéré dans ſon recueil au ch. 93 du ſecond livre de ſes queſtions de droit écrit; car il dit avoir été jugé audit parlement de Toulouſe, qu'encore que le donataire ne fût chargé que de la moitié des charges, il devoit contribuer aux légitimes. Ledit ſieur Maynard allegue pour confirmation de cet arrêt ce qui eſt dit en la loi ſeconde, *Codice ad legem Juliam de vi publica, & vi privata*, le fiſque ſuccédant à quelqu'un, *ſucceſſionem pro oneribus portionis ſuæ reſpondere*, & ce que Godefroy, ſur laditeloi, aſſure avoir été jugé au parlement de Rouen. 5

Sçavoir, ſi celui de qui les biens ſont confiſqués étant tenu & obligé aux mariages des filles, le fiſque y étoit de même tenu. Mais nous ne voyons pas que ce préjugé ſe puiſſe appliquer à notre queſtion : car outre que la cauſe du fiſque eſt toujours odieuſe, ſi le frere étoit obligé à doter ſes ſœurs, le fiſque, qui ne peut avoir plus de droit, y eſt de même obligé. Mais ici, l'on ne demeure pas d'accord que le donataire doive contribuer aux légitimes, & c'eſt le point de la controverſe.

La même queſtion ſe trouve encore jugée pour 6
l'affirmative par autre arrêt du parlement de Toulouſe, & c'eſt l'onzieme playdoyer des arrêts prononcés en robes rouges par monſieur de Leſtang, préſident audit parlement. Les raiſons y ſont étendues de part & d'autre, & le lecteur les y pourra voir. Et parce qu'on y agite, *an legitima ſit quota hæreditatis, vel quota bonorum*, nous le renvoyons à ce qu'en a traité *Fachinæus*, en ſes controverſes.

Si la donation étoit purement & ſimplement de la moitié des biens, ſans avoir fait aucune mention des charges, le donataire, en ce cas, ſeroit encore moins tenu aux légitimes, & la queſtion que nous venons de traiter recevroit encore moins de doute. Ainſi l'aſſure Carondas, au livre huitieme de ſes réponſes, chapitre 57, où il cotte deux arrêts confirmatifs, l'un du parlement de Paris, & l'autre du parlement de Toulouſe.

OBSERVATIONS.

Si le donataire, à la charge de payer la moitié des dettes, eſt tenu de payer la moitié des légitimes.

L'Auteur dans cette queſtion établit, que le donataire de la moitié des biens, à la charge de payer la moitié des dettes & charges du donataire, n'eſt pas tenu de payer la moitié des légitimes, ou des dots des enfans du donateur. Il rapporte un arrêt du parlement de Paris qui l'a ainſi jugé; mais il remarque en même-tems, que le parlement de Toulouſe juge au contraire, ſuivant les arrêts rapportés par M. de Leſtang, & par
7 M. Maynard, auſquels il faut joindre M. d'Olive, liv. 5, chap. 15 & M. Cambolas, liv. 2, chap. 9 & liv. 4, chap. 7. La même Juriſprudence eſt ſuivie au parlement de Grenoble, ſuivant les arrêts rapportés par M. Guy-Baſſet, tom. 2, liv. 2, tit. 23, chap. 2 & au parlement de Bordeaux, ſuivant le témoignage de M. Abraham Lapeyrere, dans ſes déciſions, lett. D. nomb. 102.

8 Au parlement de Toulouſe, le donataire de la moitié des biens préſens & à venir, francs & quittes, ne contribue pas aux dettes antérieures à la donation; mais il contribue à celles créées depuis, juſqu'à concurrence des acquiſitions & méliorations faites par le donateur; mais il n'eſt pas tenu de contribuer au payement des légitimes, ſuivant les arrêts rapportés par M. Cambolas, livre 4, chapitre 7 & Catelan, tom. 2, livre cinq, chap. 27.

Dans ce même parlement l'on juge, que la clauſe, franche & quitte de toutes charges, appoſée dans la donation de la moitié des biens préſens & à venir, ne diſpenſe pas le donataire,

BIU Cujas

donataire du payement de la moitié des dettes, ſuivant les arrêts rapportés par M. Catelan, au même endroit, chap. 28.

Enfin, dans les parlemens de droit écrit, le donataire de la moitié des biens, en payant la moitié des charges, eſt tenu de payer la moitié des légitimes : mais ſi ces mots *en payant la moitié des charges*, ne ſont pas inſérés dans la donation, le donataire n'eſt point tenu au payement des légitimes : de Leſtang, d'Olive, Cambolas, Catelan, Lapeyrere, *eodem ;* à plus forte raiſon n'y eſt-il pas obligé, quand il y a la clauſe de franc & quitte de toutes charges, Catelan, *ibidem.*

Notre auteur parle encore de cette queſtion dans ce tom. 2, queſt. 183 de ce liv. 4, & dans le tom. 4, ſuite du liv. 6, queſt. 55. Dans cette derniere queſtion il examine ſi lorſque le fils donataire renonce à la ſucceſſion de ſon pere, qui eſt acceptée par les autres enfans, il ne laiſſe pas d'être tenu au payement de la moitié des légitimes. L'auteur ſe détermine contre le donataire : la queſtion me ſemble très-difficile ; mais ce n'eſt pas ici le lieu de la traiter, d'autant plus que je ne ſuis pas encore déterminé ſur le parti que je dois prendre.

DES SOCIÉTÉS DE TOUS BIENS.

QUESTION QUATRE-VINGT-QUATORZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si les biens des ſucceſſions qui échéent à un des aſſociés pendant la ſociété, y entrent.*
2. *Les loix ſemblent contraires ſur cette queſtion.*
3. *Conciliation des loix.*
4. *Eloge de M. Buiſſon, Foriſien, célébre avocat au parlement.*
5. *Il faut diſtinguer entre la ligne directe, & la collatérale.*
6. *Diſpoſition des contumes d'Auvergne & de Bourbonnois, ſur cette queſtion.*
7. *Diſpoſition de la coutume de Paris.*
8. *Arrêt du 18 mai 1646, rendu après une enquête par turbes, qui juge que ce qui eſt donné en collatérale, entre dans la communauté.*
9. *L'article 246 de la coutume de Paris décide nettement la queſtion.*
10. *Il eſt de ſtyle dans tous les contrats de mariage, de ſtipuler que tout ce qui écherra & adviendra aux futurs époux par ſucceſſion, donation ou autrement, n'entrera pas en communauté.*

QUESTION XCIV.

Si ce qui eſt donné à l'un des aſſociés entre dans la communauté, & comme ſe doit entendre l'art. 246 de la coutume de Paris.

1 ON diſpute en termes de droit, ſi ce qu'on donne à l'un des aſſociés eſt commun aux autres, & ſi la ſociété s'étend auſſi-bien aux ſucceſſions échues pendant icelles, qu'aux autres choſes. Nos loix en cela ſemblent contraires, & l'on diroit que nos juriſconſultes n'ont pas eu le même ſentiment ſur ce point. En la loi 3, *ff. pro ſocio*, le Juriſconſulte Paul dit, que la ſociété étant univerſelle, & de
2 tous biens, *tunc & hæreditas, & legatum, & quod donatum eſt, communioni acquiritur.* Et quoiqu'enſuite il ſemble faire diſtinction, *an hæreditatis jure legitimo obvenit, an teſtamento,* il ne reſtraint pas pour cela la déciſion précédente. C'eſt un cas nouveau qu'il traite & ce n'eſt que ſur la convention d'une ſucceſſion future.

Mais Ulpien, en la loi 9, & autres ſuivantes du même titre, *pro ſocio*, ſemble décider le contraire ; ſavoir, que ſuivant l'opinion de *Sabinus*, encore que la ſociété ſoit de tous biens, elle ne comprend pas pourtant les ſucceſſions, ni les donations. Il en rend cette raiſon : *quia hæc non ſine cauſa obveniunt, ſed ob meritum aliquod accedunt*, ou bien parce que ce qui nous eſt laiſſé ou donné par un pere ou une mere, *quaſi debitum nobis obvenit.* Et c'eſt ce que veulent dire les empereurs, quand ils diſent en la loi unique, *Codice de imponenda lucrativa deſcript. in tam neceſſariis ſibi conjunctiſque perſonis, ſub liberalitatis appellatione debitum naturale perſolvi*, comme étant cela un bien-fait plûtôt de la nature, que des hommes.

Ces loix ne ſont pas pourtant contraires à la premiere, & il eſt aiſé de les concilier. En la loi troiſiéme du titre ſuſd. *Paulus* parle d'une ſociété univerſelle, & en laquelle on avoit compris toutes choſes, mais par une clauſe bien expreſſe : ce qu'il marque par ces termes, *cùm ſpecialiter omnium bonorum ſocietas coita eſt.* En la loi ſeptiéme du même tit. Ulpien dit qu'on ſe peut ſimplement aſſocier, & que quand la ſociété eſt contractée, *ſimpliciter*, c'eſt-à-dire, ſans autre expreſſion, ni extenſion, elle eſt bien étendue à tous les gains & profits qu'on peut faire par ſon travail & induſtrie ; mais que la ſociété ainſi contractée, c'eſt-à-dire, *ſimpliciter*, & ſans expreſſion plus grande, ne comprend pas ce qui arrive par donation ou ſucceſ- 3

BIU Cujas

ſion teſtamentaire, ou légitime. C'eſt ce que le même Ulpien explique aux loix ſuivantes, mais toujours dans cette ſuppoſition, que l'aſſociation ne contienne point d'expreſſion générale, ou particuliere.

C'eſt ce qui ſemble confirmé en la loi, *ſi ſocietatem* 37 du même titre; car en icelle le même juriſconſulte ſemble faire quelque diſtinction entre la ſociété *omnium bonorum*, & la ſociété *univerſarum fortunarum*. En la premiere, les droits qui arrivent par ſucceſſion ou donation ne ſont point compris, mais ils le ſont en la ſeconde. C'eſt la diſpoſition formelle de ladite loi *ſi ſocietatem*, en laquelle le juriſconſulte explique, *univerſarum fortunarum, id eſt earum quoque rerum, quæ poſtea cuique acquirentur*. C'eſt ce que nous dirions de tous biens préſens & à venir de quelque ſorte qu'ils puiſſent arriver: mais autrement, il faut faire différence entre les acquêts, & les droits ſucceſſifs. *Quæſtus enim intelligitur, quod ex opera cujuſque deſcendit* ainſi que dit le juriſconſule, en la loi huitiéme, *ff. pro ſocio*.

Mais quoiqu'en ladite loi *ſi ſocietatem:*, le juriſconſulte veuille comprendre, *quæ in honorem alterius liberorum erogata ſunt*, la cour pourtant a jugé par ſes arrêts, qu'un office étant donné par ſa majeſté au mari, ſans qu'icelui en paye aucune choſe, le prix de cet office n'entre point dans la communauté qui eſt entre le mari & la femme; & qu'apres le décès du mari, la femme n'y pouvoit prendre aucune part. Les arrêts ont été fondés ſur la raiſon de la loi *cùm multa*, *codice de bonis quæ liberis*, ainſi qu'a remarqué Tronçon ſur l'art. 245 de la coutume de Paris; ſur lequel il fait une autre diſtinction, qu'il dit avoir appriſe du feu ſieur Buiſſon, l'un des plus célèbres avocats de ſon tems. C'eſt l'éloge qu'il lui 4 donne, & que nous répetons d'autant plus librement que ledit ſieur Buiſſon étoit Foriſien. Il faut donc diſtinguer ce qui eſt donné à l'héritier préſomptif, 5 d'avec ce qui eſt donné à un qui ne ſuccéderoit pas. C'eſt parce que au premier cas, c'eſt plûtôt un avancement d'hoirie, qu'une pure liberalité, & le donateur ne fait qu'anticiper le tems, & bailler par avance ce que le donataire auroit un jour.

6 C'eſt la diſpoſition de pluſieurs coutumes, comme de celles de Bourbonnois & d'Auvergne: par l'article deux cent ſeptante-quatre, du chap. vingt-trois de la coutume de Bourbonnois, le perſonnier ne prend rien au don qui ſe fait à l'héritier préſomptif. Il eſt vrai que du Moulin en ſa note ſur ledit article y met cette exception: *niſi eſſent ſocii omnium bonorum*; & nous voudrions ajoûter, *& omnium fortunarum*, ſuivant la remarque que nous avons faite. En la coutume d'Auvergne, article huitiéme, du titre douziéme, les biens donnés à celui qui devroit ſuccéder *ab inteſtat*, ne ſe peuvent dire acquêts, & regardent les collatéraux de la ſouche dont ils ſont provenus. Ils ne ſont donc pas communicables, s'il n'y a convention expreſſe qui s'étende à toutes ſucceſſions futures: Car c'eſt choſe qu'on peut faire, même en pays de droit écrit; & c'eſt ce que nous voulons traiter ci-après.

7 Quant à la coutume de Paris, en l'article 246, elle dit, que choſe immeuble donnée à l'un des conjoints pendant le mariage, à la charge qu'elle ſera propre au donataire, ne tombe en communauté: mais ſi elle eſt donnée ſimplement à l'un des conjoints, elle eſt commune, fors & excepté les donations faites en ligne directe, leſquelles ne tombent point en communauté. Elle établit donc une diſtinction nouvelle entre ce qui eſt donné ſimplement, & ce qui eſt donné pour demeurer propre; au lieu que nous venons de dire, que par les regles de droit, la ſociété univerſelle *omnium bonorum, & omnium fortunarum*, comprend tout, ſans diſtinction de biens. C'eſt parce que la loi ne ſépare pas les propres des biens aventifs, & qu'elle les confond tous en une même perſonne.

Mais comme l'art. ſuſd. 246 de la coutume de Paris, excepte de la communauté toutes donations faite en ligne directe, & ne dit rien de la ligne collatérale, on a douté s'il en falloit de même excepter ce qui eſt donné par quelque collatéral. Il ſemble que la coutume n'ayant excepté que ce qui eſt donné en ligne directe, on ne peut l'étendre à la collatérale, & que *exceptio in uno, firmat regulam in cæteris* Si ceux qui ont rédigé la coutume avoient entendu comprendre dans leur exception auſſi-bien la ligne collatérale que la directe; ils auroient auſſi-bien parlé de l'une que de l'autre. Et il ne faut pas croire qu'ils l'ayent fait par oubli; car parlant d'une ligne, il falloit bien qu'ils ſongeaſſent à l'autre. Il faut donc dire qu'ils ne l'ont obmiſe, que parce qu'ils la vouloient obmettre. S'il en faut chercher la raiſon, c'eſt parce que les biens qui nous viennent de nos peres & meres, nous ſont plus certains, que ceux que les parens collatéraux nous laiſſent. Les premiers nous ſont mieux acquis, & c'eſt plûtôt la fortune que la nature, qui nous les donne. C'eſt bien par conſidération du ſang qu'ils nous arrivent, mais c'eſt par haſard, & parce qu'un parent décede ſans deſcendans. Au lieu que les enfans *vocantur domini etiam vivente patre*, & ſont cenſés continuer plûtôt ſa poſſeſſion, qu'acquérir de nouveau. C'eſt pour ce ſujet qu'en droit les enfans *dicuntur ſui hæredes*, & qu'en eux ſe fait une tranſmiſſion *ipſo jure*, & ſans aſſiſtance de la loi. C'eſt-à-dire, que notre regle commune, le mort ſaiſit le vif, n'avoit lieu parmi les Romains, qu'en faveur des deſcendans.

Mais nonobſtant ces raiſons, la cour jugea qu'il y avoit du doute, & qu'il falloit qu'elle fût éclaircie de l'uſage du châtelet de Paris ſur ce point. La cour ordonna donc qu'il ſeroit informé par deux Turbes de l'uſance & commune obſervance ſur l'article 246 de la coutume de Paris; & ſi les propres donnés à titre onéreux, ou autrement par donation entre-vifs de tous biens en ligne collatérale, au mari & à la femme, héritiere préſomptive du donateur, devoient tomber en la communauté du mari & de la femme; ou ſi leſd. propres ainſi donnés demeureront propre à l'héritiere préſomptive, à concurrence de la portion qu'elle auroit eu en la ſucceſſion du donateur, ceſſant la donation, ou pour le tout. L'enquête par Turbes ayant été faite, la cour en confirmant la ſentence du prévôt de Paris, du ſixiéme juillet 1644, jugea par ce moyen, que la moitié des biens donnés à la femme, appartenoit en propriété au mari, & qu'il devoit jouir de l'autre moitié ſa vie durant, en vertu du don mutuel. Ainſi, pour faire que ce qui eſt donné en ligne collatérale, ne tombe point en communauté, il faut qu'il ſoit donné à la charge d'être propre au donataire.

Extrait des regiſtres du parlement.

Comme de la ſentence donnée par notre prévôt 8 de Paris, ou ſon lieutenant-civil, le 6 juillet 1644, entre François l'Abbé, bourgeois de Paris, & Michelle Perier ſa femme; demandeurs à ce que Louis Crezieux, marchand de vin, bourgeois de Paris, fût condamné ſe déſiſter & départir dès-à-préſent de la moitié d'une maiſon, ſiſe rue ſaint Antoine, où pend pour enſeigne la fleurs-de-lys, & de la moitié de quarante-une livres cinq ſols de rente, en deux parties ſur l'hôtel de notre bonne ville de Paris; de trois livres trois ſols de rente en trois parties, dûes au village de Ville-Juif, avec les loyers

BIU Cujas

de la moitié de lad. maiſon, & arrérages de la moitié deſd. rentes; depuis le décès de lad. Marguerite Perier, la totalité de lad. maiſon & rentes, ayant appartenu, & étant du propre ancien de défunte Marie Perier, ſans que la moitié de lad. maiſon & deſdites rentes, fuſſent ſujettes au don mutuel d'entre ledit Crezieux, & défunte Marguerite Perrier, ſa femme, du 5 mars 1646. Comme auſſi la moitié de l'autre moitié en lad. maiſon, & deſdites rentes, qui étoit un quart au total, fût déclarée appartenir auſdits l'Abbé & ſa femme, comme héritiere de lad. Marguerite Perier, femme dud. Crezieux, pour jouir par leſd. l'Abbé & ſa femme, dud. quart au total, après que ledit don mutuel ſeroit fini & expiré, d'une part; & led. Crezieux, défendeur, d'autre: Par laquelle entr'autres choſes ſur les demandes, fins & concluſions deſdits l'Abbé & ſa femme, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès: & en conſéquence, la moitié de ladite maiſon, & deſd. rentes déclarée appartenir en propriété audit Crezieux, à cauſe de la donation entre-vifs faite par ladite défunte Marie Perier aud. Crezieux, & Marguerite Perier, ſa femme, le 17 février 1615, & ordonné que lad. Crezieux jouiroit ſa vie durant de l'autre moitié de lad. maiſon & deſd. rentes, en vertu dudit don mutuel: & après led. don mutuel fini, leſdits l'Abbé & Michelle Perier ſa femme, entreroient en jouiſſance de la moitié de ladite maiſon, & deſdites rentes qui avoient appartenu à ladite Marguerite Perier, comme étant lad. Michelle Perier héritier d'icelle Marguerite Perier ſa tante, ſans dépens, fors la viſitation dudit procès, qui ſeroit payée par leſdits l'Abbé & ſa femme: Eût été par leſd. l'Abbé & ſa femme appellé à notre cour de parlement, en laquelle, parties ouies en leurs cauſes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger en icelle, ſi bien ou mal auroit été appellé; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle deſd. appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance; auſquels griefs & prétendus moyens de nullité, ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle, bailler contredits aux dépends deſd. appellans: Icelui procès vû, griefs, réponſes, forcluſions de produire de nouveau par leſd. appellans: Deux productions nouvelles dud. Crezieux: Requêtes deſd. l'Abbé & ſa femme, des 10 & 27 mars 1646, employées pour contredits: Salvations dudit Crezieux: arrêt du 15 juillet 1647, par lequel, avant que de procéder au jugement dud. procès, auroit été ordonné que pardevant le conſeiller rapporteur dudit procès, il ſeroit informé par deux turbes au châtelet de Paris, ſur l'uſance & commune obſervance de l'article 246 de la coutume de Paris, ſi les propres donnés à titre onéreux, ou autrement, par donation entre-vifs de tous biens en ligne collatérale, au mari & à la femme, héritiere préſomptive du donateur, tombent en la communauté du mari ou de la femme, ou ſi leſdits propres, ainſi donnés, demeurent propres à l'héritiere préſomptive, à concurrence de la portion qu'elle auroit eu en la ſucceſſion dudit donateur, ceſſant lad. donation, ou pour le tout; Enquête par turbes en vertu dud. arrêt du 15 juillet dernier, & procès verbal d'icelle fait par le conſeiller commis, le 17 août & jours ſuivans reçue pour juger; joint les prétendus moyens de nullité, & les parties appointées à produire & ouir droit par arrêt du 2 décembre dernier: requête dudit Crezieux du 4 deſdits mois & an, par laquelle il auroit renoncé à bailler moyen de nullité contre lad. enquête: Forcluſion d'en fournir par leſd. l'Abbé & ſa femme: Productions & contredits deſd. parties, ſuivant l'arrêt du 20 janvier dernier: Salvations dud. Crezieux: Tout joint & diligemment examiné. Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, a mis & met l'appellation au néant, ſans amende, a ordonné & ordonne, que la ſentence de laquelle a été appellé, ſortira ſon plein & entier effet; a condamné & condamne leſdits l'Abbé & ſa femme, aux frais de ladite enquête par turbes, ſans autres dépens. Prononcé le 18 mai 1646. Signé, par collation, Guyet. Avec paraphe.

OBSERVATIONS.

Si ce qui eſt donné à l'un des conjoints, entre en communauté.

L'auteur entreprend ici ſur la juriſdiction d'autrui. Il rapporte un arrêt rendu dans la coutume de Paris le 18 mai 1646, après une enquête faite par turbes au Châtelet, qui a jugé que les biens donnés à l'un des conjoints, quoique préſomptif héritier du donateur, entrent dans la communauté.

Cette queſtion a fait autrefois beaucoup de difficulté dans la coutume de Paris, mais elle n'en fait plus aujourd'hui. L'article 246 de la coutume décide nettement la queſtion, en diſant que choſe immeuble donnée à l'un des conjoints pendant leur mariage, à la charge qu'elle ſera propre au donataire, ne tombe en communauté; mais ſi elle eſt donnée ſimplement à l'un des conjoints, elle eſt commune, fors & excepté les donations faites en ligne directe, leſquelles ne tombent en communauté. 9

Mais l'on a trouvé moyen de remédier à l'inconvénient de cet article, non-ſeulement par rapport aux donations faites par les collatéraux, mais même pour celles faites par des étrangers à des conjoints: car dans tous les contrats de mariage paſſés à Paris, l'on ne manque pas de ſtipuler, que tout ce qui écherra & adviendra aux conjoints pendant le mariage, ſoit par ſucceſſion, donation ou autrement, leur demeurera propre; & au moyen de cette ſtipulation, les biens donnés à l'un des conjoints; n'entrent point en communauté.

BIU Cujas

DE LA SOCIÉTÉ, COMMENT ELLE SE DISSOUT.

QUESTION QUATRE-VINGT-QUINZIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *De la différence entre la société conventionnelle, & la communauté conjugale.*
2. *Il faut un inventaire pour dissoudre toute sorte de sociétés.*
3. *Disposition des coutumes de Bourbonnois, Nivernois & Berry, sur cela.*
4. *Le droit Romain comparé à l'Océan, où l'on peut puiser incessamment.*
5. *Espéce sur laquelle roule la question.*
6. *Raisons du survivant, pour empêcher la continuation de la société.*
7. *Avis & raisons de l'auteur, pour la continuation de la société.*
8. *L'espéce proposée par l'auteur ne doit pas être tirée à conséquence.*
9. *Si dans les pays de droit écrit, la communauté stipulée entre conjoints, continue faute d'inventaire.*
10. *Arrêts qui ont jugé pour l'affirmative.*
11. *Interprétation de l'arrêt de la maison de Sourdis.*
12. *Cet arrêt ne doit point être tiré à conséquence, pour les communautés stipulées en pays de droit écrit.*
13. *Dans les pays de droit écrit, pour dissoudre la communauté, il suffit que l'inventaire soit fidèle, il n'est pas nécessaire qu'il soit solemnel.*
14. *La coutume de Bourbonnois doit plutôt être suivie en Forêts que celle de Paris.*

QUESTION XCV.

De la rupture, ou continuation des sociétés.

1 L'On établit cette différence entre la société conventionnelle, & la communauté conjugale & coutumiere, que celle-là finit par la mort d'un des associés, *actione*, § *pro morte ff. pro socio*, & autres textes vulgaires; au lieu que celle-ci n'est pas interrompue par la mort du mari, ou de la femme, si le survivant ne fait inventaire, ou autre acte dérogeant à la communauté. C'est la disposition de presque toutes nos coutumes, & même de celle de Paris, aux articles 240 & 241. Ce qui a été étendu aux autres coutumes qui n'en disposent point.

2 Nous ne trouvons pas pourtant, que cette différence soit absolument & perpétuellement véritable; car encore que par le droit la société finisse par la mort, il est pourtant nécessaire que le survivant de deux associés fasse inventaire, lors sur-tout qu'il est chargé des effets communs. C'est la disposition de l'article 270 de la coutume de Bourbonnois, qui porte, que si l'un des conjoints en mariage, ou autres communs personniers, vont de vie au trépas, 3 & laissent enfans ou autres qui soient leurs héritiers, & le survivant desd. conjoints ne fait aucun inventaire, partage, ou autre convention équipolant à partage, dans quarante jours, à compter du jour du trépas du prémourant, la communauté de biens se continue & conserve entre le survivant & lesd. enfans, pour la portion du défunt, si bon leur semble. La coutume de Nivernois en l'article quatriéme, titre des communautés & associations, dit la même chose: car encore qu'il parle des peres & meres, & de leurs enfans, il ne laisse pas de comprendre tous autres personniers; & il se trouve en effet dans le titre des associations communes, au lieu que pour la communauté conjugale est l'article vingt-deuxiéme du titre des droits des gens mariés, de la même coutume. Enfin, la même disposition se rencontre en l'article vingtiéme, du titre huitiéme de la coutume de Berry, & il se peut dire, que comme le droit Romain est un Océan, où l'on peut puiser incessamment, cela a aussi été tiré de la loi 37, *ff. pro socio*, en laquelle *Pomponius* dit, que si les héritiers d'un des associés *animum inierint societatis in ea hæreditate, novo consensu quod postea gesserint, efficitur, ut in pro-socio actionem deducatur*: ce qui est 4 confirmé en la loi 44 du même titre.

Il est vrai, comme le remarque Coquille sur l'article quatriéme du titre des communautés de la coutume de Nivernois, que cette communauté ainsi continuée est anomale & hors la regle commune des sociétés. C'est parce qu'elle a lieu sans convention expresse ou tacite, & que c'est un droit introduit par la loi ou par la coutume en faveur des mineurs, & en haine du survivant, qui ne fait point d'inventaire. Aussi comme cette communauté est établie par la faveur des mineurs, elle leur est volontaire, & ils ont le choix de s'y tenir, ou de demander leur portion héréditaire, & compte des profits & revenus. Ragueau en son commentaire sur l'article déja cotté de la coutume de Berry, dit la même chose, sçavoir, que la société ainsi continuée, *hæreditas est & tacita, quia re consistit non consensu*; bref que c'est *rerum communio, vel communiter gestarum, non propriè societas, quia non contrahitur habito contractu inter socios*. C'est ce qu'il avoue avoir tiré du docte Cujas, & du chapitre vingt-cinquiéme du livre dixiéme de ses observations, où nous renvoyons le Lecteur; & cela présupposé, nous allons agiter une controverse, qui 5 nous a été proposée pour des personnes d'Auvergne, & de la ville de Thiers,

Deux freres étoient associés, & communs en biens, & l'un d'eux étant décédé, & ayant laissé un fils en

BIU Cujas

bas âge, l'autre lui eſt décerné tuteur. En cette qualité il fait procéder à l'inventaire des effets mobiliaires, il fait régler l'éducation du mineur par l'avis des parens : enfin il fait faire l'étrouſſe des fruits & revenus. (1) Ayant enſuite exercé la charge de tutelle quelques années, le mineur avancé en âge ſe fait décerner un curateur, & autoriſé de lui à demander compte à ſon tuteur. C'eſt à quoi l'oncle & tuteur ayant ſatisfait, il ſe trouve créancier de quelque ſomme par la clôture du compte.

Mais il faut remarquer que pendant l'adminiſtration, le tuteur ayant fait quelques acquiſitions, il les auroit fait concevoir auſſi-bien au nom de ſon mineur, que du ſien, & l'auroit de plus qualifié ſon aſſocié & perſonnier, ou conſort. Ayant le même tuteur prêté quelques ſommes de deniers, & baillé des beſtiaux à titre de chaptel, ou de commande, (2) il y auroit pareillement fait comprendre ſon mineur, avec la même qualité & dénomination. C'eſt ce qui auroit donné ſujet au mineur, fait majeur, de ſoutenir que la communauté avoit été continuée, & que ſon oncle lui devoit relâcher ſa part, & la moitié du tout.

6 Pour la réſolution de ce doute, ſur lequel nous fumes conſultés, il ſemble d'abord que le tuteur ayant fait ce qu'il devoit faire pour interrompre la ſociété; qu'ayant fait non-ſeulement inventaire, mais tant d'autres actes, juſques à rendre compte, on ne pouvoit pas douter que la ſociété n'eût été éteinte. Par conſéquent qu'elle n'avoit pû être renouvellée que par un conſentement mutuel, & qui obligeât auſſi bien le neveu que l'oncle. Que la diſpoſition du droit, *ut ſit pro ſocio actio, ſocietatem intercedere oportet, nec enim ſufficit rem eſſe communem, niſi ſocietas intercedit*, comme il eſt dit en la loi trente-uniéme, *ff. pro ſocio*. Qu'en effet il ne ſeroit pas raiſonnable que la choſe ne fût pas réciproque, & que le mineur tînt le tuteur obligé ſans l'être. Bref, que ce qui a été introduit *jure ſpeciali*, entre le mari & la femme, & en faveur des enfans qui naiſſent de leur mariage, ne ſe doit pas tirer à conſéquence pour autre perſonnes. Que cette continuation doit être d'autant moins fâcheuſe au mari, qui n'a point fait inventaire; que ce n'eſt qu'en faveur de ſes enfans propres qu'il a eu du premier lit aumoins le plus ſouvent, quoique les coutumes ordonnent la même choſe en faveur des héritiers en ligne collatérale.

Enfin on pouvoit dire pour le tuteur, que la coutume de Nivernois, & celle de Bourbonnois, aux articles cottés, ne deſirant qu'un acte de contradiction pour la rupture de la ſociété, pour faire que le mineur n'acquiere point de communauté, comme l'on n'en acquiert point ſur lui, la cauſe dudit tuteur étoit d'autant plus aſſurée, qu'il avoit fait divers actes de contradiction, & témoigné par iceux qu'il n'avoit point d'intention de continuer la communauté. Outre que la principale & plus néceſſaire piéce pour la contradiction, eſt l'inventaire bien & ſolemnellement fait, ainſi que remarque le ſieur Coquille, il y avoit divers autres actes, qui tendoient tous à montrer que le tuteur n'entendoit pas être commun en biens, puiſqu'il s'étoit reconnu comptable. Et s'il avoit fait quelques actes contraires, ils n'étoient pas ſi formels, que les autres, & ils ne pouvoient ſervir au mineur, comme ils ne lui pouvoient pas nuire.

Mais au contraire, nous avons jugé le parti du 7
mineur plus favorable & mieux établi. Car ce qui a été introduit pour la continuation de la communauté, au défaut d'inventaire, a lieu auſſi-bien pour les autres ſociétés, que pour la conjugale. Les coutumes citées le diſpoſent expreſſément, & il y a identité de raiſon; puiſque c'eſt en haine du ſurvivant, & pour punir ſa négligence, & couper chemin aux fraudes qu'il pourroit commettre; puiſque c'eſt en faveur des mineurs, & pour les garantir de ſurpriſes, il y faut établir la même régle.

Il eſt vrai que réguliérement la ſociété ſe doit contracter par un conſentement mutuel; mais comme nous avons déja remarqué, cette ſociété ainſi continuée ou renouvellée eſt anomale, & hors les régles communes. Il faut donc ſuppoſer qu'il y a deux ſortes de ſociétés, comme le prouve doctement le ſieur Cujas au lieu cotté; l'une volontaire, & l'autre héréditaire : La premiere ne ſe peut faire que par un conſentement reciproque; & c'eſt elle qui, à proprement parler, mérite cette nomination. L'autre qui vient plûtôt par une ſuite des choſes, que de la volonté des perſonnes, n'a pas beſoin que le conſentement ſoit mutuel & égal. C'eſt par ce que *ſocietatem coire, & re & verbis dubium non eſt*, ainſi qu'il eſt dit en la loi 3, *ff. pro ſocio*. De ſorte que les effets peuvent auſſi-bien induire la ſociété, que la convention.

Et ſi en la loi *ut ſi pro ſocio actio*, qui a été citée, il ne ſuffit pas que les choſes ſoient communes, s'il faut encore qu'il y ait ſociété contractée, cela ne ſe doit entendre que d'une véritable ſociété, *de ſocietate propriè dicta*. C'eſt pourquoi le Juriſconſulte en la même loi ajoute, *communiter autem res agi poteſt etiam citra ſocietatem*. Mais plus expreſſément en la loi ſuivante, le même juriſconſulte diſtingue la ſociété qui ſe contracte *tractatu habito*, & celle qui ſe fait plûtôt par une communion & confuſion de biens que par une convention expreſſe : *Cum tractatu habito ſocietas coita eſt, pro ſocio actio eſt, cum ſine tractatu in re ipſa & ipſo negotio communiter geſtum eſſe videtur*. L'action en eſt différente, mais l'effet en eſt égal, & la diſtinction eſt plûtôt aux termes qu'en la choſe même.

Auſſi pluſieurs de nos interprêtes ont tenu que la communauté qui eſt entre deux perſonnes, eſt préſumée ſe continuer entre le ſurvivant & les héritiers du décédé, quand les biens demeurent mêlés, & que cela ſe fait par un tacite conſentement, quoique les héritiers ſoient mineurs, pourvû que la continuation leur ſoit profitable. Coquille allegue à ce ſujet Paul de Caſtre, *conſil. 366, vol 2. Decius conſil. 255, vol 2, & Alexand. conſ. 132, vol. 5*, auſquels l'on peut ajouter *Rollandum à Valle, conſ. 91* où il diſtingue la ſociété ſimple d'avec la ſociété tacite, mais de tous biens.

Mais quand il faudroit que le conſentement in-

(1) Ce mot *étrouſſe* eſt ſouvent employé par notre auteur, parce qu'il eſt en uſage dans toute la province, il ſignifie dans une ſignification étendue toute adjudication qui ſe fait en juſtice, ſoit de la propriété ou des fruits des héritages; dans une ſignification plus étroite, il ſignifie la même choſe que bail judiciaire. Ici il ſe prend pour le bail qui ſe fait en juſtice des revenus des biens d'un mineur.

Ce mot n'eſt pas ſi particulier à la province du Lyonnois, qu'il ne ſoit auſſi uſité en d'autres lieux, ainſi que le témoigne & l'explique Ragueau dans ſon indice ſur ce mot, où il dit qu'étrouſſer *eſt addicere*.

(2) Dans toutes les provinces qui ſont au-delà de la Loire, l'on dit chaptel au lieu de chetel, ainſi que l'on peut voir dans les coutumes qui en parlent, comme Berry, Bourbonnois, Nivernois. Coquille, ſur cette derniere coutume, traite la matiere à fond, il en parle dans ſes inſtitutions, ch. dernier, & dans ſes queſt. ch. 84 & 85; il ſe ſert toujours du mot de chaptel, & c'eſt parler plus correctement qu'à Paris & ailleurs où l'on dit chetel, parce que ce mot vient de celui d'achater, c'eſt une eſpece d'achat que fait le preneur à chatel, Coquille le fait dériver du mot capital. L'on dit auſſi commande des beſtiaux, parce qu'on donne en quelque façon les beſtiaux en dépôt au preneur, & dans le langage du droit, *commendare* ſignifie *deponere*.

BIU Cujas

tervint de part & d'autre, & que la ſociété ne ſe pût contracter ou renouveller ſans elle, toujours pourroit-on ſoutenir qu'en cette rencontre il y auroit eu un double conſentement de la part du tuteur, & de ſon chef propre, par tant d'actes auſquels il a témoigné vouloir continuer la ſociété, de la part du mineur, par ſon tuteur même, qui a pû conſentir pour lui, & renouveller entr'eux la ſociété, ſauf au mineur de s'y tenir, ou d'en reclamer ainſi que des autres actes que le tuteur fait pour le mineur, & auſquels il ne lui peut pas nuire, mais lui peut bien profiter; la condition du mineur étant plus favorable que n'eſt celle du tuteur.

Il ne reſte donc qu'à voir ſi d'un côté le tuteur ayant témoigné qu'il n'entendoit pas continuer la communauté, & d'autre part ayant fait voir que ſon intention étoit qu'elle fût renouvellée & continuée, quels de ces actes contraires doivent prévaloir. Sur quoi l'on peut dire que par l'inventaire & autres actes, le tuteur a plûtôt fait ſemblant de vouloir rompre la ſociété qu'il ne l'a rompue. Car au même tems qu'il a fait leſdits actes, il en a fait de contraires, & n'a rien acquis qu'il ne l'ait acquis au nom de ſon mineur & de lui, il n'a point fait d'obligation ni de chaptel, que ce n'ait été au profit des deux, & il a même paſſé plus avant, l'ayant qualifié ſon aſſocié & ſon perſonnier. Par où il a témoigné que s'il étoit compris aux acquiſitions & obligations, ce n'eſt pas ſeulement parce que les deniers pouvoient procéder de la part du mineur, mais plutôt parce qu'il étoit ſon conſort & ſon aſſocié. Auſſi Coquille, ſur le titre que nous avons déja cité de la coutume de Nivernois, dit que ſi dans quelques contrats les parties ſe nomment communs & perſonniers, cela ne ſert pas ſeulement pour prouver la communauté déja contractée, mais encore pour diſpoſer & introduire communauté; parce que la ſociété eſt au nombre des contrats qui ſont parfaits par le ſeul conſentement, § *Inſtitution. de obligat. ex conſenſu.* Il eſt vrai que cet auteur parle des contrats faits entre les mêmes parties; & c'eſt en ce cas qu'il veut que la ſimple énonciation, pourvu qu'elle ſoit faite ſérieuſement, ſerve de preuve: mais encore que ce ne ſoit pas entre mêmes parties, l'énonciation geminée & réitérée par divers actes, ne laiſſe pas de faire foi, outre que nous avons dit que la choſe eſt d'autant moins douteuſe, que comme le tuteur a pû ſtipuler pour le mineur, les actes ont autant de force que s'il y étoit intervenu.

Or s'il eſt vrai que ces actes ne puiſſent avoir autre ſens, ni ſouffrir autre explication; s'il eſt vrai qu'en comprenant le mineur dans les obligations & acquiſitions, qu'en le qualifiant ſon conſort & perſonnier, le tuteur n'ait pû faire cela ſans le déclarer tel, & montrer ſon intention, on ne peut pas dire le même des actes contraires. Car encore que le tuteur ait fait liquider l'éducation de ſon mineur, & procéder à l'étrouſſe de ſes fruits, il ne s'enſuit pas qu'il ait entendu rompre la ſociété, s'il a pû faire cela ſans y déroger. Il a bien eu intention de vivre en communauté, & ce qu'il a fait a bien fait voir qu'il vouloit y perſiſter; mais comme il ſçavoit que cette communauté ſeroit arbitraire de la part du mineur, & qu'il auroit le choix de l'accepter, ou de la rejetter, il vouloit prévenir ſes pourſuites, s'aſſûrer contre lui, & prevenir ſa recherche. Il vouloit ſe préparer à tous évenemens, & en cas qu'il fût comptable, ſe mettre en état de rendre ſon compte. Deſorte qu'on peut dire, que ce que le tuteur a fait, a été plûtôt une procuration qu'une déclaration de ſa volonté, & plûtôt un recours ſubſidiaire, qu'une intention formelle. Ainſi tant s'en faut que les actes ſe choquent, qu'au contraire, ils peuvent ſubſiſter enſemble: & il eſt vrai de dire que le tuteur a pû continuer la ſociété, & néanmoins n'oublier pas ce qu'un tuteur doit faire pour ne donner point de priſe au mineur.

On peut même paſſer plus avant, & ſoutenir que les premiers actes ne ſont qu'actes; & que les autres ſont actes formels, ou qui du moins preſſent davantage. La loi ou la coutume veut qu'au défaut d'inventaire, la communauté ſoit continuée entre le ſurvivant & les héritiers de l'autre: ou pour mieux dire, c'eſt une regle certaine que la communauté eſt cenſée continuée par la confuſion des biens, s'il n'y a acte de contradiction, & c'eſt parce que la contradiction fait préſumer le contraire. Mais cette préſomption ceſſe, ſi en faiſant inventaire, ou autre acte qui puiſſe faire préſumer la contradiction, le ſurvivant y déroge par d'autres actes contraires. La préſomption ceſſe alors, *& cum in verbis, aut actibus nulla eſt ambiguitas, non admittitur voluntatis quæſtio,* comme dit le juriſconſulte, *in l. ille, aut ille, ff. de legat. 3.* Et partant il faut conclure avec un autre juriſconſulte, *in l. planè ſi hi ff. pro ſocio* qu'après la mort d'un aſſocié, ſes héritiers & l'autre aſſocié peuvent renouer aiſément la ſociété, & que *novo conſenſu efficitur quod poſtea geſſerint, ut pro ſocio in actionem deducatur.* C'eſt-à-dire, qu'il ſuffit qu'on ait témoigné avoir *animum ſocietatis.*

OBSERVATIONS.

De la continuation de communauté.

DAns cette queſtion, l'auteur parle de la continuation de communauté entre conjoints, aſſociés & perſonniers. Il dit que la communauté continue entre le ſurvivant & ſes enfans mineurs, ou les enfans mineurs de l'autre aſſocié ou perſonnier, faute
8 par le ſurvivant d'avoir fait inventaire. Il propoſe une eſpece particuliere entre des perſonnes de la ville de Thiers en Auvergne, ſur laquelle il avoit été conſulté, & avoit été d'avis, que la ſociété devoit continuer entre un oncle tuteur & un neveu mineur, quoique l'oncle eût fait inventaire, & fait procéder au bail ou étrouſſe des fruits des biens de ſon mineur, parce qu'il avoit fait pluſieurs actes poſtérieurs, comme baux à chaptel ou commande, tant en ſon nom qu'en celui de ſon mineur, auquel il avoit donné la qualité d'aſſocié ou perſonnier. L'auteur convient qu'il s'eſt déterminé ſur les circonſtances particulieres de l'affaire; ainſi il n'en faut pas faire une déciſion générale.

BIU Cujas

Si la continuation de communauté a lieu dans les pays de droit écrit.

Mais ſur cette queſtion il y a lieu de propoſer une queſtion générale ſur tous les 9
pays de droit écrit, ſavoir, quand dans un contrat de mariage les conjoints ont ſtipulé qu'il y auroit communauté de biens entr'eux, ſi faute par le ſurvivant d'avoir fait un bon inventaire, il y a continuation de communauté.

Suivant la diſpoſition du droit, la ſociété finit par la mort de l'un des aſſociés, & ſes héritiers n'en peuvent pas demander la continuation; enſorte que l'on ne peut pas même ſtipuler que les héritiers ſuccéderont à la ſociété, *adeo morte ſocii ſolvitur ſocietas, ut nec ab initio paciſci poſſumus, ut hæres ſuccedat ſocietati, l. 59, ff. pro ſocio.*

Nonobſtant ce principe, qui eſt l'un des plus certains du droit, l'on prétend que 10
les arrêts ont jugé, que quand il y a eu une ſtipulation de communauté entre les conjoints en pays de droit écrit, la communauté continue avec les enfans, faute par le ſurvivant d'avoir fait inventaire. M. Brodeau ſur M. Louet, lettre C, chap 30, nomb. 6, en rapporte deux rendus pour le pays du Mâconnois, M. Bardet, tom. 2, liv. 9, ch. 13, en rapporte un autre du premier août 1640.

Si en pays de droit écrit, pour diſſoudre la communauté, il faut un inventaire ſolemnel.

La difficulté conſiſte à ſavoir s'il eſt néceſſaire que cet inventaire ſoit ſolemnel, l'on allégue à ce ſujet l'arrêt de Sourdis, qui a déclaré que la communauté avoit continué, parce que l'on trouva une lettre écrite par la mere au ſubrogé tuteur, par laquelle elle le prioit d'accepter cette charge, & qu'elle l'indemniſeroit de toutes choſes.

Pour être perſuadé que cet arrêt ne peut pas ſervir de regle générale, il n'y a qu'à en 11
rapporter l'eſpéce. Meſſire René Deſcoubleau, marquis de Sourdis, dans ſon contrat de mariage avec dame Anne de Roſtain, paſſé à Paris, où les contractans étoient domiciliés, avoit ſtipulé une communauté de biens, ſuivant la coûtume de Paris. De ce mariage nâquirent pluſieurs enfans; après le décès du ſieur marquis de Sourdis, la dame de Roſtain ſa veuve paſſa en ſecondes nôces avec meſſire Jacques de la Vue, ſeigneur de Montagnac, demeurant dans le pays de Forêts. Enſuite pour diſſoudre la communauté qui avoit été entr'elle & le ſieur de Sourdis, elle voulut faire procéder à un inventaire; mais celui qui avoit été élu ſubrogé tuteur, ayant fait quelque difficulté d'accepter cette charge, parce que la dame de Roſtain étoit fort impérieuſe, elle lui écrivit du pays de Forêts une lettre pour l'engager de l'accepter, avec promeſſe qu'elle l'indemniſeroit de tout ce qui pourroit être prétendu contre lui, pour raiſon de ce.

La dame de Roſtain, de ſon mariage avec le ſieur de Montagnac, n'eut qu'un enfant qui mourut fort jeune; par leur teſtament mutuel ils inſtituerent leur héritier univerſel Pierre Deſcoubleau, le plus jeune des enfans du premier lit de la dame de Roſtain.

René Deſcoubleau ſecond, qui étoit l'aîné des enfans du premier lit, chagrin de cette diſpoſition, chercha des moyens pour en éluder l'effet, & avoir part dans les biens conſidérables que ſa mere avoit acquis pendant ſon ſecond mariage avec le ſieur de Montagnac. Pour cet effet il ſoutint que la communauté, qui avoit été entre ſon pere & ſa mere, avoit continué faute d'avoir fait faire un inventaire avec un légitime contradicteur: prétendant que le ſubrogé tuteur qui avoit aſſiſté à l'inventaire n'étoit pas un légitime contradicteur, à cauſe qu'il n'avoit accepté cette charge qu'à la priere de ſa mere, & pour le prouver il rapporta la lettre miſſive qu'elle lui avoit écrite; c'eſt ſur ce fondement que l'arrêt rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, déclara la communauté continuée.

Cet arrêt ne peut avoir aucune application aux communautés ſtipulées en pays de 12
droit écrit, puiſque le contrat de mariage de René Deſcoubleau & de Anne de Roſtain avoit été paſſé à Paris, où ils avoient pour lors leur domicile, la tranſlation du domicile d'Anne de Roſtain, dans le pays de Forêts ne pouvoit pas la décharger de faire un inventaire, ſuivant la régle preſcrite par la coutume de Paris. Il faut encore ajouter que la dame de Roſtain étoit une femme extraordinaire, pleine de paſſion & de prévention; c'eſt pour cette raiſon que la cour caſſa toutes les diſpoſitions qu'elle avoit faites entre ſes enfans, ainſi que notre auteur le remarque, tom. 3, ſuite du liv. 6, queſt. 45.

Pour revenir à la queſtion, il faut à la vérité un inventaire pour diſſoudre la commu- 13
nauté ſtipulée en pays de droit écrit, mais il n'eſt pas néceſſaire que cet inventaire ſoit ſolemnel, il ſuffit qu'il ſoit fidèle; car s'il falloit faire un inventaire ſuivant la forme preſcrite par la coutume de Paris, jamais l'on ne pourroit diſſoudre la communauté, le nom de ſubrogé tuteur eſt inconnu dans le droit, & l'uſage n'eſt pas de nommer un curateur

BIU Cujas

pour aſſiſter à l'inventaire; il ſuffit que le ſurvivant, qui eſt ordinairement tuteur de ſes enfans, faſſe un bon inventaire.

La cour a perpétuellement jugé, que dans les coutumes qui ne parlent point de continuation de communauté, le moindre acte ſuffit pour diſſoudre la communauté. Cela a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts rendus dans la coutume d'Anjou, qui ſont rapportés par M. Brodeau, ſur M. Louet, lett. C, ch. 30, nomb. 6, & par M. Soefve, tom. 1, cent. 3, ch. 35.

14 Cela doit avoir principalement lieu pour le pays de Forêts, qui eſt limitrophe & enclavé dans le Bourbonnois, où la coutume, article 270 requiert un inventaire, partage, diviſion, ou autre acte équipolant à partage. M. Charles du Moulin, dans ſa note ſur cet article, dit que les avocats de Paris & de Bourbonnois ont été d'avis, que quand le ſurvivant marie ſa fille, & lui baille dot, cet acte eſt ſuffiſant pour diſſoudre la communauté, c'eſt-à-dire, que le moindre acte ſuffit; il eſt d'autant plus juſte de ſe régler en cette occaſion, ſuivant la diſpoſition de la coutume du Bourbonnois, qu'autrefois les provinces du Bourbonnois & du Forez appartenoient à un même ſeigneur, & par conſéquent le même eſprit qui gouvernoit ces deux provinces, a introduit les mêmes uſages dans l'une & dans l'autre.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEpuis la premiere édition, j'ai travaillé dans un procès pour dame Magdeleine Deſcoubleau, épouſe de Meſſire Charles Ignace de la Rochefoucault, marquis de Rochebaron, qui eſt fille de Pierre Deſcoubleau de Sourdis, l'un des enfans du premier lit d'Anne de Roſtain & de René Deſcoubleau de Sourdis. Dans ce procès, j'ai vu le contrat du ſecond mariage d'Anne de Roſtain avec Jacques de la Vue, ſieur de Montagnac. Il eſt paſſé à Paris pardevant Libaut & Bergion, notaires au Châtelet de Paris, le 15 ſeptembre 1604. Le ſieur de Montagnac eſt dit demeurant ordinairement en Forez, de préſent en cette ville de Paris. La dame de Roſtain eſt dite demeurante à Courtry en Brie, de préſent à Paris. Il y a une communauté de biens ſtipulée; ainſi les deux contrats de mariage de la dame de Roſtain avoient été paſſés à Paris avec ſoumiſſion à la coutume de Paris. L'inventaire pour diſſoudre la premiere communauté, avoit été fait à Paris & à Courtry en Brie, qui eſt de la coutume de Melun, qui requiert les mêmes formalités que la coutume de Paris pour la diſſolution de la communauté. Ainſi il ne faut pas s'étonner ſi l'arrêt a déclaré la communauté continuée, faute d'avoir fait un inventaire dans les formes; mais il y a lieu d'être ſurpris de ce que nos auteurs diſent que cet arrêt a jugé, que pour diſſoudre la communauté en pays de droit écrit, il faut un inventaire ſolemnel, car il n'étoit pas queſtion de cela.

M. René Chopin, *de morib. Pariſ.* liv. 2, tit. 1, n. 31, rapporte un cahier à la main des anciennes ordonnances de la ville de Paris, de l'an 1293, qui rejettent la continuation de communauté entre le ſurvivant des pere & mere & leurs enfans. *Prorogatio connubialis bonorum conſortii nulla fuit Pariſiis antiquitùs, inter conjugum ſuperſtitem & communes natos, ſed extinctis illis, in bonorum ſocii manebant, donec familiam herciſcerent, quem Lutetiæ caces morem patrium teſtati ſunt frequenti corona*, (c'eſt-à-dire dans l'aſſemblée des états de la ville de Paris.) *ann.* 1293.

J'ai obſervé que ce qu'on appelle le droit coutumier, eſt contraire à la loi ſalique, aux capitulaires de Charlemagne, le plus grand & le plus ſçavant des rois, aux établiſſemens de Saint Louis, le plus ſaint & le plus judicieux des rois.

Je ne ſuis pas ſurpris que les redacteurs des coutumes, qui étoient des praticiens ignorans, ayent ignoré toutes ces loix; mais je ſuis fort ſurpris que les réformateurs de la coutume de Paris, qui étoient de grands magiſtrats & de célébres avocats ſe ſoient plutôt attachés aux opinions de praticiens, qu'à ces loix vénérables.

BIU Cujas

DE LA COMPARAISON D'ÉCRITURES.

QUESTION QUATREVINGT-SEIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si en matiere de faux, il faut que les parties conviennent des piéces de comparaiſon, & ſi l'accuſé doit avoir la liberté de nommer un expert de ſa part.*
2. *Avis de l'auteur, que le juge doit nommer les experts.*
3. *Dans le crime de faux, le juge doit plutôt pancher pour l'accuſateur que pour l'accuſé.*
4. *Avis de l'auteur, que l'accuſé doit convenir des piéces de comparaiſon.*
5. *Les piéces de comparaiſon doivent être du même tems ou approchant, que la piéce arguée de faux.*
6. *Deux ſentences de Montbriſon, qui ont jugé ſuivant l'avis de l'auteur.*
7. *M. le Vayer, maître des requêtes, a fait un excellent traité de la comparaiſon d'écritures.*

QUESTION XCVI.

Du rapport des maîtres écrivains, & s'ils doivent être convenus ou pris d'office; enſemble ſur quels actes ſe doit faire la comparaiſon de lettres.

1 NOUS avons vu agiter en ce ſiége, ſi pour la preuve d'un faux, & des moyens qu'on a donnés, ayant été ordonné que des experts ou maîtres écrivains feront leur rapport ſur la conformité ou diverſité de l'écriture & ſignature, il eſt néceſſaire que les parties en conviennent, ou que le juge les prenne d'office. Comme auſſi s'il ſuffit que les experts faſſent leur rapport à la ſourdine ſur les actes que le demandeur pourra remettre, ou s'il faut que l'accuſé en ait connoiſſance, & en demeure d'accord, & même puiſſe, s'il veut, en rapporter de ſa part.

2 Pour le premier point, il n'eſt pas à propos d'en faire une controverſe, & il n'y a pas apparence que l'accuſé nomme un expert de ſa part; car outre que ce ſeroit en quelque façon lui donner moyens d'inſtruire ſa juſtification auſſi-tôt que l'accuſation, il pourroit par ce moyen éventer le ſecret du procès, &
3 en éluder les preuves. C'eſt ce qu'on doit éviter, & plûtôt au crime de faux qu'aux autres : car au lieu qu'en tout autre crime, ſi ce n'eſt au crime de léſe-Majeſté, le juge doit tenir l'équilibre, & pancher plûtôt en faveur de l'accuſé, que de l'accuſateur, & pour l'abſolution, que pour la condamnation; au contraire, en matiere de faux, la loi oblige le juge, non-ſeulement de tenir le milieu, mais de pancher même du côté de l'accuſateur. Elle veut que quand il s'agit d'un faux, *tunc acerrima fiat indago, argumentis, teſtibus, ſcripturarum collatione, aliiſque veſtigiis veritatis, nec accuſatori tantùm quæſtio incumbat, nec probationis ei tota neceſſitas inducatur.* Elle le charge d'en prendre lui-même le ſoin, & de ne rien oublier qui puiſſe ſervir à découvrir le faux. Mais ſur-tout, elle défend au juge *ne ullâ interlocutione divulget quæ ſentiat*, & cache ſi bien ſon ſentiment, que l'accuſé ne puiſſe rien éventer que par la ſentence diffinitive. Il n'y a donc pas apparence qu'on permette à l'accuſé de nommer un expert de ſa part, de crainte qu'étant à ſa dévotion, il ne découvre par lui l'état du procès, & la force ou la foibleſſe des preuves. Mais en prenant par le juge des experts d'office, nous n'eſtimons pas qu'il le doive faire ſi ſecretement qu'ils ſoient cachés à l'accuſé, & qu'il n'en puiſſe rien ſçavoir qu'après le rapport. Au contraire, nous croyons que le juge les doit prendre non ſuſpects & donner un bref délai pour les accorder ou diſcorder. On pourra dire que c'eſt un moyen de les pratiquer, & qu'il n'eſt pas à propos que l'accuſé ſçache les témoins qui dépoſent. Nous répondons que les experts ne ſont pas ſeulement l'office de témoins, mais qu'ils ſont en quelque façon les premiers juges : mais s'il y a ſoupçon de ſubornation, ce qu'on ne doit pas pourtant préſumer contre des experts choiſis, l'inconvénient ſeroit plus grand d'un autre côté; car le rapport étant fait, ſi les experts ſe trouvoient ſuſpects, & que l'accuſé les pût valablement reprocher, au lieu d'avancer, on auroit reculé; il faudroit recommencer & prendre d'autres experts pour faire un ſecond rapport.

Quant au ſecond point, nous eſtimons que le
4 rapport ne ſe peut faire valablement, que les parties ne demeurent auparavant d'accord des actes ſur leſquels l'écriture de la piece impugnée doit être comparée. C'eſt parce qu'il eſt néceſſaire que la comparaiſon des lettres ſe faſſe ſur des actes certains & qui ſoient remis de part & d'autre, ou du moins, qu'on accorde véritables : autrement, il s'enſuivroit qu'il ſeroit aiſé de vérifier qu'une écriture véritable & légitime ſeroit fauſſe par la comparaiſon des actes ſuppoſés. En effet, ſi le principal fondement du faux conſiſte en la reconnoiſſance & comparaiſon de l'écriture, elle ne ſçauroit être faite trop exactement, & avec trop de circonſpection. Il eſt donc bien rai-
5 ſonnable que l'accuſé ſçache ſur quels actes la comparaiſon ſe doit faire, & qu'étant remis au greffe, il ait un tems pour les reconnoître. A quoi l'on peut ajouter que cette comparaiſon ne ſe doit pas toujours faire ſur tous actes, quoiqu'ils ſoient véritables, il faut qu'il y ait du rapport pour le tems, & qu'autant qu'il ſe peut, les actes qu'on veut comparer ſoient de même année, ou qu'il n'y ait pas grand intervalle entre deux. C'eſt à cauſe qu'une même perſonne écrit & ſigne diverſement, quand c'eſt en divers tems, & que la diſtance eſt conſidérable. Cela eſt ſi certain, qu'un homme avancé dans l'âge pourroit déſavouer ce qu'il a écrit en ſa jeuneſſe; & plu-

BIU Cujas

ſieurs remarquent telle différence en ce qu'ils ont écrit depuis dix ou quinze ans, qu'ils en doutent quelquefois. On allegue à ce propos ce que dit Ulpien, *in l. 26, § 12, ff. de condictione indebiti*; ſçavoir, *eam eſſe cauſam operarum ut non ſint eædem, neque ejuſdem hominis, neque eidem explicetur: nam plerumque robur hominis ætas temporis, opportunitaſque naturalis mutat cauſam operarum.* Ainſi il eſt ſans doute qu'un homme peut mieux écrire une fois que l'autre; qu'il peut avoir la main plus hardie, & que ce qu'il aura fait malade ne répondra pas à ce qu'il aura fait en pleine ſanté. C'eſt d'où les interprêtes tirent cette regle : *quæ tempore diſtinguntur eadem ſemper non eſſe*; ce qui doit être obſervé en matiere de faux, ainſi que Mornac l'a remarqué ſur la loi préalléguée. Donc, puiſqu'il faut que les actes qu'on veut comparer ſoient preſque de même tems, afin que comme ils doivent être plus conformes, auſſi la difformité donne une impreſſion plus forte, il eſt raiſonnable que l'accuſé ait connoiſſance des actes qu'on veut comparer, & qu'il voye s'ils ſont de divers tems, avec trop d'intervalle, & afin qu'il puiſſe
6 auſſi en remettre de ſa part avec plus de convenance.

Cet incident ayant été agité en notre ſiége ſur un appel du châtelain de Cerviere, en émendant la ſentence, & rejettant le rapport qui avoit été fait à la ſourdine, il fut ordonné qu'il ſeroit procédé à autre nouveau rapport par les maîtres écrivains, qui ſeroient pris dans la province, & auſquels ſeroient remiſes de part & d'autre des pieces autentiques. Cela fut ainſi jugé par ſentence du 6 avril 1636, rendue entre maître François Popon, & Aymare Carton ſa femme, appellant, & Pierre du Sapt, intimé.

Depuis, le même point ayant été débattu entre le ſieur Paliat & le ſieur Ferriol, ſur un teſtament débattu de faux, le ſeptembre 1649, il fut ordonné que ſans préjudice du rapport fait, & icelui demeurant au procès pour ſervir ce que de raiſon, il ſeroit procédé à un nouveau rapport par autres experts non ſuſpects aux parties; & qu'iceux procéderoient à la comparaiſon de l'écriture & ſignature ſur les actes qui leur ſeroient reſpectivement remis, & dont leſdites parties demeureroient d'accord par un préalable. Ce fut conformément aux concluſions que nous avions priſes pour l'intérêt de S. M. & du public.

Nous n'avons point vu d'auteur qui traite particulierement de la reconnoiſſance & comparaiſon d'écritures, & de ce qu'il y faut obſerver, que *Menochius, de arbitr. Judiciis, in caſu* 114. Nous y renvoyons le lecteur, & aux autres auteurs que celui-là cite.

OBSERVATIONS.

De la comparaiſon des écritures.

DAns cette queſtion, l'auteur examine deux choſes.

La premiere, ſi en matiere de faux, quand il s'agit de nommer des experts pour vérifier l'écriture arguée de faux, l'accuſé eſt en droit d'en nommer un de ſa part, il dit que non.

La ſeconde, ſi le rapport des experts peut être fait ſans que l'accuſé ſoit convenu des piéces de comparaiſon, ou qu'il ait été ſommé d'en convenir; il rapporte deux ſentences rendues en ſon ſiége ſur ſes concluſions, qui ont rejetté de ſemblables rapports.

Aujourd'hui toutes ces queſtions ſont décidées par l'ordonnance de 1670, tit. 8, de
7 la reconnoiſſance des écritures & ſignatures en matiere criminelle.

M. Henrys dit qu'il n'a point vu d'auteur qui traite particulierement cette matiere, que Menochius. Nous avons un traité excellent de la comparaiſon des écritures, compoſé par M. le Vayer, Maître des requêtes, qui avoit auparavant fait la profeſſion d'avocat avec un grand applaudiſſement pendant vingt ans.

DE LA PREUVE DE LA MINORITÉ.

QUESTION QUATRE-VINGT-DIX-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Pour être reçu dans une charge, l'on peut prouver l'âge par témoins.*
2. *Pour la reſciſion d'un contrat, il faut que la minorité ſoit prouvée par écrit.*
3. *Conteſtation ſur ce fait.*
4. *Moyens du mineur.*
5. *Moyens du créancier.*
6. *Sentence qui a reçu la preuve par témoins.*
7. *Avis de l'auteur, qu'il faut des circonſtances biens préciſes.*
8. *L'ordonnance de 1667 permet la preuve par témoins en ce cas, quand il n'y a point de regiſtres de baptême.*

BIU Cujas

QUESTION XCVII.

De la preuve de la minorité, & par quel moyen elle se doit faire pour la rescision d'un contrat.

1 L'on ne doute pas que la preuve de l'âge ne se puisse faire non-seulement par les registres du baptême, ou par le livre du pere, mais encore par les plus proches parens, ou autres témoins. Mais cette regle n'est pas générale, & il ne faut pas l'étendre aux choses qui sont odieuses. Pour parvenir à une charge publique, passe qu'on fasse preuve par témoins de l'âge qui est requis. Comme c'est chose favorable, & qu'en cela, c'est autant que l'année soit commencée, que si elle étoit accomplie, il 2 n'importe pas que la preuve soit si certaine. C'est ce qu'on ne peut pas dire de la rescision d'un contrat; car étant nécessaire de venir précisément dans le tems, il faut aussi qu'il y ait de la certitude en la preuve qu'un mineur rapporte.

3 C'est ce qui a donné sujet de douter s'il suffisoit au mineur qui se veut faire relever, & faire casser le contrat qu'il a fait en minorité, de la prouver par témoins, ou s'il est nécessaire que ce soit par acte public, ou par quelque écriture non suspecte. Ce point ayant été agité en ce siége, les avocats & les juges furent comme partagés, & néanmoins sur les circonstances du fait, la preuve fut admise par témoins, & jugée suffisante.

4 Pour le demandeur en lettres, l'on disoit que ce n'étoit pas assez que la loi offrît son assistance aux mineurs, si elle ne leur fournissoit les moyens de s'en aider. En vain le mineur seroit restituable, s'il ne lui étoit permis de prouver sa minorité, & que lui serviroit-il qu'il eût ce bénéfice, si l'entrée lui en étoit interdite? Elle le seroit sans doute s'il ne pouvoit prouver son âge par témoins, & si ne pouvant rapporter son acte baptistaire, il ne pouvoit faire répa- 5 rer le tort qu'on lui a fait. C'est parce que les registres des baptêmes sont presque tous perdus, ou par la négligence des curés, ou par les guerres & les pestes. Outre que les curés en étant saisis, & les laissant à leurs héritiers, ceux-ci négligent de les conserver, ou le plus souvent les vendent. Et quant aux livres que les peres peuvent tenir de la naissance de leurs enfans, c'est une preuve qu'on ne peut attendre des personnes illitérées, & même plusieurs de ceux qui sçavent écrire n'ont pas cette précaution, & n'en tiennent point de compte.

C'est de-là que le demandeur inféroit, que ne pouvant prouver son âge par le registre des baptêmes, parce qu'il n'y en avoit aucun, & qu'il en avoit prouvé la perte, la preuve qu'il avoit faite par témoins de sa minorité devoit suffire. En un mot, que ne pouvant la faire autrement, on ne pouvoit pas l'astreindre à chose impossible, & l'obliger au rapport d'un acte perdu. Il est vrai que la preuve litérale est plus certaine; mais quand elle manque, la preuve par témoins ne doit pas être rejettée.

Au contraire, pour le défendeur, on disoit que si l'âge se peut prouver par témoins, pour être reçu dans un office, & autres choses favorables, c'est parce qu'il n'est pas nécessaire qu'on ait précisément l'âge qu'on propose, & qu'en quelque cas que l'année commence, elle est censée accomplie. Mais il n'en est pas de même pour la rescision des contrats; comme le tems se compte d'un moment à l'autre, & qu'il faut qu'un mineur se soit pourvu dans les dix ans de l'ordonnance, aussi, faut-il qu'il prouve son âge autrement que par témoins. C'est parce que leur dire est incertain & vague, & qu'ils ne peuvent si bien cotter l'âge, qu'ils n'ajoûtent ou n'en retranchent. Outre que c'est en quelque façon favoriser la corruption du siécle, & la facilité qu'on trouve aux témoins, *per quos multa veritati contraria perpetrantur*, comme dit la loi, en un mot, que c'est choquer l'ordonnance de Moulins, qui a voulu rejetter la preuve par témoins, pour les choses importantes.

C'est ce qu'on confirmoit par l'autorité de maître Antoine Mornac, lequel, sur la loi 7, *C. de in integrum restitutione minorum*, ayant remarqué que l'âge se peut prouver par les sages-femmes, par les parains & maraines, en un mot, par témoins; il ajoute aussi-tôt, *aliud si ad rescindendum contractum ex causa minoris ætatis instituta sit actio, eo enim casu codex paræcianus manusque patris totam probationum fidem absolvunt, cùm de momento ad momentum observantur tempora, l. 3, ff. de minorib. l. 3, ff. de divers. tempor. actionib.*

C'est ce qui faisoit la difficulté; mais pourtant la preuve fut reçue par témoins; & ensuite d'icelle, le demandeur, qui tendoit à être relevé d'un con- 6 trat de vente, gagna sa cause: ce que la cour auroit confirmé. Mais il faut remarquer double circonstance qui s'y rencontroit: l'une, qu'en articulant la minorité, on avoit aussi articulé & prouvé la perte des actes & registres baptistaires de la paroisse; & l'autre, que les témoins qui déposoient de l'âge, en parloient fort précisément, & en cottoient une remarque certaine.

Hors ces deux circonstances, nous ferions difficulté de nous arrêter au dire des témoins, & nous ne croirions pas que cela dût suffire pour la restitu- 7 tion d'un mineur lors de l'acte, mais encore qu'il est venu dans le tems. Il faut donc qu'il articule, & mette en fait que les registres de la paroisse sont perdus, qu'il en ait la déclaration du curé & des marguilliers; en un mot, qu'il prouve par ceux du lieu, qu'il ne s'en trouve point de ce tems. Il faut encore que les témoins qu'il fait ouir parlent pleinement de son âge, qu'ils le cottent avec certitude, & en donnent quelque marque considérable, comme seroit la naissance du roi, l'entrée & prise de possession d'un évêque ou d'un gouverneur, l'installation du magistrat & autres semblables. C'est ce que nous avons jugé digne d'être observé, comme chose qui tombe souvent dans l'usage, & sur laquelle on se peut tromper, ou pour trop facilement admettre la preuve par témoins, ou pour la rejetter entierement. L'arrêt confirmatif de la sentence de ce bailliage a été donné contre un nommé Rochapt, marchand de Saint Just en bas, si nous le pouvons récouvrer, nous l'ajoûterons ici.

De la preuve de l'âge & des baptistaires, voyez ce qu'en a dit monsieur le Prestre, en son traité des mariages clandestins.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

De la preuve de la minorité.

DANS cette queſtion, l'auteur dit que la preuve de l'âge, quand un mineur veut faire reſcinder un contrat, doit être fait par écrit, & que l'on ne doit point admettre la preuve teſtimoniale, ſi les témoins ne dépoſent certainement de la naiſſance, qu'ils n'articulent le jour précis, & n'en donnent quelque marque publique, comme la naiſſance d'un prince, & autres ſemblables.

8 Cette queſtion eſt réglée par l'ordonnance de 1667, au titre *des faits qui giſſent en preuve vocale ou littérale*; l'article 14, dit que ſi les regiſtres ſont perdus, ou qu'il n'y en ait jamais eu, la preuve en ſera reçue, tant par titres que par témoins : ainſi, en ce cas, l'ordonnance reçoit la preuve par témoins; & par conſéquent, les marques de quelque événement public ne ſont pas néceſſaires; autrement il n'y auroit que ceux qui ſont nés en des jours ſolemnels qui fuſſent reçus au bénéfice de reſtitution.

DE LA POLYGAMIE.

QUESTION QUATRE-VINGT-DIX-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Suivant la diſpoſition des novelles de Juſtinien, il eſt défendu aux femmes des abſens de ſe remarier, juſqu'à ce qu'elles ayent eu des nouvelles de leurs maris.*
2. *La diſpoſition du droit canonique eſt conforme à celle du droit civil.*
3. *A qui des deux maris avec leſquels la femme a eu commerce la nuit du neuviéme mois, l'enfant doit appartenir.*
4. *Arrêt de réglement du 9 février 1640, portant défenſes à tous les curés de marier les veuves, ſans auparavant avoir un certificat en bonne forme du décès de leurs maris.*
5. *En droit, la peine de la polygamie eſt ſimplement l'infamie.*
6. *La juriſprudence des arrêts a varié ſur cela, autrefois la peine de la polygamie étoit la mort; à préſent les galeres pour les hommes, & le banniſſement pour les femmes.*
7. *Belle diſſertation ſur cette queſtion par M. Gueret, & ſon éloge.*

QUESTION XCVIII.

Du mariage des veuves, & du certificat qu'elles doivent avoir du décès de leurs maris.

1 L'EMPEREUR Conſtantin, en la loi 7, *C. de repudiis*, avoit eu aſſez d'indulgence pour les femmes, en tant qu'il leur avoit permis, après une longue abſence de leurs maris, de ſe remarier impunément. Ce que depuis, Juſtinien auroit corrigé & mieux réglé par ſa novelle 22, au chapitre 14, & plus expreſſément par la novelle 117, ch. 11. Il a donc établi qu'il ne ſuffiſoit pas que le mari ait été longtems abſent, ni même qu'il ſoit réputé pour mort: il veut que la femme en ſoit aſſurée, qu'elle en ait eu des nouvelles certaines, & qu'avant que de contracter un ſecond mariage elle produiſe devant le juge des lieux les certificats & témoignages qu'elle a du décès de ſon mari; qu'autrement, elle ſoit coupable d'adultére, & comme telle punie, ſans que l'abſence, de quelque tems que ce ſoit, la puiſſe excuſer.

Cela n'arrête pas pourtant le mal, & nonobſtant la prohibition de la loi confirmée par les conſtitutions canoniques, *quæ requirunt certum nuntium*, les 2 femmes ne laiſſent pas de ſe remarier après une abſence de deux ou trois ans, & ſur le moindre ſoupçon que le mari ſoit mort à la guerre. L'indulgence des juges cauſe ce déſordre, & nous ſommes en un ſiécle où la moindre excuſe couvre le vice. Si le mari ne revient pas, la femme demeure impunie, & quoiqu'on le ſçache vivant, on le fait paſſer pour mort. Il n'eſt plus de cenſeur public, & la recherche des crimes ne ſe fait plus d'office & par zèle de juſtice.

Enſuite de cela, nous avons vu agiter à qui de 3 deux maris appartenoit un enfant que la femme avoit eu dans les neuf mois, de la nuit en laquelle elle avoit couché avec les deux. Dans l'opinion que le premier fût mort, elle contracte un ſecond mariage. Le mari, qui revenoit de la guerre, apprend ces nouvelles en chemin; il s'avance, & fait ſi bien, qu'il arrive ſur la minuit dans ſa maiſon, le même jour des ſecondes nôces. Il oblige ce nouveau mari, fait poſſeſſeur de ſon lit, de quitter la place. S'étant donc couché avec ſa femme, elle ſe trouve enceinte de cette nuit, mais avec beaucoup de doute duquel des deux ce pouvoit être. C'eſt ce que nous

BIU Cujas

ne voulons pas décider, parce qu'il faudroit un trop long discours pour balancer les raisons ou présomptions qu'on peut alléguer de part & d'autre.

Nous nous contenterons de louer la prudence de la cour, qui a voulu prévenir ces inconvéniens par un réglement notable, & digne de notre remarque.

Arrêt de la cour de parlement, portant réglement sur le mariage des hommes & femmes veuves; avec injonction aux curés de l'observer, sur peine d'en être responsables. Extrait des registres du parlement.

4 Vû par la cour le procès criminel fait par le prevôt de Paris, ou son lieutenant, à la requête du substitut du procureur général du roi audit lieu, demandeur contre Jean Ruelle, vigneron, demeurant à Rueil, accusé, prisonnier en la conciergerie du palais, appellant d'une sentence contre lui donnée le premier de ce mois; par laquelle, pour réparation d'avoir abusé du sacrement de mariage, & épousé deux femmes vivantes, auroit été condamné être pendu & étranglé à une potence, qui pour cet effet, seroit dressée en la place de Grève de cette ville, son corps mort y demeurer vingt-quatre heures, puis porté au gibet; ses biens acquis & confisqués au roi, sur iceux préalablement pris cent livres parisis d'amende au roi, au cas que confiscation n'ait lieu au profit dudit seigneur roi: Oui & interrogé l'accusé sur la cause d'appel, & cas à lui imposé; tout considéré: Dit a été, qu'il a été bien jugé par ledit prevôt, ou son lieutenant; mal & sans grief par icelui Ruelle appellé, & l'amendera; ordonné que le prêtre qui a célébré le mariage dudit Ruelle avec ladite Livet l'année 1632, en l'église dudit Rueil, sera ajourné à comparoir en personne en icelle à certain jour, pour être oui & interrogé sur aucuns faits résultans dudit procès, pour ses interrogatoires communiqués audit procureur général, ordonné ce qu'il appartiendra. Fait inhibitions & défenses à tous curés, prêtres & vicaires de passer outre à la célébration d'aucuns mariages des parties qui se diront être en viduité, sans auparavant avoir certificat signé des curés & juges des lieux, en bonne & dûe forme, que le mari ou la femme de ceux qui se présenteront pour être mariés, soient décédés, sinon que lesdits curés, prêtres ou vicaires, qui célébreront lesdits mariages, ayent certaine connoissance dudit décès, & dont autrement ils demeureront responsables: Et à ce qu'aucun n'en prétende cause d'ignorance, sera le présent arrêt lu & publié ès siéges du ressort, l'audience tenante, à la requête dudit procureur général du roi, & diligence de ses substituts sur les lieux, & signifié aux curés & vicaires. Et pour l'exécution du présent arrêt, la cour a renvoyé icelui Ruelle prisonnier pardevant ledit prevôt, ou son lieutenant. Fait en parlement, le 9 février 1640. *Signé*, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

De la peine de la polygamie.

L'Auteur rapporte en cet endroit une espece fort singuliere, sur laquelle il n'a pas jugé à propos de dire son sentiment. Il s'est contenté de rapporter un arrêt du 9 février 1640, par lequel un particulier pour avoir épousé deux femmes, a été condamné à être pendu. L'arrêt fait défense à tous curés, prêtres & vicaires, de passer outre à la célébration d'aucun mariage des parties qui se diront être en viduité, sans auparavant avoir des certificats en bonne forme, que le mari ou la femme de ceux qui se présentent pour être mariés, sont décédés.

Dans le droit, la peine de la polygamie est simplement d'être déclaré infâme, l. 1, *ff. de his qui not. inf. l. 2, de incest. nupt. & l. 18, cod. ad l. Jul. de adult.* 5

La jurisprudence des arrêts a varié sur cette matiere. Par les anciens arrêts, la peine n'étoit que l'infâmie. La jurisprudence mitoyenne avoit établi la peine de mort. La nouvelle jurisprudence condamne les hommes aux galeres, & les femmes au banniſſement, & à être attaché au carcan, savoir les hommes avec des quenouilles & les femmes avec des chapeaux. C'est avec raison que les derniers arrêts ont commué la peine de mort; car il y a de l'inhumanité à des juges de condamner à la mort pour un crime contre lequel la loi ne prononce point cette peine: *nam ut papinianus respondit, facti quidem quæstio in arbitrio est judicantis: pœnæ vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur, l. 1, § 4, ff. ad S. C. Turpill.* la note de Godefroy sur cette loi mérite d'être vue. 6

Dans la deuxiéme partie du journal du palais, pag. 13, il y a une très-belle dissertation, pour sçavoir si l'ordonnance ne prononçant point de peine contre un crime, le juge peut de son autorité condamner à mort: cette dissertation est de M. Gueret. Il en a fait une particuliere sur la peine de la bigamie, qu'il a rapportée sur les arrêts de M. Lepreſtre, cent. 2, chap. 96, où il prouve fort bien que les juges ne peuvent pas condamner un bigame à la mort. C'étoit un excellent homme & pour la tête & pour le cœur; il me faisoit l'honneur de m'aimer: il m'a souvent donné de bonnes instructions. 7

Je n'ai point vu d'auteur qui traite mieux cette matiere que *Menochius, de arbit. caus. l. 2, cent. 5, cas. 420. Petrus Gregorius, Syntagma juris l. 9, c. num. 10*, sur la fin, Godefroy, sur la loi 7, *de Judæis*, en parle aussi.

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns ma premiere obſervation, j'ai dit qu'en France la peine de la polygamie étoit, ſuivant la juriſprudence des anciens arrêts, la peine de l'infamie: que la juriſprudence mitoyenne avoit établi la peine de mort, & la nouvelle juriſprudence la peine des galeres à l'égard des hommes, & le banniſſement à l'égard des femmes, & d'être attachés au carcan.

Je me ſuis trompé à l'égard de l'ancienne juriſprudence, elle étoit la même que celle d'aujourd'hui, ſuivant le témoignage de M. Conan dans ſes commentaires de droit civil, liv. 8, ch. 6, vers la fin. *Moribus noſtris olim totum diem ad ſcalas publicas omnium ludibriis expoſiti catamidiabantur, tunc mulctati certa pecunia, exulatum mittebantur, jam vero capitaliter in eos adnimavertitur.*

Mornac ſur la loi 1, *ff, de his qui not. infamia*, dit la même choſe, *hodie autem diſtinctione illa rejecta, damnantur ad furcas qui ejuſmodi nuptias ineunt. Olim equidem ut manifeſtior fieret temerarii infamia damnatum catamidiari publicè impoſita mitra chartacia.*

DES SORCIERS.

QUESTION QUATRE-VINGT-DIX-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il ne faut pas être trop crédule ni incrédule ſur le ſujet des ſorciers.*
2. *La province de Forêts a toujours été exempte de ſorciers.*
3. *Dans les procès de ſortilége, le juge peut uſer d'artifices.*
4. *Arrêt du parlement de Paris, du 10 août 1641, qui fait défenſes à tous juges d'ordonner la preuve par l'eau dans les procès de ſortilége, & de juger les accuſés ſans appel.*
5. *Ce que c'eſt que ſortilége.*
6. *Trois raiſons, pour prouver qu'il ne peut y avoir de ſorciers.*
7. *Le parlement de Paris a raiſon de ne pas croire aux ſorciers.*
8. *Anciens arrêts du parlement de Paris, qui ont condamné des coupables de ſortilége.*
9. *A préſent le parlement ne condamne plus les gens pour ſortilége ſimplement.*
10. *De la peine de la loi divine contre les ſorciers.*
11. *Des loix des Grecs contre les ſorciers.*
12. *Des loix des Romains.*
13. *Des loix de France.*
14. *Des auteurs qui ont parlé des ſorciers.*
15. *Arrêt du conſeil d'état, du 26 avril 1672, qui ordonne que les priſons ſeront ouvertes en Normandie aux accuſés de ſortilége.*
16. *Eloge de M. Ménage.*
17. *Réflexions ſur les jugemens de la chambre ardente.*
18. *Edit du mois de juillet 1682, pour la punition des devins & des empoiſonneurs.*
19. *Eloge de M. Bayle.*
20. *Eloge de M. de la Mare.*

QUESTION XCIX.

Des ſorciers, & ſi l'on peut, pour les connoître, faire l'épreuve de l'eau, & procéder à l'inſtruction du procès ſans appel.

1 NOus ne voulons pas ici faire un ample traité des ſorciers, ni nous étendre à prouver qu'il y en a. Comme il ne faut pas croire que tous ceux qu'on accuſe d'être ſorciers le ſoient, il ne faut pas auſſi douter qu'ils ne puiſſent l'être. Si c'eſt un défaut de croire trop légérement, le blâme eſt encore plus grand de ne vouloir croire que ce qu'on voit, ou ce qu'on touche. Il faut donc faire le même jugement des ſorciers que des démoniaques; comme tous ceux qu'on dit être poſſédés du malin eſprit, ne le ſont pas, on peut auſſi ſoupçonner de ſortilége des perſonnes qui en ſont exemptes. Mais comme il y a de véritables poſſédés, & auſſi-bien en ce ſiécle, que du tems de Jeſus-Chriſt, auſſi faut-il avouer qu'il y a quelques ſorciers, & que le diable peut auſſi-bien gagner l'eſprit que le corps, & ſe rendre maître des deux. C'eſt une vérité que pluſieurs ont établi, & que l'expérience a confirmée. Même l'on ne doute plus que les tranſports des ſorciers ne puiſſent être

BIU Cujas

réels & véritables, quoiqu'ils ne le ſoient pas tous, & que l'imagination les cauſe le plus ſouvent. On peut voir ſur ce ſujet ce qu'en dit le ſieur Sillon, en ſon traité de l'immortalité de l'ame; & ce que l'écriture Sainte remarque d'Abacuc, ſuffira pour la conviction des incrédules.

2 Bien pouvons-nous dire à la louange de cette province, & de ceux qui y demeurent, qu'elle en eſt exempte, & que cette vermine de gens n'y a pû s'établir. Que l'on n'en ſoupçonne aucun, & que ce n'eſt pas une injure ni un reproche qui ſoit en uſage. Qu'on n'entend pas les villageois s'attribuer ce blâme, & quoiqu'on n'épargne jamais les témoins, qu'il eſt pourtant inoui qu'on leur donne ce reproche. En effet, nous pouvons aſſurer que depuis plus de trente ans que nous avons ſuivi le barreau, il n'y a point eu de procès criminel fait en ce ſiége pour le crime de ſortilege.

3 Au reſte, la procédure qui ſe fait pour ſemblables crimes, a ſes regles particulieres, & il faut employer des précautions plus grandes. On en peut dire ce que Juſtinien dit du faux; ſçavoir, que le juge peut non-ſeulement tenir le milieu, mais qu'il peut encore faire l'office de partie. Qu'il peut faire valoir ſon induſtrie, & même uſer d'artifice. Qui voudra pleinement s'en inſtruire, n'a qu'à voir divers auteurs qui en ont traité, & même le ſieur Chenu ſur la fin de ſa ſeconde centurie. C'eſt là qu'il rapporte les preuves qu'on peut avoir contre les ſorciers, les interrogâts qu'on leur doit faire, les indices qu'on peut rechercher, & les fondemens qu'on peut prendre

Enfin, comme il en cotte divers jugemens, & divers arrêts; auſſi doit-on inférer de-là, que ceux-là ſe trompent qui croyent que le parlement de Paris ne reconnoît point les ſorciers, & qu'il n'approuve pas qu'on faſſe cette recherche. Divers arrêts ont fait voir le contraire, & c'eſt choſe dont il ne faut plus douter. Il eſt vrai que la cour n'approuve pas que pour convaincre les ſorciers, on faſſe des épreuves dangereuſes, qu'on en vienne à celle de l'eau ou du feu, & qu'on expoſe un innocent au hazard de choſe incertaine; en un mot, qu'on tente Dieu, & qu'on le veuille obliger à des miracles: c'eſt ce que monſieur l'avocat général Servin a autrefois condamné & il nous en a laiſſé les raiſons dans l'un de ſes plaidoyers.

Arrêt de la cour du parlement, portant défenſes à tous juges & officiers de juriſdictions ſubalternes, de plus procéder à l'avenir à l'inſtruction des procés des accuſés de ſortileges, ſans appel.

4 Vû par la cour le procès criminel extraordinaire, inſtruit par le bailli du marquiſat de Vouchy, baronnie & châtellenie de Chaunes, à la requête du procureur fiſcal deſdits lieux, demandeur & accuſateur, contre Paul Cocquerel, lieutenant de la juſtice de Bragelone, François-Aymard, procureur fiſcal, Denys Cocquerel, Jean Valenot, greffier en ladite juſtice, Roch & Paul Cocquerel, dit Brunon, enfant dudit Paul; pour raiſon des excès, tourmens, & aſſaſſins commis en la perſonne de défunte Barbe Jolly, dit la Gourjat, veuve de Jean-Guillaume, dit Cordier, & Roch-Guillame, ſon fils: ledit procès depuis évoqué en icelle, ſuivant l'arrêt du 5 Juin dernier, & ordonné que leſdits accuſés ſeroient amenés en la conciergerie du palais; leſdits Paul Cocquerel, Denys Cocquerel, & Aymard, priſonniers en la conciergerie du palais: procès verbal de perquiſition faite de la perſonne de ladite Barbe Jolly, par ledit bailli, le 11 avril dernier, portant le corps de ladite Jolly avoir été trouvé dans un puits: rapport de chirurgiens de l'état d'icelui: informations faites par les officiers de ladite juſtice de Chaunes, ledit jour 11 avril, & autres ſuivans contre iceux accuſés: interrogatoire deſdits Aymard, Paul Cocquerel pere, Jean Valenot, Denys & Roch Cocquerel, dit Brunon, le 18 mai audit an: autres interrogatoires faits audit Paul Cocquerel pere, Aymard & Vallenot, contenant leurs réponſes, confeſſions & dénégations: recollemens & confrontations de témoins faits audit Cocquerel, Aymard, Vallenot, & Denys Cocquerel: Sentence portant élargiſſement deſdits Vallenot, & Paul Cocquerel fils, en baillant caution: autre ſentence, par laquelle faute de les repréſenter par ladite caution auroit été ordonné par défaut, que les témoins ſeroient recollés pour valoir confrontation, à l'égard de Noël Demets: recollemens faits pour valoir confrontation à leur égard, & les défauts déclarés bien & duement obtenus: autres confrontations faites des accuſés préſens les uns aux autres: vu auſſi le procès verbal par écrit par ledit Paul Cocquerel, lieutenant, & par lui reconnu. La procédure prétendue, encommencée contre ladite Barbe Jolly, le 2 avril audit an: interrogatoires par lui faits à ladite Jolly, & Gros Guillaume ſon fils; enſemble l'état de ſes meubles & biens, dudit jour 10 avril audit an, leſdits actes reçus par ledit Vallenot: lettres miſſives écrites par icelui Aymard au nommé Samois chirurgien, pour viſiter ladite Jolly, pour ſçavoir ſi elle étoit ſorciere: concluſion du procureur général du roi, auquel le tout a été communiqué; & ouis & interrogés en ladite cour, leſdits Paul Cocquerel, Aymard & Denys Cocquerel ſur les cas à eux impoſés. Tout conſideré: dit a été, que la cour a déclaré & déclare ledit Paul Cocquerel, François Aymard, Denys Cocquerel, Noël Demets, & Roch Cocquerel, & Demets, vrais coûtumax, & tous iceux accuſés, atteints & convaincus des cas & crimes à eux impoſés; & pour réparation a comdamné & condamne leſdits Paul Cocquerel, François Aymard, Denys Cocquerel, Demets & Roch Cocquerel, faire amende honorable au-devant de la principale porte & entrée de l'egliſe de Notre-Dame de cette ville de Paris, tête & pieds nuds, en chemiſe, la corde au col, tenans en leurs mains chacun une torche de cire ardente du poids de deux livres; & là à genoux dire & déclarer intelligiblement & à haute voix, que témerairement & malheureuſement, & abuſant de leur pouvoir, comme officiers en ladite juſtice de Bragelonne, & ſans aucune forme de juſtice, ils ont commis & fait commettre les tourmens, excès & aſſaſſins en la perſonne de ladite Jolly, mentionnés au procès, & avoir icelle fait jetter dans un puits après avoir été étranglée, dont ils ſe repentent, & en demandent pardon à Dieu, au roi & à la juſtice; ce fait pendus & étranglés à des potences, qui pour cet effet ſeront plantées en la place de Greve de cette ville de Paris, leur corps morts y demeurer vingt-quatre heures, & après portés à Montfaucon, ſi leſdits Demets & Roch Cocquerel peuvent être pris en perſonne, ſinon par effigie en un tableau attaché en l'une deſdites potences; déclarés tous & un chacun les biens deſdits Paul, Denys & Roch Cocquerel, Aymard & Demets, acquis & confiſqués au roi, ou à qui il appartiendra; ſur leſquels & autres non ſujets à confiſcation, ſera préalablement pris la ſomme de ſix cent livres pariſis d'amende, envers les ſeigneur & dame dudit Chaunes; outre ordonné que leſdits Jean Vallenot, Paul Cocquerel, dit Brunon, André Garnier, dit le Drol-

BIU Cujas

le, & Roch Provoſtal le jeune, ſeront pris au corps, & amenés ès priſon de ladite conciergerie, pour être leſdits Garnier & Provoſtal ouis & interrogés ſur aucuns faits réſultans dudit procès, & répondre aux concluſions que ledit procureur général du roi voudra contre eux entreprendre, & où ils ne pourront être appréhendés, ſeront ajournés à trois briefs jours à ſon de trompe & cri public, à comparoir en icelle, leurs biens ſaiſis, & commiſſaires y établis, juſques à ce qu'ils ayent obéi, & a ordonné & ordonne, que Heleine de Ravier, dame en partie dudit Bragelonne, ſera ajournée à comparoir en perſonne en ladite cour, pour être pareillement ouie & interrogée ſur aucuns faits dudit procès, pour le tout fait & communiqué audit procureur général, être ordonné ce que de raiſon. Fait ladite cour inhibitions & défenſes à tous juges & officiers de juſtice de ce reſſort, de plus à l'avenir procéder à l'inſtruction & jugement du procès criminel des accuſés des crimes de ſortileges, d'en faire preuve par l'eau, ni faire exécuter aucunes ſentences portant gennemens, queſtion, ou autres peines corporelles, encore que les condamnés en ſoient appellans, ni même les recevoir à ſe déſiſter de leur appel; mais leur enjoint d'en différer l'exécution, & renvoyer incontinent & ſans délai les condamnés ès priſons de la conciergerie du palais, avec leurs procès. Fait auſſi ladite cour inhibition & défenſes aux juges des juſtices ſubalternes, de ſe ſervir, pour l'exécution de leurs jugemens, d'autres officiers que ceux des juſtices royales plus proches des lieux. Et ſera le préſent arrêt publié au prône de la paroiſſe dudit Bragelone, & autres circonvoiſins, enſemble au ſiege du bailliage de Reſine, & autres juſtices royales de ce reſſort, à la requête du procureur général du roi, & diligence de ſes ſubſtituts ſur les lieux, à ce qu'aucun n'en prétende cauſe d'ignorance. Fait en parlement, &c. Prononcé audit Paul & Denys Cocquerel & Aymard; & exécuté le 10 août 1641, *Signé*, Du Tillet.

OBSERVATIONS.

Des ſorciers & magiciens.

DAns cette queſtion, l'auteur parle des ſorciers. Il dit qu'il ne faut être ni incrédule ni trop crédule ſur cette matiere. Il dit à l'égard de ſa province, qu'elle eſt exempte de cette vermine, & que depuis trente ans qu'il ſuit le barreau, il n'a jamais vu faire le procès à perſonne pour ſortilége. Il ajoute à la fin, que ceux-là ſe trompent, qui croyent que le parlement de Paris ne reconnoît point de ſorciers, & qu'il n'approuve pas que l'on en faſſe la recherche.

Il eſt pourtant vrai que le parlement de Paris ne fait point & ne ſouffre pas que l'on faſſe le procès à perſonne ſimplement pour ſortilége, & cela avec raiſon : car il y a beaucoup d'erreur & de foibleſſe dans cette penſée.

5 Par le mot de *ſortilége*, l'on entend un pacte entre un homme & le démon, à la charge par l'homme de ſe livrer au démon, & à condition par le diable de faire & d'accorder à l'homme tout ce qu'il lui demandera : or, qui dit un pacte, dit le conſentement de deux ou de pluſieurs, *duorum pluriumve in idem placitum conſenſus*, ce conſentement doit donc être réciproque; cependant où peut être la preuve que le démon a approuvé la convention? Mais quand on ſuppoſeroit que le démon, pour perdre celui qui eſt aſſez malheureux pour traiter avec lui, & pour tourmenter les autres hommes, approuve ces ſortes de pactes; ce n'eſt pas une conſéquence pour dire que cet homme ſoit ſorcier, c'eſt-à-dire, qu'il faſſe tout le mal qu'il deſireroit de faire, ou qu'il ſe procure tout le bien qu'il ſouhaiteroit.

6 1°. Le démon n'a point de pouvoir. Il eſt faux qu'il ſoit le maître des biens de ce monde, & qu'il puiſſe les donner à qui il lui plaît; en effet tout ces prétendus ſorciers ſont ordinairement des gueux & des miſérables.

2°. Il n'eſt pas croyable que le démon ſe rende toujours aux deſirs ridicules d'un ſemblable fanatique, & que même dans les choſes qu'il peut faire, il lui accorde tout ce qu'il lui demande.

7 3°. C'eſt faire tort à la bonté & à la juſtice de Dieu, de croire qu'il permette au démon de faire du bien à un ſcélérat, & du mal aux fidéles.

Le parlement de Paris a donc raiſon de ne pas faire tant d'honneur au diable, que de croire qu'il eſt maître de faire tout ce qu'il veut, & qu'il a la ſcience du bien & du mal : c'eſt donner dans le piége qu'il a autrefois tendu à Eve, & qui a perdu tous les hommes. L'on peut dire que par cette ſage juriſprudence, cet auguſte ſénat a aboli une partie de l'empire du démon; car depuis qu'elle eſt établie l'on ne voit plus de ſorciers dans ſon reſſort. Au lieu que dans le reſſort des autres parlemens, ſi l'on en croit le vulgaire, il y en a beaucoup. Ce n'eſt pas en les brûlant qu'on les détruit, mais en les mépriſant, & rejettant leur prétendu art magique.

8 Cependant les anciens auteurs rapportent pluſieurs arrêts rendus par le parlement de Paris contre des ſorciers. Papon dans ſes arrêts, liv. 22, tit. 3, des ſorciers, rapporte un ancien arrêt de 1390, par lequel il fut jugé que la connoiſſance du crime de ſortilége appartenoit au juge laïque. Joannes Gallus, déciſ. 241, rapporte le même arrêt.

Charondas, dans ſes réponſes, livre 9, réponſe 43, & livre 12, réponſe 64, traite amplement cette matiere; il croit ſi fort aux ſorciers, qu'il traite d'hérétiques ceux

BIU Cujas

ceux qui s'en moquent. Chenu, cent. 2, queſt. 98, rapporte au long le fait des procès faits en la châtellenie de Brecy en Berry à pluſieurs ſorciers, avec les arrêts confirmatifs ou infirmatifs des jugemens rendus par ce juge.

Mais aujourd'hui le parlement de Paris ne condamne plus ceux qui ſont accuſés 9
d'être ſorciers pour ſortilége ſimplement, mais pour maléfice, & pour les autres crimes qui accompagnent ordinairement cette fatuité.

Autrefois la peine de ceux qui étoient condamnés pour ſortilége étoit le feu, ſuivant les arrêts dont fait mention Chenu dans ſes additions ſur les arrêts de Papon dans l'endroit ci-deſſus cité. A préſent la peine de ceux qui ſont condamnés pour maléfice, eſt celle des galeres, à tems ou perpétuelle, & quelquefois de la mort, ſuivant l'atrocité des maléfices, mais rarement du feu, à moins qu'il n'y ait du ſacrilége.

Bouchel, dans ſa bibliothéque du droit François, ſur le mot *ſorciers*, rapporte un arrêt rendu en la Tournelle le 30 janvier 1610, par lequel la cour mit les parties hors de cour, ſur l'accuſation intentée par le maître de la poſte de Villejuif, contre un maréchal du même lieu, qu'il accuſoit de lui avoir fait mourir pluſieurs chevaux par des enchantemens. L'avocat de l'accuſé ayant voulu s'étendre, pour montrer que les enchantemens ne ſont que des rêveries, que les démons n'ont aucun pouvoir ſur la vie des hommes ou des bêtes; M. Seguier qui préſidoit, lui dit qu'il n'étoit pas néceſſaire de prouver cela, que la cour en étoit perſuadée. Mornac ſur la loi 1, au cod. *de malef.* fait mention de cet arrêt & de la réponſe du préſident, *Carmina & ſuſurros magicorum nihil poſſe in vitas hominum; ita ut fruſtra ſit dicere.*

J'ai oui-dire à défunt M. Voiſin, conſeiller d'état, qu'en 1672, le parlement de Rouen ayant fait arrêter un très-grand nombre de bergers, & autres gens accuſés d'être ſorciers, à qui on faiſoit le procès avec beaucoup de diligence & de ſévérité; le roi averti de cela, donna un arrêt en ſon conſeil d'état, par lequel il fut enjoint au parlement de Rouen de relâcher tous ces pauvres gens; cet arrêt eut le pouvoir de faire taire le démon : depuis ce tems-là on n'a plus entendu parler de ſorciers en Normandie.

Mais puiſque je ſuis ſur cette matiere, il faut dire un mot des loix & des auteurs qui 10
en parlent.

Il faut commencer par la loi de Dieu. Suivant cette loi la peine eſt de mort, *maleficos non patieris vivere*, Exod. ch. 22, verſ. 18. Levit. ch. 19, verſ. 31 & chap. 20, verſ. 6. Deut. ch. 18, verſ. 10 & 11.

Toutes les nations bien policées ont eu en horreur cette manie. Les Grecs ont fait 11
des loix expreſſes contre les magiciens & enchanteurs, portant peine de mort, *Plat. de leg. 11. Pauſanias in Elia 5*, rapporte qu'à Athènes l'on avoit établi une chambre expreſſe pour la punition de ce crime; & Démoſthene nous apprend que Lennia, fameuſe ſorciere d'Athènes, fut punie de mort.

Les Romains par la loi des douze tables, établirent une peine capitale contre les en- 12
chanteurs, *ſi quis fruges excantaſſet, qui malum carnem incantaſſet, ſacer eſto.*

Dans le digeſte nous avons deux loix qui défendent de donner des breuvages pour rendre amoureux, ou pour faire avorter, ſous peine, contre les gens de baſſe condition, d'être condamnés aux métaux; & contre les perſonnes d'une condition plus relevée, ſous peine d'être reléguées & du dernier ſupplice, lorſque la perſonne qui a pris le breuvage en meurt. Il eſt même défendu de donner des breuvages pour procurer la conception, & celui qui les a donnés eſt puni, quand la femme qui les a pris décede, l. 3, § 2, *ad leg. corn. de ſicar. & veneſ. & l. 38*, § 5, *de pœn.*

Mais le juriſconſulte Paul dans ſes ſentences, liv. 5, tit. 21, § 11, parle expreſſément des magiciens & de leurs complices. Il dit que la peine contre les magiciens eſt le feu, & le dernier ſupplice contre leurs complices, *Magicæ artis conſcios ſummo ſupplicio affici placuit, id eſt beſtiis objici, aut cruci ſuffigi. Ipſi autem magi vivi exuruntur.* Dans le paragraphe ſuivant il dit qu'il n'eſt pas permis d'avoir des livres de magie chez ſoi, ſous peine de la déportation & de la confiſcation des biens, & que ces livres doivent être brûlés publiquement, *libros magicæ artis apud ſe neminem habere licet, & ſi penes quoſcumque reperti ſint, bonis ademptis ambuſtiſque his publicè in inſulam deportantur : humiliores, capite puniuntur.*

Dans le code Théodoſien, & dans celui de Juſtinien, il y a un titre *de maleficis, & mathematicis & cæteris ſimilibus*, où il y a pluſieurs loix qui portent peine de mort contre les magiciens, les devins & ſemblables impoſteurs : ſur cela je ferai ſeulement deux obſervations. La premiere ſur le titre qui eſt intitulé *de maleficis & mathematicis*; par-là il ſemble que les loix confondent les mathématiciens avec les magiciens; mais comme dit fort bien M. Cujas dans ſes paratitles ſur ce titre : les loix ne parlent pas des mathématiciens qui enſeignent la géométrie & les autres parties des mathémati-

BIU Cujas

ques ; mais de ceux qui abuſant de ce nom, ſe mêloient de deviner & de débiter leurs rêveries, *qui mathematicorum liberali nomine adumbrantes ineptias ſuas profitentur, ſe fata cujuſque noſſe, & natalitias ſiderum obſervationes.*

La ſeconde, dans la loi 3 du code Théodoſien, qui eſt la loi 4 au code de Juſtinien. L'empereur Conſtantin le grand ne condamne que la magie qui va à faire du mal, & non pas celle qui fait du bien, comme de guérir les maladies, de conſerver les fruits de la terre, & détourner la grêle & les orages. Il y a ſujet de s'étonner comment un empereur Chrétien & ſavant ait pû croire que les magiciens ont ce pouvoir ; c'eſt avec raiſon qu'un autre empereur, qui a mérité le nom de ſage, a condamné cette ſuperſtition, c'eſt Léon le philoſophe dans ſa novelle 65 : *eſt enim genus hominum petentibus infidum, ſperantibus fallax, quorum reſponſis leves animi facile ad ſpes novas impelluntur.*

13 A l'égard des loix de France, il faut commencer par la plus ancienne, qui eſt la loi Salique, il y a un titre *de maleficiis*, mais la peine n'eſt que pécuniaire & très-modique.

Les Capitulaires de Charlemagne, de Louis le Débonnaire, & de Charles le Chauve en parlent auſſi ; mais ils ſe contentent de défendre la magie ſans la punir.

Nous avons l'ordonnance en latin de Charles VIII. de 1490, qui ordonne aux juges d'arrêter tous les magiciens, enchanteurs, devins & autres, de ſaiſir leurs biens & les punir ; mais elle n'établit aucune peine.

L'ordonnance d'Orléans, article 26, veut qu'ils ſoient punis de punition corporelle ; celle de Blois, article 36 dit la même choſe : mais ni l'une ni l'autre ne détermine aucune peine.

14 A l'égard des auteurs qui ont écrit ſur cette matiere, je n'en ai point vu qui traite mieux la matiere que *Petrus Gregorius, Syntagm. Jur.* liv. 34, qu'il a diviſé en 22 chapitres. Il parle du nom de tous ces impoſteurs, enſuite de leur différence, du pouvoir des démons & de ſes effets, enſorte que quand on a lu ce qu'il en dit, l'on en ſait autant que le plus grand ſorcier du monde.

Zachias, Medico-legales, liv. 7, tit. 4, queſt. 1, 2, 3, 4, en parle auſſi fort bien.

Saint Auguſtin, *de natura dæmonum*, en parle divinement, les compilateurs du droit canonique en ont tiré pluſieurs canons qui ſont inſérés dans le decret, cauſe 26, queſt. 3, 4 & 5, où la gloſe qui eſt bonne dit des choſes très-curieuſes.

Automne, dans ſa conférence ſur le titre du code *de malef. & mathemat.* rapporte pluſieurs choſes curieuſes.

Ranchin, *in repet. cap. Raynut.* pag. 27, n. 11, juſqu'au 131, explique fort bien les effets du pouvoir des démons.

Je pourrois citer encore pluſieurs autres auteurs, mais je veux garder la loi que je me ſuis impoſée, de ne citer que ceux que j'ai lu ; d'ailleurs ceux dont je viens de parler citent tous les autres ; il y a pourtant quelques auteurs nouveaux qu'il faut nommer. Beker du monde enchanté. La réponſe de Pfeifferus, intitulé *Bekkerus diaboli patronus.* Dialogue des ſorciers par Lambert Daneau. Le traité des ſuperſtitions par M. Thiers. Le livre de M. Naudé, intitulé l'apologie des grands hommes accuſés de magie. L'hiſtoire des diables de Loudun, imprimée à Amſterdam en 1693.

15 M. l'Abbé Ménage, *in vita Guillelmi Menagii*, date l'arrêt du conſeil dont j'ai parlé ci-deſſus du 26 avril 1672 ; cet arrêt porte que dans la province de Normandie, les priſons ſeront ouvertes à toutes perſonnes détenues pour crime de ſortilége, & qu'à l'avenir ceux qui ſeront accuſés de ce crime, ſeront jugés ſuivant la déclaration que le roi fera pour ce ſujet, & qui ſera envoyée dans toutes les cours, pour régler les procédures qui ſeront tenues par les juges dans l'inſtruction des procès de magie & de ſortilége. Je n'ai point oui-dire que cette déclaration ait été faite ; mais je ſuis bien aiſe que cette remar-

16 que me procure l'occaſion de rendre juſtice au mérite de M. Ménage. C'étoit un homme de lettres qui avoit beaucoup lû, & qui avoit la mémoire très-heureuſe. Sur la fin de ſes jours, ſentant que ſa mémoire diminuoit, il fit un petit poëme addreſſé à Menemoſyne, pour la prier de lui conſerver la mémoire, ou de la lui ôter entierement, afin qu'il n'eût pas le chagrin de ſe ſouvenir d'en avoir eu autrefois : *Nec meminiſſe queam tot rerum meminiſſe ;* mais les qualité de ſon cœur étoient infiniment au-deſſus de celles de ſon eſprit ; c'étoit un très-honnête homme, bon ami, obligeant & bienfaiſant ; quand j'étois jeune, j'aſſiſtois régulierement aux aſſemblées de gens de lettres qui ſe tenoient chez lui deux fois la ſemaine, il avoit bien de la bonté pour moi, il m'a ſouvent donné de bons avis.

17 Il y a environ trente ans que l'uſage du poiſon devint fréquent à Paris, cette fatale connoiſſance fut apportée en France par un Italien, qui la communiqua à une dame qui en fit pluſieurs funeſtes expériences ; enſuite elle ſe répandit parmi le peuple. Le roi pour en arrêter le progrès établit une chambre ſouveraine qui fut nommée la chambre arden-

BIU Cujas

te, parce qu'elle condamnoit à la peine du feu ceux qui étoient jugés coupables de ce crime.

Le roi, en ſupprimant cette chambre, fit un édit au mois de Juillet 1692, contre les devins & devinereſſes, leur ordonnant de ſortir inceſſamment du royaume, à peine de punition corporelle.

Par cet édit le roi défend toutes pratiques ſupeſtitieuſes, à peine de punition exemplaire, & ſous peine de mort, quand l'impiété & le ſacrilége ſeront joints à la ſuperſtition.

Par ce même édit, le roi prononce peine de mort contre tous ceux qui ſeront convaincus de s'être ſervis de poiſons, & contre ceux qui les ont compoſé ou diſtribué.

Cet édit traite très-rigoureuſement tous ceux qui ſe mêlent de compoſer, diſtribuer, ou donner du poiſon & avec juſtice, car comme dit l'empereur Antonin dans la loi premiere au code *de malef. plus eſt hominem extinguere veneno, quam occidere gladio :* mais cet édit traite fort doucement les devins; cependant la loi cinquiéme au même titre, prononce contre eux la peine de mort, auſſi bien que contre les magiciens, *augurum & vatum prava confeſſio conticeſcat. Sileat omnibus divinandi curioſitas; etenim ſupplicio capitis ferietur gladio ultore.* La loi 7 de ce titre, prononce la même peine contre ceux qui ſe mêlent d'interpréter les ſonges, *aut enarrandis ſomniis occultans artem aliquam divinandi, aut certè aliquid horum ſimile exercens, cruciatus & tormenta non fugiat.*

Edit du roi du mois de juillet 1682, pour la punition des devins & des empoiſonneurs, regiſtré au parlement le 31 août audit an.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous préſens & à 18
venir, Salut. L'exécution des ordonnances des rois nos prédéceſſeurs, contre ceux qui ſe diſent devins, magiciens & enchanteurs, ayant été négligée depuis long-tems, & ce relâchement ayant attiré des pays étrangers dans notre royaume pluſieurs de ces impoſteurs, il ſeroit arrivé que ſous prétexte d'horoſcope & de devination, & par le moyen des preſtiges des opérations des prétendues magies, & autres illuſions ſemblables dont cette ſorte de gens ont accoutumé de ſe ſervir, ils auroient ſurpris diverſes perſonnes ignorantes ou crédules, qui s'étoient inſenſiblement engagées avec eux, en paſſant des vaines curioſités aux ſuperſtitions, & des ſuperſtitions aux impiétés & aux ſacriléges; & par une funeſte ſuite d'engagemens, ceux qui ſe ſont le plus abandonnés à la conduite de ces ſéducteurs, ſe ſeroient portés à cette extrémité criminelle d'ajouter le maléfice & le poiſon aux impiétés & aux ſacriléges, pour obtenir l'effet des promeſſes deſdits ſéducteurs, & pour l'accompliſſement de leurs méchantes productions. Ces pratiques étant venues à notre connoiſſance, nous aurions employé tous les ſoins poſſibles pour faire ceſſer, & pour arrêter par des moyens convenables les progrès de ces déteſtables abominations : Et bien qu'après la punition qui a été faite des principaux auteurs & complices de ces crimes, nous duſſions eſpérer que ces ſortes de gens ſeroient pour toujours bannis de nos états, & nos ſujets garantis de leurs ſurpriſes; néanmoins comme l'expérience du paſſé nous a fait connoître, combien il eſt dangereux de ſouffrir les moindres abus qui portent aux crimes de cette qualité, & combien il eſt difficile de les déraciner, lorſque par la diſſimulation ou par le nombre des coupables, ils ſont devenus crimes publics, ne voulant d'ailleurs rien obmettre de ce qui peut être de la plus grande gloire de Dieu, & de la ſureté de nos ſujets, nous avons jugé néceſſaire de renouveller les anciennes ordonnances, & de prendre encore, en y ajoutant, de nouvelles précautions, tant à l'égard de tout ceux qui uſent de maléfices & de poiſons, que de ceux qui ſous la vaine profeſſion de devins, magiciens, ſorciers ou autres noms ſemblables, condamnés par les loix divines & humaines, infectent & corrompent l'eſprit des peuples par leurs diſcours & pratiques, & par la profanation de ce que la religion a de plus ſaint. Savoir faiſons que nous, pour ces cauſes & autres à ce nous mouvans, & de notre propre mouvement, certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, avons dit, déclaré & ordonné, diſons, déclarons & ordonnons par ces préſentes, ſignées de notre main, ce qui enſuit.

I.

Que toutes perſonnes ſe mêlant de deviner, & ſe diſant devins ou devinereſſes, vuideront inceſſamment le royaume après la publication de notre préſente délaration, à peine de punition corporelle.

II.

Défendons toutes pratiques ſuperſtitieuſes, de fait, par écrit ou par parole, ſoit en abuſant des termes de l'écriture ſainte, ou des prieres de l'égliſe, ſoit en diſant ou en

BIU Cujas

faiſant des choſes qui n'ont aucun rapport aux cauſes naturelles ; voulons que ceux qui ſe trouveront les avoir enſeignées, enſemble ceux qui les auront miſes en uſage, & qui s'en ſont ſervis pour quelque fin que ce puiſſe être, ſoient punis exemplairement, & ſuivant l'exigence des cas.

III.

Et s'il ſe trouvoit à l'avenir des perſonnes aſſez méchantes pour ajouter & joindre à la ſuperſtition l'impiété & le ſacrilége, ſous prétexte d'opération de prétendues magies ou autre prétexte de pareille qualité, nous voulons que celles qui s'en trouveront convaincues ſoient punies de mort.

IV.

Seront punis de ſemblables peines tous ceux qui ſeront convaincus de s'être ſervis de venefices & de poiſon, ſoit que la mort s'en ſoit enſuivie ou non, comme auſſi ceux qui ſeront convaincus d'avoir compoſé ou diſtribué du poiſon pour empoiſonner. Et parce que les crimes qui ſe commettent par le poiſon, ſont non-ſeulement les plus déteſtables & les plus dangereux de tous, mais encore les plus difficiles à découvrir, nous voulons que tous ceux, ſans exception, qui auront connoiſſance qu'il aura été travaillé à faire du poiſon, qu'il en aura été demandé ou donné, ſoient tenus de dénoncer inceſſamment ce qu'ils en ſauront, à nos procureurs généraux ou à leurs ſubſtituts, & en cas d'abſence, au premier officier public des lieux, à peine d'être extraordinairement procédé contr'eux, & punis ſelon les circonſtances & l'exigence des cas, comme fauteurs & complices deſdits crimes, & ſans que les dénonciateurs ſoient ſujets à aucune peine, ni même aux intérêts civils, lorſqu'ils auront déclaré & articulé des faits, ou des indices conſidérables qui ſeront trouvés véritables & conformes à leur dénonciation, quoique dans la ſuite les perſonnes compriſes dans leſdites dénonciations, ſoient déchargées des accuſations ; dérogeant à cet effet à l'art. LXXIII. de l'ordonnance d'Orléans, pour l'effet du venefice & du poiſon ſeulement, ſauf à punir les calomniateurs ſelon la rigueur de ladite ordonnance.

V.

Ceux qui ſeront convaincus d'avoir attenté à la vie de quelqu'un par venefice & poiſon, enſorte qu'il n'ait pas tenu à eux que ce crime n'ait été conſommé, ſeront punis de mort.

VI.

Seront réputés au nombre des poiſons, non-ſeulement ceux qui peuvent cauſer une mort prompte & violente, mais auſſi ceux qui en altérant peu à peu la ſanté, cauſent des maladies, ſoit que leſdits poiſons ſoient ſimples, naturels ou compoſés, & faits de main d'artiſte ; & en conſéquence, défendons à toutes ſortes de perſonnes, à peine de la vie, même aux médecins, apothicaires & chirurgiens, à peine de punition corporelle, d'avoir & garder de tels poiſons ſimples ou préparés, qui retenant toujours leur qualité de venin, & n'entrant en aucune compoſition ordinaire, ne peuvent ſervir qu'à nuire, & ſont de leur nature pernicieux & mortels.

VII.

A l'égard de l'arcenit, du réagale, de l'orpiment & du ſublimé, quoiqu'ils ſoient poiſons dangereux de toute leur ſubſtance, comme ils entrent & ſont employés en pluſieurs compoſitions néceſſaires ; nous voulons, afin d'empêcher à l'avenir la trop grande facilité qu'il y a eu juſques ici d'en abuſer, qu'il ne ſoit permis qu'aux marchands qui demeurent dans les villes, d'en vendre & d'en livrer eux-mêmes ſeulement aux médecins, apothicaires, chirurgiens, orfévres, teinturiers, maréchaux, & autres perſonnes publiques, qui par leurs profeſſions ſont obligées d'en employer, leſquelles néanmoins écriront en les prenant, ſur un regiſtre particulier, tenu pour cet effet par leſdits marchands, leurs noms, qualités & demeures, enſemble la quantité qu'ils auront pris leſdits minéraux ; & ſi au nombre deſdits artiſans, il s'en trouve qui ne ſachent écrire, leſdits marchands écriront pour eux. Quant aux perſonnes inconnues auſdits marchands, comme peuvent être les chirurgiens & maréchaux des bourgs & villages, ils apporteront des certificats en bonne forme, contenant leurs noms, demeures & profeſſions, ſignés des juges des lieux, ou d'un notaire, & de deux témoins, ou du curé, ou de deux principaux habitans, leſquels certificats & atteſtations demeureront chez leſdits marchands pour leur décharge. Seront auſſi les épiciers, merciers, & autres marchands demeurans dans leſdits bourgs & villages, tenus de remettre inceſſamment ce qu'ils auront deſdits minéraux entre les mains de ſyndics, gardes ou anciens marchands épiciers ou apothicaires des villes plus prochaines des lieux où ils demeureront, leſquels leur en rendront le prix, le tout à peine de trois mille livres d'amende, en cas de contravention, même de punition corporelle, s'il y échet.

BIU Cujas

VIII.

Enjoignons à tous ceux qui ont droit par leurs professions & métiers, de vendre ou acheter des susdits minéraux, de les tenir en des lieux sûrs, dont ils garderont eux-mêmes la clef. Comme aussi leur enjoignons d'écrire sur un registre particulier, la qualité des remédes où ils auront employés desdits minéraux, les noms de ceux pour qui ils auront été faits, & la quantité qu'ils y auront employé, & d'arrêter à la fin de chaque année sur leursdits registres, ce qui leur en restera, le tout à peine de mille livres d'amende pour la premiere fois, & de plus grande s'il y échet.

IX.

Défendons aux médecins, chirurgiens, apothicaires, épiciers-droguistes, orfévres, teinturiers, maréchaux & tous autres, de distribuer desdits minéraux en substance à quelque personne que ce puisse être, & sous quelque prétexte que ce soit, sur peine d'être punis corporellement, & seront tenus de composer eux-mêmes, ou de faire composer en leur présence par leurs garçons les remédes où il devra entrer nécessairement desdits minéraux, qu'ils donneront après cela à ceux qui leur en demanderont, pour s'en servir aux usages ordinaires.

X.

Défenses sont aussi faites à toutes personnes, autres qu'aux médecins & apothicaires, d'employer aucuns insectes veneneux, comme serpens, crapaux, vipéres & autres semblables, sous prétexte de s'en servir à des médicamens, ou à faire des expériences, & sous quelqu'autre prétexte que ce puisse être, s'ils n'en ont la permission expresse par écrit.

XI.

Faisons très-expresses défenses à toutes personnes de quelque profession & condition qu'elles soient, excepté aux médecins approuvés, & dans le lieu de leur résidence, aux professeurs en chimie, & aux maîtres apothicaires d'avoir aucuns laboratoires, & d'y travailler à aucunes préparations de drogues ou distillations, sous prétexte de remédes chimiques, expériences, secrets particuliers, recherches de la pierre philosophale, conversion, multiplication ou rafinement des métaux, confection des cristaux ou pierre de couleur, & autres semblables prétextes, sans avoir auparavant obtenu de nous par lettres du grand sceau la permission d'avoir lesdits laboratoires, présenté lesdites lettres & fait déclaration en conséquence à nos juges & officiers de police des lieux. Défendons pareillement à tous distillateurs, vendeurs d'eau-de-vie, de faire autres distillations que celle de l'eau-de-vie & de l'esprit de vin, sauf à être choisi d'entr'eux le nombre qui sera jugé nécessaire pour la confection des eaux fortes, dont l'usage est permis, lesquels ne pourront néanmoins y travailler qu'en vertu de nosd. lettres, & après en avoir fait leurs déclarations, à peine de punition exemplaire. Si donnons en mandement à nos amés & féaux les gens tenans notre cour de parlement de Paris, que ces présentes ils ayent à faire lire, publier & enregistrer, & icelles exécuter selon leur forme & teneur, sans souffrir qu'il y soit contrevenu en quelque sorte & maniere que ce soit. Car tel est notre plaisir. Et afin que ce soit chose ferme & stable à toujours, nous avons fait mettre notre scel à cesdites présentes. Donné à Versailles au mois de juillet, l'an de grace 1682, & de notre régne le quarantiéme. *Signé*, LOUIS. Et plus bas, par le roi, Colbert. *Visa*, Le Tellier.

Registrées, oui, & ce requérant le procureur général du roi, pour être exécutées selon leur forme & teneur, suivant l'arrêt de ce jour. A Paris, en parlement, le 31 août 1682. Signé, Dongois.

OBSERVATIONS.

DEpuis, j'ai vu dans le dictionnaire de M. Bayle, sur le mot *Grandier, curé de Loudun*, qui fut accusé & condamné au feu comme magicien, pour avoir, disoit-on, ensorcelé les religieuses Ursulines de Loudun, plusieurs choses très-curieuses sur ce sujet; entre autres, il se raille finement & des accusateurs & des juges qui firent le procès à ce pauvre homme. Il dit que s'ils le croyoient capable d'envoyer le démon dans le corps des gens, ils devoient craindre de l'irriter, de peur qu'il ne les soumît à une légion de diables. Dans ses notes, il parle de l'arrêt du conseil du 26 avril 1672, portant que les prisons seroient ouvertes aux accusés de ce crime, à qui le parlement de Normandie faisoit le procès avec trop de chaleur. J'invite le lecteur à lire les notes que cet auteur a fait sur cet article, elles sont remplies d'érudition & d'esprit; je n'ai point vu d'auteurs d'une connoissance aussi vaste, d'une critique aussi fine, & d'un discernement aussi exquis. 19

Depuis cette observation faite, M. de la Mare commissaire au châtelet, a donné au public un traité de la police, dans lequel, liv. 3, tit. 37, ch. 1, 2, 3 & 4, il parle de la 20

BIU Cujas

magie, & de toutes les loix qui ont été faites contre ces impoſteurs dans un bel ordre, & avec beaucoup d'érudition. Si je l'avois vu plutôt, je me ſerois diſpenſé d'écrire ſur cette matiere; cependant je crois que le lecteur ne ſera pas fâché de voir deux auteurs écrire dans le même tems ſur une matiere différemment; entr'autres différences, il y en a deux remarquables. La premiere, il a écrit hiſtoriquement, & moi un peu plus en juriſconſulte. La ſeconde, il paroît qu'il croit fort aux ſorciers, & moi je n'y ajoute point de foi. Je ne veux rien dire des citations.

DU DÉGUISEMENT DES ACCUSÉS.

QUESTION CENTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eloge de la vérité.*
2. *Les accuſés ne doivent point avoir recours à l'artifice.*
3. *Les juges ſont des hommes qui peuvent ſe tromper.*
4. *Récit d'un procès jugé à Montbriſon, où la naïveté d'un des accuſés fit connoître ſon innocence.*
5. *Récit d'un procès jugé en la cour des aides, où l'artifice pratiqué par l'accuſé découvrit ſon crime.*
6. *Hiſtoire du levrier d'Aubry de Montdidier.*

QUESTION C.

L'artifice nuit.

1 SI la vérité à des charmes, ils ſont ſinceres, & c'eſt en leur naïveté que leur force eſt établie. Elle ſe plaît d'être nûe, & ſon plus grand artifice eſt de n'en point rechercher. Elle ſe r'aſſure ſi fort ſur ſa beauté naturelle, qu'elle croiroit lui faire tort, ſi elle en empruntoit quelqu'autre; & même la défiance lui ſembleroit criminelle. Comme le déguiſement eſt une eſpece de menſonge, & qu'il ne differe que parce que l'un eſt plus effronté, & l'autre plus diſſimulé, la vérité les abhorre également, & elle fait autant de ſcrupule de ſe farder que de mentir.

2 Mais ſi cela eſt véritable en tontes choſes, c'eſt principalement aux affaires criminelles. Comme il faut qu'un accuſé ſe r'aſſure ſur ſa conſcience; comme c'eſt ſur elle qu'il doit établir ſon repos, il doit rejetter les ruſes, & il faut qu'il croye que l'innocence n'a pas beſoin d'artifices; qu'elle éclate d'elle-même, & qu'elle ne peut mendier de l'aſſiſtance, ſans trahir ſon droit; qu'un acccuſé qui ſe défie ſe découvre; & que c'eſt pour chercher trop d'ajuſtement qu'il ſe rend ſuſpect: au lieu qu'un juge prend bonne opinion d'un accuſé, lorſqu'il le voit libre & naïf en ſes réponſes; au contraire, il le ſoupçonne coupable, s'il répond avec embages, & n'eſt pas net en ſes confeſſions ou dénégations.

Qu'on voye à ce ſujet ce que remarque le ſieur Automne, en ſa conférence ſur les titres du digeſte & du code *de confeſſis*, on apprendra quel avantage un accuſé peut tirer de ſa naïveté, & qu'il n'a point de meilleur avocat ni de plus puiſſant appui que ſa conſcience. Un gentil-homme eſt accuſé d'homicide: deux témoins dépoſent lui avoir vu faire le coup, & qu'ils l'ont reconnu à la lueur de la lune. L'accuſé dénie hardiment le fait, répond ingénuement ſur tous les interrogats, & fait voir autant de candeur en ſon viſage qu'en ſes réponſes. C'eſt ce qui oblige le juge d'en concevoir une opinion favorable, & de le juger innocent. Pour s'en éclaircir, il conſulte ſon almanach, & enſuite les maîtres de l'art, & trouve en effet, que comme la nuit de l'homicide la lune n'avoit point eu de clarté, auſſi les témoins n'avoient pu diſcerner celui qu'ils chargeoient. C'eſt ainſi que l'aſſurance découvrit la calomnie, & qu'un accuſé, pour être naïf & ſans fard, ſe fit connoître innocent.

Il eſt vrai qu'un accuſé, quelque innocence qu'il ait, n'eſt jamais ſans crainte, & qu'il a ſujet d'appréhender que les juges, n'étant qu'hommes, ne viennent à ſe tromper. Il eſt vrai que le plus aſſuré tremble à l'aſpect de ſes juges, qu'il ne peut comparoître devant eux ſans étonnement, & que la juſtice & la terreur ſont inſéparables. 3

Mais pourtant la différence eſt bien grande entre l'innocent & le coupable; il eſt aiſé de diſtinguer le reſpect d'avec l'effroi. Quelque crainte que la juſtice puiſſe imprimer ſur les viſages des accuſés, les juges qui ſont habiles, peuvent diſcerner ſi c'eſt un remord du crime, ou la vénération des charges & du miniſtere qui en ſont la cauſe. Si l'appréhenſion vient plûtôt du fonds de la conſcience que de l'éclat de la juſtice, & ſi ce n'eſt pas plûtôt une retenue qu'une confuſion, une modeſtie qu'une interdiction.

Il n'y a pas long-tems que dans ce ſiége nous en avons vu un exemple aſſez remarquable, pour raiſon de l'aſſaſſinat commis en la perſonne d'une hôteſſe du bourg de Verrieres, & de deux de ſes enfans. Deux proches voiſins furent arrêtés & conſtitués priſonniers, ſur des ſoupçons aſſez violens. Le procès inſtruit, pour être jugé en dernier reſſort, l'attribution préſidiale n'ayant pas encore été révoquée, il nous fut remis pour prendre nos concluſions. Quoique la preuve ne fût pas égale contre les deux, nous ne laiſſâmes pas de conclure à la même peine, parce qu'en effet nous ne croyions pas qu'un ſeul eût pu faire ce maſſacre. Outre que celui qui ſe trouvoit le moins chargé ne laiſſoit pas d'avouer d'avoir ſçu quelque choſe du deſſein de l'autre. Le procès 4

BIU Cujas

mis sur le tapis, presque tous les juges étoient sur le point de suivre nos conclusions; & déjà dans leurs sentimens, la mort de ces misérables étoit résolue. Comme ils les croyoient également coupables, ils ne jugeoient pas qu'ou dût distinguer la peine, ou prononcer diversément. Mais comme il n'appartient qu'a Dieu de changer le cœur des juges, & que c'est au point du jugement, qu'il leur communique de plus grandes lumieres, un moment fit décharger celui qu'on croyoit coupable.

C'est parce que cet accusé étant sur la sellette, témoigna plus d'assurance que l'autre, qu'il répondit avec plus de liberté, & qu'on remarqua en lui quelque naïveté qui n'est pas compatible avec le crime. C'est parce que confronté à l'autre, il lui soutint hardiment ce qu'il avoit déposé contre lui, & ne fit point de difficulté de déclarer & réitérer qu'il le croyoit auteur de ce carnage, & qu'autre que lui ne l'avoit commis. C'est enfin parce que le misérable qui fut convaincu, quoiqu'il fût pressé de la sorte, ne répondit jamais rien qui pût charger l'autre, & l'envélopper dans sa perte. C'est ainsi que la prudence des juges ménage les circonstances & les occasions, & qu'on juge de l'intérieur, parce qu'il paroît au dehors.

Mais si la naïveté sert aux accusés, l'artifice leur nuit; & c'est pour affecter trop de choses pour leur justification, qu'ils la gâtent par les mêmes voyes qu'ils recherchent de se mettre à couvert, ils découvrent ce qu'ils pensent mieux cacher, & Dieu permet qu'eux-mêmes avancent leur conviction. Nous en allons donner un exemple mémorable, & dans lequel la justice divine a voulu se signaler.

5 Un gentil-homme est accusé de faussonage devant un maître des requêtes, commissaire député pour cette recherche. Il arrête la poursuite, ou par l'entremise de ses amis, ou par accommodement. Depuis, comme il étoit assez fâcheux en ses déportemens, quelques haineux renouvellent le procès. La-dessus, ayant chassé de sa maison un jardinier, & même l'ayant maltraité, cet homme dépité va dénoncer de rechef son maître. Il le charge non-seulement de faussonnage, mais il en découvre le commerce & le débit. Il en marque l'endroit & les autres circonstances, & même déclare que c'est lui que ce gentil-homme employoit à un si honteux négoce.

Ensuite de cette dénonciation & déposition, l'affaire ayant été tirée à la cour, & décret posé à ce gentil-homme, il s'avise, croyant se mettre à couvert, de faire mourir son jardinier, afin que ne lui pouvant être présenté & confronté, son témoignage fût inutile, ou du moins, plus foible : il s'imaginoit qu'il pourroit imprimer aux juges, que comme c'étoit un témoin affecté & recherché par ses ennemis, ils l'avoient fait évader, afin que sa conscience ne l'obligeât à se rétracter : que c'est pour cela qu'on le détenoit, & qu'on empêchoit qu'il ne parût en justice, tant on craignoit qu'il ne se dédît.

S'étant donc persuadé cela, il fait tuer le jardinier, & consommer son corps dans un four. Mais au lieu d'étouffer par cet homicide la preuve qu'il appréhendoit, il en suscite une plus forte & plus dangereuse. Car le jardinier ne paroissant plus, on soupçonna d'abord que son maître l'avoit fait mourir. Il en est donc accusé, & outre le bruit commun, il s'en trouve chargé pa quelques indices.

Le procès parachevé, & en état de juger, l'accusé, qui bourelé de sa conscience, en appréhendoit l'issue, s'avise d'une autre ruse. Il fait pratiquer & suborner un jenue homme, & le suppose pour le jardinier : après l'avoir fait instruire, & après avoir recherché les précautions nécessaires, comme le procès étoit sur le bureau, & qu'on étoit sur le point d'opiner, on présente aux juges cet homme apposté, & lui-même s'avoue le jardinier. Confronté à l'accusé, il se dit être le même, & l'accusé le reconnoit pour tel. C'est ce qui obligea les juges, pour mieux éclaircir ce point, d'ordonner qu'il seroit procédé à la reconnoissance de cet homme, & qu'à cet effet, le rapporteur se transporteroit sur les lieux pour en informer & le représenter à ceux qui le pouvoient mieux connoître.

Ensuite de cet arrêt interlocutoire, monsieur de Bragelonne, doyen des conseillers de la cour des aydes, & pour lors rapporteur du procès, se transporta sur les lieux; mais comme c'étoit un dessein prémédité, presque par tout où il passoit, les témoins étoient préparés. Chacun reconnoissoit le prétendu jardinier, non pas pour ce qu'il étoit, mais pour ce qu'on vouloit qu'il fût. Ainsi le supposé jardinier eût passé pour véritable, si le commissaire s'en fût contenté, & s'il eût eu moins de prudence & moins de zèle.

Mais comme ledit sieur de Bragelonne jugea que la chose étoit plus suspecte, plus elle étoit préparée, & qu'il y avoit trop d'affectation pour la vérité, il voulut encore mieux s'en éclaircir. Ayant donc appris sous main le lieu de la naissance & de l'origine du personnage, il résolut d'y aller à la sourdine, & de prévenir les pratiques qu'on y pourroit faire. Y étant allé à l'insçû des intéressés, il ouit la mere & les freres du jardinier supposé, il apprit d'eux quel il étoit, & qu'il y avoit fait un séjour presque ordinaire, en un mot, la fourbe fut à demi découverte, & celui qui avoit prêté son nom, commença dès-lors d'en craindre le châtiment. Tenu de plus près, & reconduit à Paris, il fit entendre, que pourvû qu'on lui fit grace, il découvriroit le tout. C'est ainsi qu'il leva le masque duquel il s'étoit couvert, & que cessant d'être le jardinier, il devint un autre. Confronté à l'accusé, il lui soûtint la supposition, & qu'il n'avoit emprunté le nom d'un homme qu'on croyoit mort, que pour sauver un homme vivant. Qu'il avoit été gagné par argent, & qu'on lui avoit fait beaucoup de promesses pour l'engager à jouer ce personnage. C'est ce qui fit la conviction de ce gentil-homme, qui par arrêt, fut condamné à perdre la tête en gréve, & le jardinier supposé, à servir le roi aux galeres. C'est de la bouche même dudit sieur de Bragelonne, étant en ce pays pour le fait des tailles, que nous avons appris ce récit, & le tenant de si bonne part, nous ne faisons pas difficulté de le donner au public.

L'instrution qu'on en doit tirer, c'est que rien ne demeure impuni, & que Dieu découvre tôt ou tard les crimes plus cachés. Qu'il se sert de moyens extraordinaires, & qui le plus souvent tiennent du miracle. Témoin le levrier d'Aubry de Mondidier, duquel l'histoire est peinte sur la cheminée du château de Montargis, & dont monsieur Expilly fait mention, en son plaidoyer, au discours des duels. Témoins encore ce que maître Antoine Mornac remarque sur la loi *properandum*, *C. de judiciis*. Aussi tenoit-on par bruit commun ce gentil-homme coupable d'avoir fait mourir sa femme. 6

En second lieu, le lecteur pourra remarquer que la prudence des hommes est foible, & que ses lunettes sont courtes, puisqu'en effet ils se jettent dans le péril par les mêmes voyes qu'ils recherchent pour l'éviter, & qu'au lieu de reculer leur perte, ils l'avancent. Leurs trames ont une fin contraire, & Dieu permet que croyans de couvrir un crime par un autre, au lieu d'éviter une moindre peine, ils tombent dans une plus grande. Ainsi dans l'exemple que nous avons rapporté, nous voyons que ce gentil-homme commit un homicide, pour se garantir du faussonage,

BIU Cujas

& que pour ſe couvrir des deux, il fit une fauſſeté, en ſuppoſant un faux homme, & c'eſt toutefois ce dernier crime qui fit découvrir les autres, & ce qui devoit rendre la preuve plus douteuſe, acheva la conviction. Deſorte que l'accuſé ne ſe perdit que pour avoir voulu chercher trop de précaution

Et ceſt la derniere remarque que doit faire le lecteur, & il faut qu'il avoue que c'eſt avec raiſon que le titre de cette queſtion porte que l'artifice nuit. Car comme le proverbe porte que *qui bene olet, non bene ſemper olet*, parce que trop de ſenteur rend cette odeur ſuſpecte, de même on ne peut employer trop de ruſes, qu'on ne faſſe ſoupçonner ce procédé. Tout ainſi qu'en matieres de contrats, les clauſes inſolites en font douter : auſſi dans les procès, qui cherche trop de remedes fait connoître qu'il ſe défie de ſon droit.

Au reſte, comme le fait ſuſdit à cauſe de la mutation de nom & ſuppoſition d'une perſonne pour autre, a quelque rapport avec l'arrêt mémorable de Martin Guerre, nous renvoyons le lecteur au commentaire que monſieur Coras a fait ſur ledit arrêt

OBSERVATIONS.

Des déguiſemens des accuſés.

L'Auteur dans cette queſtion, qu'il a intitulée, *l'artifice nuit*, veut montrer qu'il eſt plus avantageux à un accuſé d'être ſincere, que de déguiſer la vérité, & d'employer l'artifice pour ſe défendre, ſur-tout quand il ne peut le faire, qu'en ajoutant crime ſur crime. Pour exemple, il rapporte le procès d'un gentil-homme, qui pour ſe défendre d'un crime de fauſſonage, fit tuer ſon jardinier, du miniſtere duquel il s'étoit ſervi & en ſuppoſa un autre. Il cite auſſi l'arrêt de Martin Guerre, pour raiſon de quoi il renvoye à M. Coras, qui en fut le rapporteur ; le fait de ce procès eſt fort bien expliqué par M. Papon, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 22, tit. 9, art. 20, que je crois devoir citer pour l'honneur de la province.

DE LA PEREMPTION D'INSTANCE.

QUESTION CENT-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait.*
2. *Pour former une inſtance, il faut une conſtitution de procureur.*
3. *Arrêt du 7 ſeptembre 1649, qui l'a ainſi jugé.*
4. *Eloge du parlement de Paris.*
5. *Article du réglement, qui ordonne que les inſtances ſeront ſujettes à péremption, quoiqu'il n'y ait point de conſtitution de procureur.*

QUESTION CI.

De la péremption d'inſtance.

1 MAITRE Jean Cozon, Contrôleur ancien au Grenier à ſel de ſaint Eſtienne, en l'année 1636, ſe rend demandeur en complainte pardevant le juge du duché de Roannois, contre Pierre Chartier. En cette inſtance il fut ordonné que deſcente ſeroit faite ſur les lieux, & le procureur fiſcal y fut reçu pour l'intérêt public.

Le juge dudit duché s'étant recuſé, Cozon ſe pourvût en la cour pour faire renvoyer l'inſtance en un autre ſiége. Par arrêt du 18 juillet 1639, le différend eſt renvoyé pardevant le ſenéchal de Lyon, ou ſon lieutenant. Cela demeure ſans exécution, & l'arrêt ne portant aucun renvoi ni aſſignation à jour certain, il ne ſe fit aucune pourſuite, juſques au 24 ſeptembre 1644, que ledit Chartier fut aſſigné pardevant ledit ſénéchal de Lyon. Mais au lieu de procéder, il ſoûtint que l'inſtance principale étoit périe. Le ſénéchal ne s'étant point arrêté à cette peremption, & ayant ordonné par deux ſentences qu'il ſeroit procédé à l'exécution de l'arrêt, & que deſcente ſeroit faite ſur les lieux, Chartier en appella à la cour.

Pour fondement de ſon appel, il diſoit que depuis l'arrêt du 18 juillet 1639, juſques au bout de l'aſſignation donnée devant le ſénéchal de Lyon, le 24 ſeptembre 1644, s'étant écoulé un intervalle de plus de trois ans, la peremption étoit acquiſe. Que l'exécution d'un arrêt interlocutoire eſt ſujette à peremption, & que s'il y avoit eu de la négligence, c'eſt de la part du demandeur qu'il avoit dû agir & pourſuivre la deſcente. Qu'il s'en devoit imputer la faute, & accuſer ſa pareſſe.

Au contraire, on ſoûtenoit que l'arrêt n'étoit pas un arrêt interlocutoire ; mais plûtôt diffinitif, puiſqu'il a décidé tout ce qui étoit en conteſtation en la cour, ſçavoir le réglement de juge, & qu'après y avoir prononcé, elle n'a eu aucune autre choſe à juger

On ajoûtoit que l'inſtance n'avoit pû périr, puiſqu'il n'y avoit aucun juge qui en fût ſaiſi. Elle n'étoit

plus

BIU Cujas

plus pendante pardevant le juge du duché de Roannois, puiſque l'arrêt l'avoit évoqué, elle n'étoit non plus pendante en la cour, puiſqu'elle s'en étoit déſaiſie, elle ne pouvoit donc qu'être pardevant le ſénéchal de Lyon, ni périr qu'au ſiége où l'affaire avoit été renvoyée. Mais pour cela, il falloit une
2 aſſignation & une conſtitution de procureur; une préſentation réciproque, ou bien une contumace. C'eſt ce qui établit une inſtance, c'eſt ce qui la rend ſujette à peremption; & il eſt certain que s'il n'y a procureur conſtitué de part & d'autre, ou défaut jugé, ce n'eſt pas, à proprement parler, une inſtance, ou ſi c'eſt inſtance, qu'elle n'eſt point ſujette à peremption.

Enfin, on oppoſoit que le procureur fiſcal ayant été reçu partie intervenante en l'inſtance de complainte, cela faiſoit obſtacle à la peremption.

3 Par arrêt du ſeptieme ſeptembre mil ſix cent quarante-neuf, au rapport de monſieur Hennequin, Chartier a été débouté de ſa demande en peremption; ce qu'on peut tirer à conſéquence, & prendre pour préjugé, quand il n'y a point de conſtitution de procureur. L'aſſignation donnée commence à former l'inſtance, mais c'eſt par la préſentation & conſtitution de procureur qui lui donne l'être. Auſſi, l'ordonnance ne parle que des inſtances conteſtées, & il n'y a point de véritable conteſtation qu'il n'y ait eu procureur conſtitué de part & d'autre, ſuivant le chapitre *dudum de electione*, où la conteſtation ſe fait *cùm per petitionem in jure propoſitam, & reſponſionem factam conteſtatio litis ſit*, ce qui ne ſe peut faire que par conſtitution de procureur. Auſſi l'article 104 de la coutume de Paris établit la conteſtation, quand il y a réglement ſur les demandes, & défenſes des parties, ou bien quand le défendeur eſt défaillant & débouté des défenſes. Voyez le chapitre unique *de litis conteſtatione*, & le docte Cujas, au liv. 9 de ſes obſervations, chap. 21.

OBSERVATIONS.

De la péremption d'inſtance.

L'Auteur dans cette queſtion, établit qu'une inſtance n'eſt pas ſujette à péremption, quand il n'y a point eu de préſentation ou de conſtitution de procureur.

Cette queſtion a fait autrefois beaucoup de difficulté; elle ſe jugeoit différemment dans les différens tribunaux, & même dans les différentes chambres du parlement: mais enfin 4
la cour a fait un réglement ſur la préremption d'inſtance; qui ſert de loi dans tout ſon reſſort. Il ſeroit à deſirer qu'elle eût la bonté de faire de ſemblables réglemens ſur toutes les queſtions problématiques, qui ſe jugent différemment dans les différentes juriſdictions; ce ſeroit une occupation digne du premier parlement du royaume, & du plus auguſte tribunal du monde, dont la réputation étoit autrefois ſi grande, que les papes, les empereurs, les rois & les princes étrangers, faiſoient gloire de ſoumettre leurs différends à ſa déciſion.

Les inſtances intentées, bien qu'elles ne ſoient conteſtées, ni les aſſignations ſuivies de 5
conſtitution & de préſentation de procureur par aucunes des parties, ſeront déclarées péries, en cas que l'on ait ceſſé & diſcontinué les procédures pendant trois ans, & n'auront aucun effet de perpétuer, ni de proroger l'action, ni d'interrompre la preſcription.

DE LA PRESCRIPTION,
Si la clauſe, outre autres dettes, *l'empêche.*
QUESTION CENT-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait.*
2. *Reconnoiſſance de l'auteur, que ſon ſentiment ſur la preſcription de l'action perſonnelle jointe à l'hypothécaire, n'eſt pas ſuivi.*
3. *Savoir ſi la clauſe*, outre autres dettes, *inſérée dans une obligation poſtérieure, empêche la preſcription des obligations précédentes.*
4. *Raiſon du créancier contre la preſcript.*
5. *Raiſons du débiteur en faveur de la preſcription.*
6. *Arrêt qui a jugé que cette clauſe empêche la preſcription.*
7. *Cette maxime n'eſt pas certaine, il faut une réſerve des précédentes obligations.*
8. *Cette maxime eſt ſuivie au parlement de Toulouſe.*

QUESTION CII.

De la clauſe, outre autres dettes, *& ſi elle empêche la preſcription des obligations premieres.*

1 *Titius* ſe trouve obligé à *Mævius* à diverſes ſommes & par diverſes obligations, la derniere deſquelles portoit réſerve des précédentes, en ces termes: *outre autres dettes, & pour empêcher la ſurannation.* Le créancier & le débiteur étoient tous deux décédés, & l'héritier de celui-là ayant fait aſſigner le tuteur des enfans & héritiers de celui-ci, en déclaration d'obligations exécutoires; le tuteur accorde jugement pour quelques-unes, & débat les autres de preſcription, pour y avoir plus de trente ans, & pour une ou deux, plus de quarante.

Contre cette preſcription, l'héritier du créancier

BIU Cujas

oppose deux choses; l'une, que l'action personnelle & hypothécaire étant jointes, il falloit quarante ans, suivant la loi *cùm notissimi, C. de præsc.* 30 *vel* 40 *annor.* & les arrêts. L'autre raison qu'il opposoit, c'est qu'il ne falloit pas compter les quarante ans du jour & date des obligations premieres; mais du jour de la derniere, à cause de la réserve & clause, *outre autres dettes*, qui les avoit renouvellées, & faisoit obstacle à la prescription.

2 Pour la premiere raison, nous ne l'examinerons pas ici; c'est un point que nous avons déja traité assez amplement, & c'est assez qu'en ayant ouvert notre sentiment, nous soyons obligés d'avouer qu'il n'est pas encore suivi, & que l'arrêt que nous allons donner ici sert de préjugé contraire.

3 Mais comme il y avoit des obligations desquelles il y en avoit de plus de quarante ans, l'autre point fut disputé, & le créancier ou son héritier soutint que cette clause, *outre autres dettes*, insérée dans l'une des dernieres obligations, conservoit les précé-
4 dentes: que c'étoit une reconnoissance expresse; que dès-lors elles étoient dûes, & par conséquent, que la derniere avoit renouvellé le droit & l'action des autres: que ces termes ne pouvoient pas être inutiles, & qu'il falloit qu'ils opérassent quelque chose: qu'il n'est pas de cette clause comme de celles que le notaire peut ajouter de son style, mais qu'au contraire, il falloit croire qu'il n'avoit inséré cela, que parce que le créancier l'avoit desiré, & que le débiteur l'avoit consenti. Bref, qu'on ne pouvoit donner autre sens à ladite clause, vû même qu'il n'y avoit pas seulement, *outre autres dettes*, mais qu'on avoit encore ajouté ces mots, & *empêcher la suran-nation*, c'est-à-dire, la prescription, le notaire l'ayant ainsi entendu.

On disoit au contraire qu'il n'y avoit pas appa- 5
rence de faire demande d'obligations si vieilles, & dont il y avoit plus de quatante ans: que si l'action se pouvoit étendre au-delà de trente ans, & jusqu'à quarante ans, au moins falloit-il s'arrêter à ce terme: qu'on ne pouvoit pas l'outre-passer, sous prétexte d'une clause qui est assez commune, & que le notaire peut aussi-tôt ajouter d'office, que par l'ordre des parties. C'est parce qu'il croit que s'il n'y a point d'autres obligations, cette réserve ne peut nuire, & que s'il y en a qui soient dûes, elles doivent être réservées.

Que comme après l'obligation qui portoit cette clause, il y en avoit de postérieures, aussi falloit-il présumer que les premieres y avoient été comprises, n'y ayant pas la même réserve. Enfin, qu'après un si long-tems, il falloit plûtôt pancher en faveur de la libération, que contre les héritiers qui ont succédé au fait d'autrui, & ont juste cause d'ignorance; attendu même que ce sont des mineurs, & que cela causeroit leur ruine.

Cette faveur & commisération, comme il le faut 6
croire, ayant obligé le bailli de Forêts de décharger les mineurs des premieres obligations, & y ayant eu appel à la cour, la senrence du bailli a éré infirmée, & les mineurs ont été condamnés à payer toutes les obligations, nonobstant la prescription à laquelle on a jugé que la clause, *outre autres dettes*, a fait obstacle.

OBSERVATIONS.

DAns cette question, l'auteur fait mention d'un arrêt qui a jugé deux choses.

Si l'action personnelle, jointe à l'hypothécaire, dure quarante ans.

La premiere, que lorsque l'action personnelle est jointe à l'hypothécaire, elle dure quarante ans, contre son sentiment, qu'il reconnoît n'être pas suivi, c'est dans la question 75 ci-dessus, où il soutient que toute action doit être bornée à trente ans.

Si la clause, outre autres dettes, *empêche la prescription.*

La seconde, que la clause apposée dans une derniere obligation, *outre autres dettes*, empêche le cour de la prescription contre les précédentes obligations.

7 Cette maxime n'est pas assez certaine pour s'y fier, il faut faire une réserve expresse des autres obligations. Il est même à propos de les spécifier, ou du moins de faire mention de la date; car une clause vague & générale comme celle-ci, ou celle qui est de style, sans préjudice d'autres dûs, droits & actions, n'est pas suffisante pour empêcher la prescription contre d'autres obligations.

Il y a plus; si l'on considere bien la nature & la faveur de la prescription, l'on sera persuadé que toutes ces clauses ne sont pas capables d'en arrêter le cours; la prescription a été introduite pour punir la négligence du créancier, & pour assurer le repos des familles, *patrona generis humani*; or, un créancier qui se contente d'une semblable clause, & qui laisse écouler 30 & 40 ans sans former aucune demande, est sans doute un négligent, dont la négligence mérite d'être punie, en rejettant son action après un si long silence, de peur de troubler la famille du débiteur après un si long tems.

8 Cependant cette clause est d'usage dans la province, je l'ai remarqué dans un très-grand nombre d'obligations.

Depuis j'ai vu le recueil d'arrêts de M. Catelan, & j'ai trouvé dans le tome 2, liv. 7, chap. dernier, un arrêt du 1698, par lequel il a été jugé que la réserve générale faite par un créancier dans une obligation postérieure, des autres sommes à lui dûes par le débiteur, est suffisante pour empêcher la prescription à l'égard des obligations précédentes. La raison que ce savant magistrat en donne, est que la prescription n'est pas favorable, & que la décision des questions de cette matiere roule un peu sur ce principe, *odiosæ exceptiones*; il ajoute que les preseriptions étant établies presque uniquement pour punir les créanciers négligens, l'on ne doit y avoir égard que lorsque les créanciers sont dans le cas d'une parfaite négligence, & non lorsqu'ils sont seulement négligens dans l'expression suppléée dans l'intention des parties.

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEſpeiſſes, tom. 1, pag. 724, col 1, dit que la clauſe *ſans préjudice d'autres ſommes* inſérée dans une obligation poſtérieure, empêche la preſcription des obligations antérieures, & que cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu en la chambre de Caſtres, le 21 juillet 1635.

M. Catelan, tom. 1, liv. 3, ch. 27, après avoir dit que le payement de la rente faite par l'enphitéote de trois années par trois différentes quittances, fait préſumer le payement des années précédentes, & empêche le ſeigneur d'en faire demande; ajoute à la fin que la réſervation des autres droits & devoirs ſeigneuriaux opére la réſervation des arrérages des années précédentes, & que cela a été ainſi jugé par un arrêt du 30 juillet 1649, la raiſon qu'il en donne, c'eſt qu'une ſemblable preſcription n'eſt pas aſſez favorable pour avoir beſoin d'une réſerve expreſſe.

Le parlement de Paris au contraire juge, que les droits ſeigneuriaux ne ſont pas aſſez favorables pour être réſervés par une réſerve auſſi vague, qui eſt de ſtyle.

Le ſieur Mathieu, lieutenant général au bailliage du duché de Roannès, poſſéde des héritages dans la cenſive de Mably; le 1 février 1685, il en paſſa une reconnoiſſance au profit du ſieur d'Origny, pour lors ſeigneur de Mably, dans laquelle fut inſérée la clauſe, ſans préjudice des arrérages de ſervis, & autres droits ſeigneuriaux.

Le 15 ſeptembre 1712, le ſieur comte de Chenelette, gendre & héritier du ſieur d'Origny, fit aſſigner le ſieur Mathieu, pour lui payer vingt-neuf années d'arrérages échus avant ſa reconnoiſſance, & ceux échus depuis.

La cauſe ayant été portée & plaidée au bailliage de Montbriſon en Forêts, il intervint une ſentence contradictoire le 21 août 1713, qui condamna le ſieur Mathieu à payer 29 années d'arrérages échus avant la demande ſeulement.

Je fus conſulté par le ſieur de Chenelette ſur l'appel de cette ſentence. Je répondis que je ne croyois pas qu'il fût bien fondé, parce que je ne trouvois pas la réſerve aſſez expreſſe; qu'il auroit fallu dire, ſans préjudice des arrérages de ſervis qui peuvent être dûs, ou, ſauf au ſeigneur à ſe pourvoir pour les arrérages échus: néanmoins le ſieur de Chenelette ne laiſſa pas de pourſuivre ſur ſon appel. La cauſe portée à l'audience de la grand-chambre, par arrêt du 15 avril 1715, la cour a mis l'appellation au néant avec amende & dépens. Je crois devoir rapporter ici la ſentence qui contient les moyens des parties, & les concluſions de l'avocat du roi.

Extrait des regiſtres des ſénéchauſſées de Forêts exercées à Montbriſon.

ENtre meſſire Bernard de Noblet, chevalier, comte de Chenelette, ſeigneur d'Anglure & autres lieux, lieutenant des maréchaux de France, au département du Mâconnois, en la qualité qu'il procéde, demandeur par Genet ſon procureur, d'une part; & noble Claude Mathieu, conſeiller du roi, lieutenant général au bailliage & duché de Roanès, défendeur par Chatelus ſon procureur, d'autre part.

Oui de Perey, avocat dudit ſeigneur de Chenelette, aſſiſté de Genet ſon procureur, qui a conclu à ce que ledit ſieur Mathieu ſoit condamné à payer audit ſeigneur de Chenelette les arrérages de cens & ſervis à lui demandés, tant par l'exploit d'aſſignation du 15 ſeptembre 1712, que par les écritures ſignifiées en l'inſtance, le 24 mai dernier, ſavoir de 29 années échues lors de la reconnoiſſance paſſée par ledit ſieur Matthieu au profit de feu Jean Donguy d'Origny, vicomte de Mably, le 1 février 1685 leſdits cens impoſés ſur les fonds portés par ladite reconnoiſſance, & ſuivant la quotité y marquée, & à payer les cens & ſervis impoſés ſur les mêmes fonds de 25 années, échues depuis ladite reconnoiſſance, à raiſon de la même quotité portée par icelle, ſuivant les évaluations qui ont été & ſeront d'abondant rapportées, le tout en denier ou quittances valables; ledit ſieur Matthieu ayant ſeulement fait offre à payer vingt-neuf années deſdits cens échus au jour de la demande; mais cette offre n'eſt pas juſte, parce que par la reconnoiſſance dudit ſieur Matthieu, ayant reconnu devoir les arrérages qui étoient lors échus par la réſerve expreſſe qui en a été ſtipulée au profit dudit ſeigneur d'Origny; c'eſt une obligation dudit ſieur Matthieu, pour le payement des arrérages de vingt-neuf années lors échus, & qu'il doit ſans difficulté, comme ceux encourus depuis ladite reconnoiſſance, juſques & compris ladite année 1709, ſeulement, auſquelles demandes, fins & concluſions, ledit de Perey perſiſte, & aux intérêts, depuis la demande juſqu'à l'actuel payement, & aux dépens de l'inſtance, & paſſé outre à l'exécution de la ſentence qui interviendra, nonobſtant & ſans préjudice d'appel ou oppoſitions, comme s'agiſſant d'exécution d'obligation. Oui Chatelus, procureur dudit ſieur Matthieu, qui a perſiſté aux défenſes communiquées le ſixiéme mars dernier, & aux offres y

BIU Cujas

contenues, après leſquelles ſa partie ſoutient devoir être délaiſſée de l'inſtance avec dépens, étant inoui de pouvoir prétendre par celle de Genet les arrérages de ſervis au-delà de 29 annéees échues lors de l'aſſignation ſans une demande précédente.

Oui Me Vital Verno, avocat du roi, qui a dit, que la réſerve portée par la reconnoiſſance du défendeur, du premier février 1685, des arrérages de ſervis & autres droits ſeigneuriaux dûs, n'eſt pas ſuffiſante, pour diſpenſer le demandeur de former ſa demande en forme deſdits droits avant les 30 années expirées; ce que n'ayant pas fait, la preſcription toute favorable dans cette occaſion nous paroît lui être oppoſée avec raiſon, laquelle réſerve d'ailleurs eſt de ſtyle, & miſe pour empêcher que l'emphitéote, qui reconnoît, ne puiſſe oppoſer la fin de non-recevoir, ſi le ſeigneur ne s'étoit fait aucune réſerve des précédens arrérages. Il en eſt de même des quittances qu'il paſſe, dans leſquelles, quoiqu'il ſe réſerve des précédens arrérages, l'on ne laiſſeroit pas de lui oppoſer une ſemblable fin de non-recevoir, ſi les quittances rempliſſent les 30 années accordées au ſeigneur pour former ſa demande: partant adhere à ce qu'il ſoit dit, qu'en conſéquence des offres faites par le défendeur, il eſt délaiſſé de la demande à lui formée.

Il eſt dit que la partie de Chatelus eſt condamnée à payer à celle de Perey les arrérages de cens & ſervis de 29 années échus avant la demande, avec intérêts, puis icelle, dépens compenſés; fors les frais & levée du préſent jugement, auſquels la partie de Chatelus eſt condamnée. Fait à Montbriſon par nous Gilbert Poncet, Claude Pupier, Jean Cazo, & Jacques Antoine Ponetis de la Tour, écuyers, tous conſeillers du roi, magiſtrats audit ſiége, ſéans en jugement, le lundi 21 août 1713.

DES CRIMES,

Si une femme eſt tenue d'accuſer ſon mari.

QUESTION CENT-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il n'y a rien que le deſir des richeſſes ne faſſe faire.*
2. *Récit du fait.*
3. *Raiſons contre la femme.*
4. *Raiſons pour la femme.*
5. *Arrêt qui a déchargé la femme.*
6. *Une femme n'eſt jamais obligée de dénoncer ſon mari.*
7. *Explication des loix qui puniſſent ceux qui ayant connoiſſance d'un crime, ne dénoncent pas les coupables.*
8. *Les peres & les enfans ne ſont pas obligés de ſe dénoncer.*
9. *Célébres jugemens de l'antiquité, qui ont rapport à cette queſtion.*

QUESTION CIII.

Si la femme eſt tenue d'accuſer ſon mari qui a fait mourir l'enfant qu'elle avoit eu d'un premier mari.

PUISQU'ON commet des parricides & fratricides, & que les peres & meres quelquefois n'épargnent pas leurs enfans, il ne faut pas trouver étrange qu'un vitric avance les jours d'un enfant que ſa femme
1 a d'un autre lit. Il n'eſt rien qu'un lâche deſir des biens ne faſſe commettre, & c'eſt avec raiſon que le poëte s'écrie:

Quid non mortalia pectora cogis,
Auri ſacra fames?

2 *Titia* ayant un enfant de ſon premier lit, aſſez riche, & qui n'avoit que des effets mobiliaires, *Cajus* ſon ſecond mari réſout de le faire mourir, pour faire tomber ſa ſucceſſion à ſa femme, & s'en prévaloir. Ayant donc exécuté un ſi mauvais deſſein, il feint que ce fils s'étoit débauché & abſenté, & même qu'il lui avoit pris beaucoup d'argent. Cela demeure couvert quelques années; mais enfin, Dieu qui ne laiſſe point de pareils crimes impunis, permet qu'après en avoir conçu quelque ſoupçon, on trouve le corps dans un puits.

Le mari, qui ſe ſentoit coupable, s'allarme d'abord & prend la fuite, & comme il y avoit quelque apparence que la femme, qui n'avoit dit mot, en fût complice, on ne manqua pas de l'arrêter.

On pouvoit ſoutenir qu'ayant bien ſçu la mort 3
de ſon fils, & n'en ayant fait aucune plainte, ſon ſilence la rendoit coupable: qu'autrement, elle en auroit parlé, & qu'il n'eſt pas croyable qu'une femme eût pû retenir ſa langue, qu'une mere eût pû forcer ſon reſſentiment, ou pour mieux dire, l'étouffer: qu'il faut croire que ſi elle n'avoit pas voulu le dénoncer à la juſtice, elle en auroit dit quelque choſe à ſes voiſins, & une action ſi lâche n'auroit pas été ſi long-tems cachée.

C'eſt de-là qu'on pouvoit inférer que la femme ayant participé au crime & au profit qu'on en eſpéroit, elle devoit avoir ſa part de la peine: qu'en effet les empereurs, *in lege 5, § finali, Codice ad legem Juliam Majeſtatis*, parlant *de conſciis & miniſtris*, veulent qu'ils ſoient punis *ſimili ſeveritate*; que le mê-

BIU Cujas

me eſt décidé *in lege 2, lege 6 & 7, ff. ad legem Pompeliam de parricidiis.*

4 Pour la femme, elle pouvoit dire que ſi c'eſt de ſa connoiſſance qu'on vouloit inférer ſon crime, il en falloit diſtinguer le tems : qu'à la vérité, ſi elle avoit ſçu le mal avant qu'il fût fait, elle s'avoueroit complice & coupable de ne l'avoir pas détourné. Elle confeſſeroit qu'elle ſeroit en faute de n'avoir pas diverti le coup qu'elle anroit prévu, & de n'avoir pas dérobé ſon fils des embuches d'un parâtre.

Qu'elle veut même paſſer plus avant & reconnoître qu'ayant éventé un ſi lâche deſſein, elle l'auroit dû dénoncer, & ſe priver d'un mari, pour ſe conſerver un fils. Mais qu'encore qu'après le meurtre & l'aſſaſſinat, elle en ait eu quelque connoiſſance, elle n'eſt pas pour cela coupable : qu'on ne peut pas imputer ſon ſilence à crime, & la juger complice de la mort d'un fils, pour n'en avoir pas fait la plainte : qu'elle ne veut pas déſavouer que l'abſence de ce fils ne lui ait été ſuſpecte, & qu'elle n'ait douté que ce ne fût plûtôt un départ forcé du monde, qu'un éloignement volontaire. Non, elle ne veut pas contredire qu'elle n'ait cru que ſon mari s'en étoit défait, & qu'elle n'ait eu pour cela d'aſſez fortes conjectures. Mais elle ne veut pas demeurer d'accord qu'elle ait été obligée de le dénoncer à la juſtice, & que la qualité de mere lui ait dû faire oublier celle de femme.

Il eſt vrai que ſi elle eût pu faire rendre la vie à ſon fils, en tâchant de venger ſa mort, la force du ſang l'auroit emporté ſur l'affection maritale, & que pour recouvrer un fils, elle n'auroit pas fait difficulté de perdre un mari. Mais voyant que c'étoit une perte irréparable, elle n'a pas cru que pour la venger, elle fût obligée de s'en procurer une autre, & ſe priver d'un mari, ſans r'avoir pourtant ſon fils.

Qu'elle ne vouloit pas diſſimuler que cela n'eût cauſé un grand combat dans ſon ame, & qu'elle n'ait été preſſée de déclarer ce qu'elle avoit peine de tenir caché. Mais le même qu'elle ſçavoit être le meurtrier de ſon fils, & qui, comme tel, ne pouvoit que lui être odieux, étoit auſſi conſidéré d'elle comme mari, & qui ne faiſoit avec elle qu'une même chair : que c'étoit lui qui devoit être le ſoutien de ſa famille, & l'appui de ſa vieilleſſe ; & par conſéquent, qu'il n'y avoit pas apparence, que pour s'acquitter d'un devoir inutile, elle dût achever de ſe rendre miſérable.

Elle pouvoit ajouter que ce qui avoit terminé le combat qu'elle a ſouffert, & lui a fait preſque oublier ſa perte, pour n'en pas faire une plus grande, c'eſt que le meurtrier de ſon fils ne lui a pas ſeulement paru comme mari, mais encore comme pere des enfans qu'elle a eu de lui : que s'il n'avoit eu que cette qualité de mari, peut-être que le ſang auroit eu plus de force, & que l'obligation naturelle l'auroit emporté ſur celle du mariage : que par le lien de la nature, il lui auroit été indifférent de demeurer veuve, ſi elle eût ceſſé d'être mere.

Mais qu'ayant des enfans de ſon ſecond lit, elle n'a pu punir l'aſſaſſin de ſon fils du premier lit, ſans ôter aux autres leur pere, & ſans les rendre orphelins & miſérables : qu'ils ſe ſont auſſi oppoſés au deſir de la vengeance, & que c'eſt leur intérêt qui l'a étouffée : que ſi le ſang a demandé cette vengeance, le ſang s'y eſt oppoſé, & qu'en cela, la nature a combattu contre la nature même ; mais qu'un ſeul n'a pu réſiſter au nombre, & que le mort s'eſt trouvé plus foible que les vivans : qu'il ſuffiſoit donc à la mere de dire que quelque connoiſſance qu'elle ait eu de l'aſſaſſinat de ſon fils, elle n'a pas été obligée d'en faire plainte : que les autres enfans y ont fait un légitime obſtacle, & que pour venger la mort de leur frere, elle n'a pas dû les accabler de miſére & d'infamie en perdant leur pere.

Ces raiſons, que les juges pouvoient ſuppléer, 5
porterent la cour à prononcer en faveur de la mere : Elle fut donc abſoute par arrêt que nous tenons de monſieur Canaye, & il nous a aſſuré que ce cas ſe préſenta, lui étant dans la tournelle.

Il eſt vrai que plus un crime eſt grave, plus il demande de preuve, & lorſque le ſang & la nature y répugnent, on ne doit pas admettre les préſomptions : *Quanto majora ſunt quæ credenda ſunt, tanto idoneis & indubitatis teſtibus indigere vera eſt & conſequens probatio ;* & fait à ce propos la loi derniere *C. de probationib.*

Au reſte, il nous ſemble qu'en ce point, notre langue a été plus heureuſe que la latine : car elle appelle *conſcios* ceux que nous diſons être complices : & au lieu que notre idiome ſuppoſe qu'il faut qu'ils ſoient enveloppés dans le crime, le latin ſemble ſe contenter qu'ils le ſçachent.

OBSERVATIONS.

Si une femme eſt obligée de dénoncer ſon mari.

L'Auteur dans cette queſtion, fait mention d'un arrêt rendu à la Tournelle, par lequel une femme qui n'avoit pas dénoncé ſon mari, qui avoit tué l'enfant qu'elle avoit eu d'un premier lit, fut renvoyée abſoute de l'accuſation contre elle intentée pour ce ſujet.

Cette accuſation étoit très-mal fondée par deux raiſons.

La premiere, ce n'eſt qu'en matiere de crime de lèſe-majeſté, où l'on eſt obligé de déférer les coupables ; dans les autres crimes la délation n'eſt pas ordonnée, elle eſt même odieuſe.

La ſeconde, jamais une femme n'eſt obligée de dénoncer ſon mari, je doute même 7
que dans le cas du crime de lèſe-majeſté, elle ſoit tenue de le faire, la loi naturelle & divine lui défend de nuire à ſon mari ; mais enfin dans tous les autres crimes, elle ne doit pas le faire, & même elle n'y ſeroit pas recevable.

L'auteur cite trois loix du digeſte *de lege Pompeia de parr.* qui ſemblent punir ceux qui ont eu connoiſſance d'un parricide.

Il eſt vrai que dans la loi 2, le juriſconſulte Scevola dit qu'un frere qui avoit eu connoiſſance du crime, & qui ne l'avoit pas découvert, fut relégué ; mais cette loi parle de la connoiſſance qu'avoit eu ce frere avant que le crime fût commis ; & par conſéquent il étoit en quelque façon complice. Les deux autres loix parlent des véritables complices, c'eſt en ce ſens qu'il faut prendre le mot *conſcii*, qui eſt employé dans la loi 6, de ce même titre.

BIU Cujas

8 M. Boyer, *déciſ. 25, n. 13 & 14*, établit que quoique l'héritier ſoit obligé de venger la mort du teſtateur, à peine d'être privé de ſa ſucceſſion; néanmoins le pere n'eſt pas tenu de pourſuivre ſon fils, qui a tué le teſtateur, ni le fils ſon pere.

9 Valere Maxime, liv. 8, ch. 1, ſur la fin rapporte deux célébres jugemens qui peuvent convenir à l'eſpece propoſée par notre auteur.

Le premier eſt un jugement de M. Popilius Lenas, préteur, qui ne voulut pas condamner une fille qui avoit tué ſa mere, parce que cette mere avoit empoiſonné les enfans de ſa fille; *parricidium ultam eſſe parricidio. Quorum alterum ultione dignum; alterum abſolutione non dignum judicatum eſt.*

Le ſecond, eſt le jugement de Dolabella, étant proconſul en Aſie, qui ne voulut pas juger une femme qui avoit tué ſon mari & ſon fils du ſecond lit, parce qu'ils avoient tué un autre fils d'un grand mérite qu'elle avoit eu d'un premier lit. Dolabella renvoya la connoiſſance de l'affaire au ſénat de l'Aréopage, lequel ordonna que les parties comparoîtroient dans cent ans, *eodem affectu moti, quo Dolabella. Sed ille tranſferendo quæſtionem, hi differendo, damnandi atque abſolvendi inexplicabilem cunctationem evitarunt.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

IL faut joindre à ces deux exemples celui d'Oreſte qui tua Clytemneſtra ſa mere, parce qu'elle avoit fait tuer Agamemnon ſon mari, pere d'Oreſte: ayant été accuſé de ce parricide par-devant le ſénat de l'Aréopage, les opinions furent partagées, le partage fut vuidé par Diane, qui le renvoya abſous, ſuivant le témoignage des deux plus célébres orateurs de l'Univers. Démoſthene *adversùs Ariſtocrat.* & Ciceron *pro Milone*, qui parle ainſi: *Itaque hoc, Judices, non ſine cauſa fictis fabulis doctiſſimi homines memoriæ prodiderunt, eum, qui patris ulciſcendi causâ, matrem necaviſſet, variatis hominum ſententiis, non ſolùm humana, ſed etiam deæ ſapientiſſimæ ſententiâ liberatum.* Il faut joindre au témoignage des orateurs celui des poëtes, Euripide, *in Oreſt.* Sophocle, *in Electr.* Ovide *metamorph.*

Pour revenir à la juriſprudence. Les peres & meres ne ſont point tenus d'accuſer leurs enfans, ni les enfans leurs peres & meres; c'eſt la doctrine de M. Charles Dumoulin, ſur le titre du code *de his quib. ut indign.* de M. Boyer, dans ſes déciſions, queſt. 25, n. 13.

Il faut dire la même choſe à l'égard de tous les aſcendans, ainſi qu'il a été jugé en faveur de l'ayeul par un arrêt du parlement de Bordeaux, du 7 février 1608, rapporté par M. Maynard, liv. 9, ch. 3.

Il faut pareillement dire le même du mari & de la femme, qui ne ſont pas obligés de s'entr'accuſer.

A l'égard des parens collatéraux, il faut diſtinguer entre les plus proches & les plus éloignés.

Les freres & les ſœurs ne ſont pas obligés de s'accuſer, cela leur eſt même défendu par la loi *ſi magnum 13, cod de his qui accuſ. non poſſ. Si magnum & capitale crimen: ac non leve, frater contra fratrem ſuum inſtituit: non ſolùm audiendus non eſt, ſed etiam exilii pœna plectendus eſt.* Mais la déciſion de cette loi n'a d'application qu'aux accuſations publiques qui étoient permiſes en droit pour toutes ſortes de crimes; au lieu que dans l'eſpece dont il parle il s'agit d'un crime domeſtique, de l'homicide d'un frere commun; cependant dans ce cas-là même il a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouſe du 7 décembre 1639, cité par Albert ſur le mot *indignité*, qu'une ſœur n'étoit pas obligée d'accuſer ſa ſœur qui avoit tué leur tante commune.

Le contraire ſemble avoir été jugé au parlement de Bordeaux par un arrêt du 24 août 1579, rapporté par Automne ſur la loi *ſi magnum*, ci-deſſus citée, & par Maynard liv. 9, ch. 3. Par cet arrêt, des enfans furent privés de la ſucceſſion de leur pere, pour n'avoir pas accuſé leur frere qui l'avoit tué. Il eſt facile de connoître le motif de cet arrêt, il s'agiſſoit de venger la mort du pere, ce devoir doit l'emporter ſur l'affection fraternelle; c'eſt le cas de la loi 2, *ff. de leg. pomp. de parr.*

Cependant dans ce dernier cas il a été jugé au parlement de Provence par un arrêt du 28 janvier 1684, qu'une mere n'étoit pas indigne de la ſucceſſion de ſon fils, pour n'avoir pas pourſuivi ſon propre frere qui avoit tué ſon fils. Je ne puis comprendre le motif de ce jugement; ſi ce n'eſt que les accuſateurs n'étoient que des freres conſanguins. Cet arrêt eſt rapporté par Boniface dans la ſuite de ſon recueil, tom. 3, liv. 22, titre 22.

BIU Cujas

DES INTÉRÊTS DE LA DOT.

QUESTION CENT-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si l'héritier d'une veuve, qui décéde avant l'an du deuil, doit avoir les intérêts de la dot depuis le décès de la veuve.*
2. *Raiſons pour l'héritier de la femme.*
3. *Raiſons pour l'héritier du mari.*
4. *Sentiment & raiſons de l'auteur, en faveur de l'héritier du mari.*
5. *Sentence du ſénéchal de Lyon, en faveur de l'héritier de la femme.*
6. *Arrêt confirmatif du 30 mai 1648.*
7. *Du droit de viduité en pays de droit écrit.*
8. *Le droit de viduité eſt dû à la femme, encore qu'elle n'ait point apporté de dot.*
9. *Quand le mari décede avant que d'avoir reçu la dot, la veuve a le choix de jouir de ſa dot pendant l'an du deuil, ou de demander le droit de viduité.*
10. *Le mari a droit de jouir des intérêts de la dot pendant l'an de viduité, quoique la dot faſſe réverſion au pere ou à la mere.*
11. *Dans les parlemens de droit écrit, le droit de viduité a la même hypothéque que la dot.*
12. *Le droit de viduité eſt dû à la femme, quoique l'héritier de ſon mari lui rende ſa dot incontinent.*
13. *Quand les biens du mari ſont en diſcuſſion, la femme a droit de demander les intérêts de ſa dot auſſi-tôt après le décès de ſon mari.*

QUESTION CIV.

Si l'héritier de la veuve, laquelle n'a pas vécu l'année entiére de deuil, peut demander l'intérêt de ſa dot pour le tems qui reſte.

1 LA veuve décéde trois ou quatre mois après le mari, l'héritier qu'elle a laiſſé demande à l'héritier du mari l'intérêt de la dot depuis le décès de la femme, juſqu'au bout de l'an : l'héritier du mari le lui diſpute, & c'eſt une queſtion ſinguliere qui ne ſe trouve pas ailleurs agitée.

2 L'héritier de la femme, ſon frere ou autre proche parent pouvoit dire, que ſi la dot n'eſt reſtituable qu'après l'an qu'on donne à la femme pour pleurer la perte d'un mari, ſuivant la regle établie par Juſtinien en la loi unique *Codice de rei uxoriæ actione*, il ne s'enſuit pas pour cela que l'intérêt ou revenu n'en ſoit dû : Qu'au contraire il eſt certain que l'entretien qu'on paye à la veuve pendant l'an de deuil, tient lieu d'intérêt, & qu'il eſt même plus avantageux, qu'en effet il ne ſe regle pas tant par le revenu que la dot pourroit porter, que la qualité n'y donne encore du ſurcroît. Que ce fondement établi, la conſéquence eſt néceſſaire, que la veuve venant à mourir dans l'an de deuil, ſon héritier doit avoir, ou le ſurplus de ſon entretien, ou l'intérêt de ſa dot pour le tems qui reſte : Qu'étant en ſon lieu & place, & la repreſentant, il doit avoit l'un ou l'autre. Bref qu'il n'eſt pas raiſonnable que l'héritier du mari ſe prévale du décès de la veuve.

3 Au conttaire l'héritier du mari pouvoit dire, que l'héritier de la veuve n'étant pas aux mêmes termes ni auſſi favorable qu'elle, il ne peut avoir ni l'entretient ni l'intérêt : que pour l'entretien, il eſt perſonnel & finit avec la veuve : Que pour l'intérêt, il ne peut être demandé pendant la premiere année, parce que la dot n'eſt reſtituable qu'après l'an expiré ; que l'empereur ayant donné ce terme, il eſt vrai de dire que rien n'eſt encore dû, & par conſéquent que le principal n'étant exigible, l'intérêt ne peut courir. Que ſi l'on donne à la veuve une penſion pendant l'an de deuil, il ne s'enſuit pas que ce ſoit au lieu de l'intérêt de ſa dot : que c'eſt comme veuve qu'on lui donne ſon entretien, & parce qu'étant obligée pendant cette année de pleurer ſon mari, elle le doit faire aux dépens de ſon hoirie : que quand elle n'auroit point de dot, elle ne laiſſeroit pas d'avoir un entretien convenable par la même raiſon qu'on a jugé qu'elle devoit avoir des habits de deuil. Bref que comme mourant avant qu'on lui ait donné ſes habits de deuil, elle ne tranſmet pas cela à ſon héritier, elle ne peut pas auſſi lui céder & tranſmettre ſon entretien, venant à déceder au milieu de l'an de deuil : que l'un eſt auſſi perſonnel que l'autre, & ne paſſe point aux héritiers, lors même qu'ils ſont étrangers, ſuivant la diſtinction de la gloſe ſur la loi unique, *C. de privilegio dotis.*

Sur le conflit de ces raiſons, la cour a jugé que la veuve étant décédée trois ou quatre mois après le mari, & n'ayant eu ſon entretien qu'à proportion de ce tems, l'héritier du mari devoit payer à l'héritier de la femme, l'intérêt de ſa dot pour le tems reſtant de cette premiere année : ce qui ſemble un peu rude, puiſqu'on peut ajouter à ce que deſſus, qu'à l'égard de cet héritier, la dot qui n'eſt cenſée que par rapport au mariage, ceſſe de l'être, au lieu qu'à l'égard de la veuve, c'eſt toujours dot, à cauſe que le mariage eſt cenſé durer. Il n'y a donc pas identité de raiſon, & quand l'entretien de l'an de deuil tiendroit lieu de l'intérêt, ce ne ſeroit pas auſſi-bien pour l'héritier de la veuve que pour elle.

S'il faut agiter cette queſtion *in puncto juris*, elle 4

BIU Cujas

ſe trouvera plus favorable pour l'héritier du mari que pour l'héritier de la veuve. Il eſt vrai qu'au § *exactio* de la loi unique, *C. de rei uxoriæ actione*, le mari, dès-lors que le mariage eſt fini, doit ſe déſiſter des immeubles, & que pour les deniers ou les meubles, il n'eſt obligé de les rendre qu'après l'an. Ainſi ce délai que la loi lui donne étant à ſon avantage, & pour lui donner tems de ramaſſer ce qu'il a peut-être employé à ſes affaires, il n'y a pas apparence que pendant ce terme il ſoit tenu aux intérêts. Qui a terme ne doit rien, & il répugne en quelque façon que l'intérêt puiſſe courir avant que l'action ſoit preparée. *Dilatio enim legalis debet eſſe utilis viro, l. lecta ff. ſi certum petatur, & l.* 11, § *in omnibus ff. de judiciis :* autrement la loi ne feroit point de grace au mari, & il lui ſeroit preſque auſſi fâcheux de devoir l'intérêt à la rigueur, que d'être tenu de rendre la dot.

N'importe que pendant l'année du deuil l'héritier du mari doive fournir à la veuve ſes alimens : car la gloſe & les interpretes qui établiſſent cette obligation, ne la fondent pas tant ſur la conſidération des deniers dotaux que ſur la qualité de la veuve. Ils diſent que le mariage eſt cenſé durer, & par conſéquent que comme le mari ſeroit obligé de nourrir ſa femme, l'héritier du mari a la même obligation envers la veuve. Ils alleguent à ce ſujet la loi derniere, *ff. de repudiis*, la loi *ſi cùm dotem* § *ſin autem ff. ſoluto matrim.* dont ils inférent qu'il n'y a pas identité de raiſon à l'égard de l'héritier de la veuve ; car elle ayant ſuivi de près le mari, on ne peut pas dire que le mariage ſoit encore préſumé durer, & par conſéquent cette raiſon ceſſant, la faveur doit auſſi ceſſer, & s'il n'eſt pas raiſonnable qu'une veuve demeure ſans entretien, c'eſt une conſidération particuliere qui ne paſſe pas à ſes héritiers, & qu'on ne peut pas auſſi tirer à conſéquence pour eux. A quoi l'on peut ajouter que la gloſe ſur ladite loi unique au § *exactione C. de rei uxoriæ actione*, & après elle les interpretes n'ont pas tenu que l'héritier du mari fût abſolument tenu à fournir les alimens à la veuve, ils y ont fait quelque diſtinction, & fait ceſſer cette obligation quand la veuve a de quoi s'entretenir d'ailleurs, & qu'il n'y a point de néceſſité. D'où il faut inférer que l'entretien que l'héritier du mari fournit à la veuve pendant l'an du deuil, eſt plûtôt une faveur ou commiſération, qu'une obligation préciſe, juſques-là même que Bartole a tenu que pendant cette même année, la veuve doit travailler en la maiſon des héritiers, & à leur utilité.

Mais d'autre part on peut dire que ſi l'héritier du mari doit entretenir la veuve, c'eſt parce qu'il eſt ſaiſi de ſa dot, & par conſéquent que cet entretien n'a lieu que *in compenſationem fructum*, ſuivant la gloſe de la loi *divortio, ff. ſoluto matrim.* D'où s'enſuit que comme l'héritier du mari n'eſt obligé aux alimens de la veuve qu'à cauſe qu'il eſt ſaiſi de ſa dot, & que ce qu'il paye tient lieu des revenus, la même raiſon & compenſation doit avoir lieu en faveur de l'héritier de la veuve ; qu'il n'eſt pas raiſonnable qu'il retienne la dot, & en jouiſſe ſans payer aucun revenu, & que ſi bien Juſtinien a jugé à propos de lui donner quelque tems *pecuniæ explicandæ gratia*, comme dit Cujas en ſes paratitles ſur ladite loi unique, il n'a pas entendu pour cela l'exempter de l'intérêt ou revenu.

On peut voir ſur ce ſujet *Joannem Campegium, tractatu de dote, parte 2,* 16 & 17 ; *Rollandum à Valle, eodem tractatu, quæſt.* 97 ; *Rebuffum, tractatu de ſentent. proviſion. art.* 3, *gloſſa* 1 ; *Zachariam,* 2 *reſponſ. c.* 3 ; *Anton. Theſaurum, deciſion* 40 & *ſequentibus, & Antonium Fabrum in ſuo codice lib.* 5, *tit.* 8, *diſinit.* 1 & 6. On alleguoit à ce propos ce que M. Cujas rapporte ſur la loi *à vobis ff. de annuis legatis*, ſçavoir qu'il fut jugé par arrêt que les gages d'un docteur régent étoient dûs à ſes héritiers de toute l'année de ſon décès, quoique ce décès fût arrivé dès le commencement de l'année. Mais il y a diverſité de raiſon ; car outre que les gages ſont favorables, & qu'il importe peu au roi & au public, qu'ils ſoient payés, on peut dire que ce docteur ayant déja préparé & digeré ſes leçons, ayant par conſéquent veillé & étudié, avoit par conſéquent mérité ſon ſalaire entier, outre qu'on peut dire que c'eſt comme *de legatis annuis quæ initio anni debentur.*

La queſtion fut agitée à Lyon, entre damoiſelle Anne de Balmes femme autoriſée de noble François de Meaux, conſeiller en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon, heritiére de damoiſ. Catherine de Balmes demandereſſe, & damoiſelle Iſabeau l'Anglois heritiére bénéficiaire de noble Guillaume l'Anglois, vivant auſſi conſeiller du roi, lieutenant, aſſeſſeur criminel audit ſiége, défendereſſe.

Par ſentence du ſénéchal de Lyon, du 23 mai 1647, le contrat de mariage fut déclaré exécutoire, & la défendereſſe condamnée à payer à la demandereſſe la ſomme de 68500 livres pour la dot & augment, 300 livres pour la robe & cotte avec les intérêts deſd. ſommes depuis le décès de la défunte, le tout payable après l'an révolu du décès du feu ſieur l'Anglois, & dès à preſent l'an de viduité pour le tems que la veuve avoit ſurvécu ſon mari, à raiſon de trois mille quatre cent livres, à laquelle ledit an de viduité fut réglé, déduction faite de ce qui ſe trouveroit avoir été reçu par la défunte. Ainſi l'héritiere de la veuve l'emporta d'une voix ſeule, ainſi qu'on nous a dit, & c'eſt ce que la cour a confirmé par arrêt. La cauſe ayant été plaidée & appointée au conſeil, intervint l'arrêt ci-joint, que pluſieurs n'ont pû goûter, la loi donnant terme de payer, *ſunt inducia legales.* 5

On peut voir ce que remarque Brodeau ſur monſieur Loüet, en la lettre I, n. 10, où il cite le docte Saumaiſe au traité qu'il a fait *de modo uſurarum cap.* 4.

An viduæ teneatur imputare legatum ſibi à marito relictum in alimenta quæ intra annum luctus ei debentur, vide Joan. Antonii Belloni conſ. 88, où il traite amplement la queſtion, & ſemble tenir que pendant l'an de deuil la femme qui a de quoi ſe nourrir d'ailleurs, ne peut demander aucun entretien, & que les héritiers du mari n'y ſont tenus que ſubſidiairement.

ARRÊT.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, Salut. Sçavoir faiſons, que le jour & datte des préſentes, comparans en notredite cour, D. Iſabeau l'Anglois, veuve de Nicolas de Sabiano, Bourgeois de la ville de Lyon, héritiere bénéficiaire de défunt M. Guillaume l'Anglois, lieutenant particulier, aſſeſſeur criminel au ſiége préſidial de Lyon, appellant de la ſentence donnée par le ſénéchal dudit Lyon, ou ſon lieutenant, le 23 mai 1647, d'une part, & D. Anne de Balmes, femme autoriſée de M. François de Meaux, conſeiller audit ſiége, héritiere de défunte D. Catherine de Balmes, intimée, d'autre. Oui les procureurs des parties, & vû par ladite cour ladite ſentence dont eſt appel donnée entre leſd. parties, par laquelle le contrat de mariage entre ledit défunt l'Anglois, & ladite Carherine de Balmes, du 8 février 1624, auroit été déclaré exécutoire, ce faiſant, ladite l'Anglois condamnée payer à ladite Anne de Balmes

Balmes la ſomme de 68500 livres pour la dot & augment, 300 liv. pour la robe & cotte, avec les intérêts deſdites ſommes, depuis le décès de ladite défunte de Balmes, le tout payable après l'an révolu du décès dudit défunt l'Anglois, & encore payer l'an de viduité pour le tems qu'icelle défunte avoit ſurvécu ſon mari, à raiſon de 3400 livres pour ladite année de viduité, déduction faite de ce qui avoit été reçu par ladite défunte, & ſans dépens: arrêt d'appointé au conſeil, du 20 ſeptembre dernier: cauſes d'appel & réponſes, productions des parties, requêtes reſpectivement employées pour contredits, ſuivant l'arrêt du 24 février dernier; & tout conſidéré: Notredite cour a mis & met l'appellation au néant; ordonne que ce dont a été appellé ſortira effet; condamne l'appellante ès dépens de la cauſe dappel, & en une amende ordinaire de 12 livres. Si te mandons & commettons, à la requête de ladite de Balmes, le préſent arrêt mettre à dûe & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur, de ce faire, &c. Donné à Paris, en notre parlement le vingt-neuvieme jour de mai mil ſix cent quarante-neuf, & de notre regne le ſixieme. Par la chambre. Signé, Radigues; & ſcellé le 30 mai audit an mil ſix cent quarante-huit.

OBSERVATIONS.

De l'année ou droit de viduité.

DAns cette queſtion, l'auteur rapporte un arrêt qui a jugé que quand la veuve décede pendant l'année du deuil, ſon héritier doit avoir les intérêts de ſa dot, du jour de ſon décès, quoique l'année du deuil ne ſoit pas finie: il a de la peine à ſe rendre à la déciſion de cet arrêt, & avec raiſon.

Pour cela, il faut expliquer en peu de mots ce que c'eſt que le droit ou l'année de viduité dans les pays de droit écrit. Par le droit du digeſte, les héritiers du mari n'étoient obligés de rendre la dot à la femme, qu'en trois termes, *annuâ, bimâ, trimâ die.* Juſtinien, par la loi unique, au *Cod. de rei uxor. act.* § 7, a changé cette forme de payer la dot: il ordonne à l'égard des immeubles, que la femme en aura la jouiſſance auſſi-tôt après le décès de ſon mari; & à l'égard de la dot qui conſiſte en deniers ou en meubles, il accorde un an aux héritiers du mari pour en faire le payement. C'eſt à cauſe de cette loi, que la gloſe ſur ce paragraphe a établi, que pendant l'année du deuil, les héritiers du mari ſon obligés de nourrir & entretenir la veuve, ſuivant ſa qualité. 7

Il faut obſerver que ce droit appartient à la veuve; encore qu'elle n'ait emporté aucune dot, parce que ce droit lui eſt accordé non-ſeulement pour les intérêts de ſa dot, mais encore pour ſes alimens qui ſont dûs, aux dépens de la ſucceſſion de ſon mari pendant l'année du deuil, de la même maniere que les habits de deuil lui ſont dûs, qu'oiqu'elle n'ait apporté aucune dot; c'eſt l'uſage de la province du Lyonnois. 8

* C'eſt auſſi l'uſage de Breſſe & du Bugey, ſuivant le témoignage de Collet, ſur les ſtatuts de ces pays, liv. 5, remarq. 5, pag. 180, col. 1.

Si, quand le mari décede avant que d'avoir reçu la dot, ſes héritiers doivent jouir des intérêts de la dot pendant l'an de viduité.

L'auteur des queſtions notables & maximes du droit du parlement de Provence, liv. 4, queſtion 2, ſur la fin, rapporte une eſpece qui a beaucoup de rapport à celle-ci; ſçavoir, ſi le mari étant décédé avant que d'avoir reçu la dot, les intérêts doivent apppartenir à ſes héritiers ou à ſa veuve. Les héritiers du mari ſe fondent ſur la loi qui leur accorde une année pour reſtituer la dot, & par conſéquent, pendant cette année, ils doivent jouir des intérêts. La veuve, au contraire, ſe fonde ſur ce que le tems d'une année n'eſt acccordé aux héritiers du mari, que pour leur donner le loiſir de préparer de l'argent, & qu'ainſi, dans ce cas, n'ayant pas beſoin de chercher de l'argent, elle doit jouir de ſa dot qui ſe trouve entre ſes mains, ou entre celles de ſes parens, comme elle jouiroit des immeubles, s'ils lui avoient été conſtitués en dot. Cet auteur dit, que les héritiers du mari ne peuvent prétendre les intérêts, que pour les indemniſer de la nourriture & entretenement qu'ils ſont tenus de fournir à la veuve durant cette année, qui font en quelque façon continuer les charges du mariage pendant ladite année; cela eſt vrai, quand la veuve veut être nourrie & entretenue aux dépens de la ſucceſſion de ſon mari; mais ſi elle aime mieux jouir des intérêts de ſa dot, il me ſemble que cela doit être à ſon choix.

Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 389, col. 1, ſur la fin, propoſe une autre eſpece qui mérite de trouver place ici, parce qu'elle peut ſe préſenter tous les jours.

BIU Cujas

Si dans le cas de la réverſion de la dot, le mari jouit des intérêts de la dot pendant l'année de viduité.

Dans tous les pays de droit écrit, le droit de réverſion a lieu en faveur des peres & meres qui ont conſtitué la dot, lorſque la fille décede ſans enfans; ſçavoir, ſi quand la dot conſiſte en argent, les donateurs peuvent obliger le mari de la rendre ſur le champ, ou s'il doit avoir l'année entiere que la loi lui accorde pour trouver de l'argent? Deſpeiſſes eſt d'avis qu'il doit avoir l'an entier, parce que le parent qui a conſtitué & donné ladite ſomme en dot, à conſenti qu'elle prît la même condition que prend régulierement la dot, conſiſtant en deniers ou en meubles.

Graverol, dans ſes obſervations ſur la Rocheflavain, liv. 3, ſur le mot *retour*, art. 1, eſt d'un ſentiment contraire : il dit que la regle qui accorde une année au mari pour rendre la dot, ſouffre exception dans le cas du retour, parce qu'il ſe fait *per conſolidationem*, & que celui qui a droit de retour, eſt plus favorable que la femme, ou ſes héritiers qui répétent la dot. Il convient pourtant qu'il y a des arrêts contraires ſur cette queſtion. Il dit qu'il ne faut pas diſſimuler que Deſpeiſſes n'eſt pas le ſeul auteur qui tienne que le mari a l'an contre celui qui demande le retour.

Je crois que le ſentiment de Deſpeiſſes doit être ſuivi, puiſqu'il eſt fondé dans la diſpoſition expreſſe de la loi qui accorde une année au mari pour rendre la dot mobiliaire, ſans aucune diſtinction, *ubi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus*; d'ailleurs, la raiſon qui a porté Juſtinien d'accorder au mari ce tems, milite également dans ce cas comme dans tous les autres.

De quel jour la femme a hypothéque pour ſes habits de deuil & ſon droit de viduité.

Les arrêts du parlement de Toulouſe donnent à la femme la même hypothéque pour ſon deuil & droit de viduité, que pour la dot, parce qu'ils lui tiennent lieu des intérêts de ſa dot, qui ont la même hypothéque & le même privilége que le principal; la Rocheflavain, dans ſes arrêts, liv. 2, tit. 6, ſur le mot *dot & préférence d'icelui*, art. 5; Graverol, dans ſes obſervations, *eodem*; Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 306, nomb. 27 & 28; Catelan, tom. 2, liv. 6, ch. 26.

Au parlement de Provence, elle n'a hypothéque que du jour de ſon mariage; Boniface, tom. 1, pag. 435. La raiſon eſt que dans ce parlement, la femme n'a hypothéque pour ſa dot, que du jour de ſon contrat de mariage. Il faut dire la même choſe dans tous les parlemens où la loi *aſſiduis* n'eſt pas ſuivie.

Graverol, dans l'endroit ci-deſſus, cite un arrêt du 21 juillet 1677, qui a jugé que la veuve a droit de demander ſon deuil & ſon droit de viduité, quoique l'héritier de ſon mari lui ait rendu ſa dot. Cet arrêt peut ſervir à confirmer l'uſage de Lyon, qui donne le droit de viduité à la femme, quoiqu'elle n'ait point apporté de dot. M. Expilly, dans ſes arrêts, chap. 190, dit que la veuve, pendant l'année du deuil, doit être entretenue aux dépens de la ſucceſſion de ſon mari, parce que *fictione juris*, le mariage ſemble durer encore.

Boniface, dans l'endroit ci-deſſus, chap 1, rapporte un arrêt du 26 février, 1654, qui a jugé que la veuve a le choix, quand les biens de ſon mari ſont en diſcuſſion, de demander les intérêts de ſa dot, ou ſon droit de viduité : cela eſt juſte & doit être général dans tous les pays de droit écrit, parce que le délai d'un an n'eſt accordé qu'au mari & à ſes héritiers, afin d'avoir le tems de chercher de l'argent; & par conſéquent, les créanciers du mari ne doivent pas avoir ce même délai, au préjudice de la femme; cela peut être de conſéquence pour la femme, quand ſa dot eſt conſidérable.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns mes premieres obſervations, j'ai dit que le droit de viduité que l'on accorde aux veuves eſt fondé ſur la loi qui donne une année aux héritiers du mari pour rendre la dot. Cette raiſon eſt vraie, mais elle n'eſt pas la ſeule : il y en a une autre qui eſt plus ancienne & plus naturelle. Par la diſpoſition du droit, il eſt defendu aux veuves de ſe remarier avant la fin de l'an du deuil. Ainſi, pendant ce tems, la femme étant obligée de pleurer la perte de ſon mari, il eſt juſte qu'elle lui rende cet honneur dans ſa propre maiſon, & qu'elle ſoit nourrie & entretenue aux dépens de ſon hoirie.

Il faut encore ajoûter, que dans le doute ſi la femme eſt groſſe, il eſt juſte, juſqu'à ce que le fait ſoit éclairci, qu'elle demeure dans la maiſon de ſon mari, à qui elle peut donner un héritier.

BIU Cujas

DES RENONCIATIONS DES FILLES.

QUESTION CENT-CINQUIEME.

Sommaire de cette queſtion.

1. *Quand il s'agit de la capacité de la perſonne, il faut ſuivre la coutume du domicile.*
2. *Quand il s'agit des biens immeubles, il faut ſuivre la coutume du lieu où ils ſont aſſis.*
3. *Un mineur demeurant à Lyon peut teſter à l'âge de quatorze ans, même des biens qu'il a en pays coutumier.*
4. *Arrêt du 24 mai 1636, qui ordonne une enquête par turbes, ſur l'uſage de l'art. 25 de la coutume d'Auvergne.*
5. *La renonciation des filles dans la coutume d'Auvergne, ne s'étend point aux biens ſitués en pays de droit écrit.*
6. *Diſtinction de du Moulin, entre la renonciation conventionelle & celle portée par la coutume.*
7. *Interprétation de d'Argentré, ſi la renonciation conventionelle n'eſt pas plus étendue que la coutumiere.*
8. *Diſpute entre du Moulin & d'Argentré, ſur la queſtion, ſi la communauté comprend les biens acquis en pays de droit écrit.*
9. *Diſtinction de Charondas, entre la communauté coutumiere & la conventionnelle.*
10. *Quand des perſonnes mariées en pays de droit écrit transferent leur domicile, ou font des acquiſitions en pays coutumier, la communauté n'a pas lieu.*
11. *Quand des habitans de droit écrit ſe marient à Paris, la communauté n'a pas lieu, à moins d'une ſtipulation expreſſe.*
12. *Les habitans de Paris ne peuvent diſpoſer des biens à eux appartenans en pays de droit écrit, qu'ils n'ayent atteint l'âge preſcrit par la coutume.*
13. *Les maris & les femmes de Paris peuvent diſpoſer entr'eux des biens qu'ils ont en pays de droit écrit.*
14. *Les habitans du pays de droit écrit peuvent diſpoſer des biens qu'ils ont en pays de coutume, quand ils ont atteint l'âge de puberté.*
15. *Ils peuvent teſter à Paris à l'âge de puberté.*
16. *Quand un habitant du pays de droit écrit teſte à Paris, il ſuffit d'obſerver les formalités requiſes par la coutume.*
17. *Arrêts qui ont jugé que dans les teſtamens faits à Paris, par un habitant du pays de droit écrit, il n'eſt pas néceſſaire d'inſtituer les aſcendans, ni les deſcendans.*
18. *Sentiment de l'auteur des obſervations, contraire à cette juriſprudence.*
19. *Une fille mineure de Paris, mariée à un Lyonnois, peut diſpoſer de ſes biens, comme ſi elle étoit née à Lyon.*
20. *Des enfans mineurs de Paris demeurans chez leur tuteur à Lyon, peuvent diſpoſer comme s'ils y étoient nés.*
21. *Le douaire ſtipulé à Lyon n'eſt que viager.*
22. *Il ne ſe perd pas par les ſecondes nôces.*
23. *Le droit d'habitation accordé à une femme, ſe perd par ſon ſecond mariage.*
24. *Le douaire promis dans un contrat de mariage paſſé à Paris, par un Lyonnois qui n'y a pas un domicile permanent, n'eſt que viager, à moins qu'il ne ſoit ſtipulé expreſſément qu'il ſera propre aux enfans.*
25. *Réflexions de l'auteur des obſervations, ſur la maxime que les clauſes des contrats de mariage ſe réglent par la coutume du lieu où ils ont été paſſés.*

BIU Cujas

QUESTION CV.

De la puiſſance des coutumes, & ſi elle peut s'étendre hors le territoire.

Nous n'agitons ce point qu'afin qu'il ſerve de prélude à la queſtion ſuivante, & que nous puiſſions par ce moyen rendre ſa déciſion plus claire.
1 Il ſuffit donc de dire avec nos interprêtes, que quand il s'agit de la capacité de la perſonne, la coutume du domicile ſert de regle, & s'étend partout, ainſi qu'on peut l'apprendre de monſieur Loüet, en la lettre C, nomb. 42; mais quand il s'agit *de modo ſuccedendi*, & qu'il faut regler une ſucceſſion, c'eſt la coutume du lieu où les biens ſont
2 ſitués qu'il faut ſuivre, & non la coutume du domicile. Ce qu'il faut entendre pour les héritages, & non pour les meubles, car ils ſont attachés au domicile & le ſuivent. Concluons donc que ſi la coutume regarde la perſonne, ſon pouvoir n'a point de borne; ſi au contraire, elle regarde la choſe, ſon empire ne paſſe pas ſes limites, & c'eſt une diſtinction que du Moulin a remarqué ſur le conſeil 358 de *Decius*. Quand quelqu'un établit ſon domicile ſous une coutume, il aſſujettit ſa perſonne aux loix d'icelle, & c'eſt de cette coutume qu'il tire ſon habilité; c'eſt elle qui le rend capable, ou non, de teſter ou de contracter, ſans qu'il faille conſidérer pour cela les autres coutumes.

3 Mais quand il s'agit de ſçavoir de quoi le teſtateur peut teſter, & quelle portion d'un héritage il peut léguer, il faut ſe regler par la coutume où cet héritage eſt aſſis. Par exemple, en pays de droit écrit, la puberté donne le pouvoir de teſter, au lieu qu'en quelques coutumes, il faut un âge plus avancé. Suppoſé donc qu'un jeune homme qui demeure à Lyon, ait des héritages en ces coutumes, s'il teſte après quatorze ans, ſon teſtament ſera valable par-tout; mais pourtant il n'aura lieu que pour la ſeule portion, de laquelle ces mêmes coutumes permettent de diſpoſer. C'eſt parce que pour la choſe, *ſuo clauduntur territorio*, & que comme les agens naturels ne peuvent pas opérer *extra ſpheram activitatis*, les coutumes ont une puiſſance bornée.

Au reſte, il n'eſt pas néceſſaire de nous étendre ſur l'eſpece de l'arrêt qui ſuit, elle paroît aſſez claire par icelui; & il ne s'agiſſoit que de ſçavoir, ſi par l'article 25 de la coutume d'Auvergne, au titre des ſucceſſions, la fille mariée hors la maiſon étant excluſe de toutes ſucceſſions directes & collatérales, cette excluſion peut avoir lieu quand la fille a ſimplement renoncé aux ſucceſſions des pere & mere, & quo'n n'a pas paſſé plus avant: comme encore il s'agiſſoit de ſçavoir, ſi ſuppoſé que la fille fût excluſe pour les héritages d'Auvergne, cette excluſion pouvoit s'étendre aux biens ſitués ailleurs.

Pour la premiere queſtion, la cour ne la voulut pas juger, & elle voulut auparavant s'informer de l'uſage du pays. Mais pour la ſeconde queſtion, la cour a nettement jugé, que ſi la fille pouvoit être excluſe d'une ſucceſſion collatérale, quant aux héritages d'Auvergne, quoiqu'elle n'eût renoncé qu'à la ſucceſſion de ſes pere & mere, cela ne pouvoit pas s'étendre pour les biens qui étoient ailleurs.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre Gabriel de Duras, écuyer, ſieur de la Sellette, & damoiſelle Jeanne Darthault ſa femme, appellans d'une ſentence donnée par le prevôt de Paris, ou ſon lieutenant civil, le 13 février 1635, & défendeurs au principal évoqué, d'une part; & François de Ferdider de Chalandras, écuyer, ſieur de S. Yvoine, & damoiſelle Eléonore de Ferdider & Chalandras ſa ſœur, héritiers de défunt Antoine Darthault, vivant, écuyer, ſieur de la Fretdiere, intimé & demandeur audit principal évoqué, d'autre. Vû par la cour ladite ſentence du 13 février, par laquelle, ſans s'arrêter aux fins déclinatoires propoſées par leſdits appellans, auroit été ordonné que les parties procéderoient au châtelet de Paris, & qu'iceux appellans viendroient défendre à la demande & concluſion des intimés, à fin d'être maintenus & gardés en la poſſeſſion des deux tiers des biens dudit défunt Antoine Darthault, & les appellans condamnés à rapporter ce qu'ils auront pris de ladite ſucceſſion. Arrêt du 11 mai 1635, par lequel, ſur ledit appel, les parties auroient été appointées au conſeil, évoqué le principal différend des parties, & ſur icelui, appointées en droit à produire ſur le tout: cauſes d'appel, réponſes, écritures & productions deſdites parties: contredits reſpectivement fournis, productions nouvelles deſdites parties, contredits reſpectivement fournis, & ſalvations deſdits appellans, tout joint & conſidéré: Dit a été, que la cour a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé au néant, ſans amende; émendant & faiſant droit au principal évoqué, a ordonné & ordonne, avant que procéder au partage des immeubles ſis en la coutume d'Auvergne, de la ſucceſſion dudit défunt Antoine Darthault, qu'il ſera informé par deux turbes, l'une à Riom, l'autre à Clermont, de l'uſage des articles 25 & ſuivans de ladite coutume, quand les filles, par les contrats de mariage, renoncent ès ſucceſſions de leurs pere & mere, ſeulement ſi elle ſe doit étendre aux ſucceſſions collatérales en faveur des mâles & deſcendans de mâles, ou ſi il faut une réſervation expreſſe deſdites ſucceſſions collatérales au profit des filles; pour ce fait & rapporté, être ordonné ce que de raiſon, & cependant, ſans préjudice du droit des parties, ordonné que les fruits deſdits immeubles demeureront ſéqueſtrés; & pour le regard de tous les autres biens de ladite ſucceſſion, a condamné & condamne leſdits appellans rapporter à ladite ſucceſſion ce qu'ils ont pris des effets d'icelle, avec les autres fruits & intérêts, pour être le tout partagé entre les parties, & baillé deux tiers aux intimés, & l'autre tiers aux appellans, leſquels elle a condamné en la moitié des dépens envers les intimés, l'autre moitié réſervée. Prononcé le 24 mai 1636. *Signé*, Guyet. 4

OBSERVATIONS.

Des renonciations des filles, dans la coutume d'Auvergne.

Dans cette queſtion, l'auteur rapporte un arrêt du 24 mai 1636, qui a ordonné une enquête par turbes, au ſujet de l'interprétation de l'article 25 du chapitre 12 de la coutume d'Auvergne, qui porte, que la fille mariée du vivant du pere & de la

BIU Cujas

mere, elle & ſes deſcendans ſont forclos de toutes ſucceſſions, tant qu'il y a des mâles; ſçavoir, ſi cet article comprend les ſucceſſions en ligne collatérale, auſſi-bien que celles en ligne directe.

Dans la queſtion ſuivante, l'auteur traite cette queſtion amplement. Il eſtime que la renonciation à la ſucceſſion des pere & mere ne comprend pas celle des freres, s'ils ne ſont préſens au contrat de mariage. Le contraire ſe juge à préſent, ainſi qu'il ſera obſervé, ſur la queſtion ſuivante.

L'arrêt que rapporte ici l'auteur a jugé une autre queſtion; ſçavoir, que la renonciation faite par une fille, dans la coutume d'Auvergne, ne regarde que les biens ſitués dans cette coutume, & ne s'étend point aux biens ſitués en pays de droit écrit, ou en d'autres coutumes, qui admettent les filles aux ſucceſſions, conjointement avec les mâles. 5

M. Charles du Moulin, dans ſon conſeil 53, nomb. 14, diſtingue ſi la renonciation eſt ſimplement coutumiere, ou ſi elle eſt conventionnelle: dans le premier cas, il demeure d'accord qu'elle ne s'étend point aux biens ſitués ailleurs; mais dans le ſecond cas, il ſoutient qu'elle s'étend par-tout; il dit que cela a été ainſi jugé dans la ſucceſſion de M. Louis Doureille, conſeiller en la cour. 6

M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, au titre des donations, article 218, gloſ. 6, nomb. 26, dit que la diſtinction de du Moulin doit s'entendre, pourvû que la renonciation conventionnelle ſoit générale pour tous les biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués; car autrement, ſi elle n'eſt pas plus étendue que celle de la coutume, il faut croire que les parties n'ont pas eu intention de l'étendre davantage: *Nam renunciatio ſimplex, ſecundùm loci mores facta intelligi deberet, id eſt, de bonis duntaxat ſub ea conſuetudine loci ſitis, quam loci conſuetudo inducit:* cette interprétation me paroît fort juſte. 7

Baſmaiſon, dans ſon commentaire ſur la coutume d'Auvergne, au titre des ſucceſſions, art. 25, eſt de même avis que M. d'Argentré.

* Papon, dans ſes arrêts, liv. 16, tit. 4, n. 4, dit que cela a été ainſi jugé dans la coutume de Bourbonnois. Dans les franchiſes de Villefranche en Beaujolois, il y a un article conforme à la coutume d'Auvergne: *Si Burgenſis filiam ſuam maritaverit, de dote ſua debet eſſe contenta, & nihil poteſt nec debet petere in hæreditate paterna vel materna, niſi relictum fuerit, vel niſi advenerit, à Eſcheytia.*

Du pouvoir des coutumes, & laquelle il faut ſuivre quand on change de domicile, ou que les biens ſont ſitués en différentes coutumes.

Notre auteur, au commencement de cette queſtion, parle du pouvoir des coutumes. Il dit que pour la capacité de la perſonne, il faut ſuivre la coutume du domicile, auſſi-bien que pour les meubles; & à l'égard des immeubles, qu'il faut ſuivre la coutume du lieu où ils ſont ſitués.

Cette matiere eſt traitée par M. Charles du Moulin, & par M. d'Argentré, aux endroits ci-deſſus cités. Je ne m'arrêterai pas à rapporter ici tout ce qu'ils ont dit; je parlerai ſeulement de quelques queſtions qui ont rapport aux pays de droit écrit.

De la communauté conjugale

La premiere regarde la communauté conjugale: elle ſe diviſe en pluſieurs parties. 8
1°. A l'égard des habitans de Paris & des autres pays, où la coutume admet la communauté entre conjoints, s'ils transferent leur domicile dans les pays de droit écrit, ou qu'ils y faſſent des acquiſitions, la communauté aura toujours ſon cours & ſon effet. A l'égard de la rranſlation du domicile, cela ne reçoit aucune difficulté; mais pour les acquiſitions faites en pays de droit écrit, ou dans une coutume qui n'admet point de communauté, la difficulté eſt plus grande. M. Charles du Moulin, dans le conſeil ci-deſſus cité, nomb. 12, eſtime que la femme doit avoir la moitié dans les acquiſitions faites en pays de droit écrit. M. d'Argentré, au même endroit, nomb. 33, réfute cette opinion très-fortement, & ſoutient que la femme n'a aucune part dans les acquiſitions faites dans un pays où il n'y a point de communauté. Charondas & Tournet, ſur l'article 220 de la coutume de Paris, diſtinguent ſi dans le contrat de mariage il y a une ſtipulation de communauté, 9
ou s'il n'y en a point: dans le premier cas, ils pretendent que la communauté étant conventionnelle, elle étend ſon effet par-tout; mais quand elle eſt ſimplement coutumiere, elle ne produit point d'effet hors l'étendue de ſon territoire: cette diſtinction paroît raiſonnable; cependant M. Ricard, ſur ce même article, dit qu'elle a été réjettée par un arrêt célébre du 29 mars 1640, que l'on appelle l'arrêt de Vannelly; cet arrêt eſt rapporté par M. Dufreſne, dans ſon journal des audiences, liv. 3, ch. 61; mais il n'a aucun rapport à la queſtion dont nous parlons à préſent.

2°. A l'égard des habitans de la ville de Lyon ou des autres pays de droit écrit, s'ils 10

BIU Cujas

transferent leur domicile à Paris, ou qu'ils y faſſent des acquiſitions, la communauté n'aura pas lieu entr'eux pour cela, ſuivant l'arrêt de Vannelly, qui a été rendu pour ce ſujet. La même choſe a été jugée par pluſieurs autres arrêts rapportés par M. Loüet & ſon commentateur, lett. C, chap. 15; & par Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, n. 70 & 71, par M. Papon, dans ſes arrêts, liv. 15, tit. 2, art. 13 & 15.

11 Mais la difficulté, conſiſte lorſque les habitans du pays de droit écrit viennent ſe marier à Paris, il faut diſtinguer: s'il y a un contrat de mariage, & que par le contrat, les parties ayent ſtipulé une communauté, avec ſoumiſſion expreſſe à la coutume de Paris; ou s'il n'y a point de conrrat, ou que dans icelui, il n'y ait point de ſtipulation de communauté, & qu'auſſi-tôt après le mariage, le mari ait emmené ſa femme dans ſon pays; en ce cas, il n'y aura point de communauté entr'eux; mais ſi par le contrat, il y a une ſtipulation de communauté, elle produira ſon effet par-tout. Cette diſtinction eſt approuvée par M. Brodeau, dans l'endroit ci-deſſus, nomb. 2; & par M. Auzanet, ſur l'art. 220.

Des diſpoſitions, tant entre-vifs, qu'à cauſe de mort.

La ſeconde queſtion concerne les diſpoſitions qui ſont faites entre conjoints pendant le mariage; elle reçoit auſſi pluſieurs diviſions.

12 1°. A l'égard des habitans de Paris, s'ils font entr'eux une donation mutuelle, elle comprendra les biens ſitués en pays de droit écrit, non-ſeulement quant à l'uſufruit, mais même pour la propriété, ainſi que le prouve fort bien du Moulin, au même endroit, nomb. 16, 17, 18, 19 & 20; & Coquille, dans ſes queſtions, ch. 135.

13 A l'égard des diſpoſitions à cauſe de mort, ils peuveut valablement diſpoſer au profit l'un de l'autre des biens qu'ils ont dans les pays de droit écrit, nonobſtant la probibition de l'art. 282 de la coutume de Paris, qui défend les avantages entre mari & femme, directement ou indirectement; parce que cette coutume ne peut pas étendre ſon empire au-delà de ſon territoire. M. d'Argentré établit fort bien cette propoſition au même endroit, nomb. 29. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 14 août 1574, rapporté par M. Brodeau, lett. C, chap. 42, n. 5, 6 & 7.

De l'âge requis pour diſpoſer.

14 Mais la difficulté conſiſte à ſçavoir, ſi un habitant de Paris, à qui la coutume ne permet pas de diſpoſer de ſes meubles & acquêts avant l'âge de vingt ans, & du quint de ſes propres, avant l'âge de vingt-cinq ans, peut avant cet âge, diſpoſer des biens qu'il a en pays de droit écrit, où il eſt permis de diſpoſer par teſtament de tous les biens auſſi-tôt après la puberté. M. d'Argentré, au même endroit, nomb. 47, 48 & 49, ſoutient que la capacité de diſpoſer dépend de la loi du domicile: *quotieſcunque de habilitate, aut inhabilitate perſonnarum quæratur, toties domicilii leges & ſtatuta ſpectanda.* Notre auteur, au commencement de cette queſtion, eſt de même avis. Il cite M. Loüet, lett. C, ch. 42, qui rapporte un arrêt du 28 août 1600, qui a jugé qu'un habitant d'Anjou, où l'on eſt majeur à vingt ans, avoit pû à cet âge diſpoſer des héritages qu'il avoit dans la coutume de Senlis, où l'on n'eſt majeur qu'à vingt cinq ans.

15 2°. A l'égard des habitans du pays de droit écrit, qui ont des héritages en pays coutumiers, ils en peuvent diſpoſer par teſtament à l'âge de puberté, quoique la coutume où les héritages ſont ſitués ne permette d'en diſpoſer qu'à l'âge de vingt ou vingt-cinq ans. L'on peut appliquer à cela ce qui a été décidé pour les coutumes de Normandie, Bretagne & Anjou, où l'on eſt majeur à 20 ans, & où la diſpoſition faite à cet âge, vaut pour les biens ſitués en des coutumes où la majorité eſt fixée à vingt-cinq ans; mais cela doit s'entendre juſqu'à concurrence de la portion que la coutume permet de diſpoſer, parce que la diſpoſition des immeubles ſe regle par la coutume du lieu où ils ſont ſitués.

Voilà pour les diſpoſitions que les habitans des pays de droit écrit font dans leur pays: voyons à préſent celles qu'ils font à Paris ou en d'autres coutumes.

A l'égard de la capacité, ils la portent par-tout avec eux, ainſi ils peuvent teſter à Paris à l'âge de la puberté accomplie: cela a été ainſi jugé pour le teſtament de la demoiſelle de Canillac, par arrêt du 6 ſeptembre 1673, rapporté dans le journal du palais. Ils peuvent auſſi diſpoſer de tous leurs biens ſitués en pays de droit écrit; Bouvot, partie 2, ſur le mot teſtament, queſt. 7, pag. 256.

16 A l'égard de la forme du teſtament, il n'eſt pas néceſſaire d'obſerver les formalités preſcrites par le droit Romain, il ſuffit de ſuivre celles réglées par la coutume de Paris, ſuivant les arrêts rapportés par M. Brodeau, ſur M. Loüet, lett. C. ch. 42, nomb. 7 & 8; par M. Montholon, arrêt 126; & par notre auteur; tom. 3, liv. 5, queſt. 32.

17 Cela a lieu quoique le teſtament ne contienne aucune inſtitution d'héritier, ou quand

BIU Cujas

même il y auroit preſcription des deſcendans ou aſcendans, ſuivant l'arrêt rapporté par Montholon. Ce même arrêt eſt rapporté par Mornac, ſur la loi 8, § *ſed neque, ff. de inoffic. teſt.*

Mais cet arrêt ne peut pas ſervir de préjugé, parce qu'il a été rendu contre une mere, laquelle il n'eſt plus néceſſaire d'inſtituer, au moyen de l'édit des meres qui lui fait ſa part, ainſi que Mornac le remarque en cet endroit, & notre auteur, dans le tom. 3, livre 5, queſtion 28.

Depuis peu, la queſtion s'étant préſentée à l'audience de la grand'chambre, il a été jugé que la prétérition d'une fille, dans le teſtament de ſa mere fait à paris, ne rend pas le teſtament nul : je plaidois pour la fille.

J'ai bien de la peine à me rendre à cette déciſion; car je n'enviſage pas l'obligation 18
d'inſtituer les deſcendans ou les aſcendans comme une ſimple formalité, mais comme une obligation naturelle, qui accompagne la perſonne en tous lieux : cependant je crains fort que cette juriſprudence ne s'établiſſe, malgré la raiſon & les devoirs de la piété.

Quoique cette obſervation ne ſoit déja que trop longue, il faut que je diſe encore un mot des habitans de Paris, qui transferent leur domicile à Lyon, ou dans un autre pays régi par le droit écrit.

Des diſpoſitions des habitans de Paris, qui transferent leur domicile dans les pays de droit écrit.

Il faut diſtinguer entre les majeurs & les mineurs. Les premiers, auſſi-tôt qu'ils ont établi leur domicile à Lyon, peuvent diſpoſer de la même maniere que les bourgeois de Lyon.

A l'égard des mineurs, l'on prétend qu'ils ne peuvent changer leur domicile pendant leur minorité : cette maxime ſouffre pluſieurs exceptions.

La premiere, par tapport au mariage. Si un homme de Lyon vient ſe marier à Paris, 19
& qu'il emmene ſa femme à Lyon, auſſi-tôt qu'elle y eſt arrivée, elle peut teſter, même au profit de ſon mari : le domicile qui ſe contracte par le mariage l'emporte par deſſus celui de la naiſſance, *in cujus domicilium & ipſa mulier per conditionem matrimonii erat reditura, leg. exigere dotem 65, de Jud.* D'ailleurs, puiſque dans ce cas, les mineurs ont la liberté de changer leur état, ils peuvent bien changer leur domicile.

La ſeconde regarde la tutelle. Si des enfans mineurs ſont mis ſous la tutelle d'un Lyon- 20
nois, ils pourront faire teſtament lorſqu'ils ſeront parvenus à la puberté, parce que les mineurs ſuivent le domicile de leur tuteur. Je l'ai ainſi décidé en conſultation avec M. Severt, pour le teſtament du ſieur de Servieres, fait à l'âge de dix-huit ans. Son pere s'étoit marié & établi à Paris; après ſon décès & celui de ſa femme, ſes enfans qui étoient tous en bas âge, furent mis ſous la tutelle de Charles Grolier, écuyer, ſeigneur de Belle-air leur oncle paternel. Le ſieur de Servieres fils, avant que de partir pour l'armée, où il fut tué, fit ſon teſtament au profit de dame Genevieve Grolier de Servieres ſa ſœur, épouſe du ſieur Guillet, tréſorier de France en la généralité de Lyon. Il fut conteſté par une autre ſœur, mariée au ſieur de Choin, lieutenant de roi en la province de Breſſe. il y avoit deux difficultés; la premiere : ſi le ſieur de Servieres avoit pû teſter avant l'âge preſcrit par la coutume de Paris, où étoit le domicile de ſon pere ou de ſa mere. La ſeconde : s'il avoit pû diſpoſer des biens qu'il avoit dans cette ville de Paris. Nous fûmes d'avis que le teſtateur avoit pû valablement teſter à l'âge de dix-huit ans, parce que la capacité ſe regle par le domicile, & que le domicile d'un mineur eſt le même que celui de ſon tuteur, quand il n'y a point du fait ni de l'intérêt du tuteur. A l'égard des biens, que la diſpoſition ne pouvoit valoir que juſqu'à concurrence de ce que la coutume de Paris permet de diſpoſer

Cependant Mornac, ſur la loi unique du code, *ubi de hæreditate agatur*, dit que cette queſtion s'étant préſentée de ſon tems, les plus célébres avocats furent d'avis, que le domicile du mineur devoit être celui de ſon pere, & non pas celui de ſon tuteur; mais il faut obſerver que le domicile du pere & celui du tuteur produiſoient différens effets, *quoad jus ſuccedendi*, & le tuteur avoit fait ce changement de domicile pour s'attribuer la ſucceſſion mobiliaire de ſon mineur. Il en eſt du domicile des mineurs comme de la nature de leurs biens, le tuteur ne les peut changer en fraude des héritiers légitimes; mais lorſque ce changement ſe fait de bonne foi, pour l'utilité des mineurs, & en vertu du droit public, pour lors il faut ſuivre le domicile du tuteur.

La longueur de cette obſervation me fatigue moi-même; cependant je crois devoir ajoûter un mot du douaire ſtipulé dans les contrats de mariage paſſés dans les pays de droit écrit, ou faits à Paris entre un homme de droit écrit, & une fille de Paris.

BIU Cujas

Du douaire ſtipulé dans les pays de droit écrit.

21 Souvent, dans les contrats de mariage faits en pays de droit écrit, l'on ſtipule que la future épouſe aura une telle ſomme par chacun an pour ſon douaire : dans ce cas, il eſt certain que le douaire n'eſt que viager, & que la propriété ne paſſe point aux enfans ; ce n'eſt, pour ainſi dire, qu'une penſion viagere pour la femme, & cela eſt conforme à la nature du douaire, qui dans ſon origine, n'étoit que viager, comme il eſt encore dans pluſieurs coutumes.

22 C'eſt une queſtion de ſçavoir ſi un ſemblable douaire ſe perd par le ſecond mariage ; cela devroit être ; car il n'eſt accordé à la veuve que pour lui aider à s'entretenir honorablement, & faire honneur à la mémoire de ſon mari ; ainſi, quand la veuve paſſe en ſecondes nôces, elle ne mérite plus de douaire, non plus que d'habitation : cependant il faut dire le contraire, ſi ce n'eſt que cela ſoit ainſi ſtipulé ; ce qui ſe pratique preſque toujours, comme je l'ai remarqué en pluſieurs contrats de mariage des grandes maiſons de la province.

23 La comparaiſon du douaire & de l'habitation n'eſt pas juſte : la veuve qui ſe remarie ne peut plus habiter dans le château de ſon premier mari ; elle eſt obligée d'aller demeurer avec ſon ſecond mari : mais le douaire étant une penſion, il ſuit la femme, & ſe porte par-tout ; & même à préſent, l'on ſtipule que la femme aura ſon habitation, ou une certaine ſomme à ſon choix : en ce cas, quoiqu'elle ſe remarie, elle jouit de la ſomme à elle accordée ; ce que je crois devoir être entendu, pourvû qu'après le décès de ſon mari, elle ait choiſi la ſomme portée par ſon contrat de mariage, car ſi elle avoit opté ſon habitarion, & qu'enſuite, ſur le point de ſe remarier, ou après s'être remariée, elle voulût demander la ſomme à elle accordée, je n'eſtime pas qu'elle y fût recevable.

Du douaire ſtipulé à Paris par un habitant du pays de droit écrit.

24 Il faut d'abord diſtinguer : ſi celui qui ſe marie demeurant à Paris, ou dans le deſſein d'y demeurer, comme s'il eſt pourvû d'une charge, *ou* s'il exerce un emploi qui demande une réſidence actuelle à Paris ; en ce cas, quoiqu'il ſoit originaire du pays de droit écrit, & qu'il y retourne, toutes les clauſes de ſon contrat de mariage doivent être régies, comme celles des habitans naturels de Paris : autrement, il tromperoit ſa femme & ſa famille. C'eſt le ſentiment de Tiraqueau, *de legib. connub. 14, q. 2 ;* de *Covarruvias, 2 part. c. 7, n. 7 & 8 ;* de *Garcias, de conjug. acquæſtu, n. 142 ;* mais s'il n'y a qu'un domicile paſſager, ou s'il contracte comme forain (c'eſt-à-dire étant de préſent à Paris) j'eſtime que le douaire ſtipulé n'eſt que viager à la femme, quelque ſtipulation contraire que l'on puiſſe faire : c'eſt la déciſion d'un des arrêts de M. le préſident de la Moignon, tit. du *douaire*, art. 11.

Cependant, l'on diſtingue : quand le douaire eſt ſimplement ſtipulé, il n'eſt que viager ; mais quand il eſt ſtipulé propre aux enfans, ou qu'il eſt dit, que les parties ſe ſoumettent à la coutume, en ce cas, l'on prétend que le douaire eſt propre aux enfans. Cette diſtinction eſt bien établie par M. Dupleſſis, dans un écrit qu'il fit au ſujet du contrat de mariage de meſſire Pierre de Sourdis, du pays de Forêts, avec dame Antoinette de Bretagne, paſſé à Paris, lequel écrit a été imprimé, à la fin de ſes traités, ſur la coutume de Paris.

Pour moi, je crois qu'il faut encore diſtinguer entre ces deux différentes ſtipulations. Quand les contractans ont expreſſément ſtipulé que le douaire ſera propre aux enfans ; en ce cas, il faut ſuivre la convention, quand même elle ſeroit contraire à la loi du domicile des parties.

Mais quand il n'y a qu'une ſimple ſoumiſſion à la coutume de Paris, avec une dérogation à toutes autres coutumes ; cette clauſe étant ordinairement du ſtyle des notaires de Paris, elle ne doit point changer la loi naturelle du domicile des parties. Quoiqu'ordinairement les habitans du pays de droit écrit, qui ſe marient à Paris, contractent ſuivant la coutume de Paris : cependant quelquefois, quand ce ſont des perſonnes de diſtinction, ils prennent ſoin de ſtipuler qu'ils entendent que les clauſes de leur contrat de mariage ſoient réglées ſuivant le droit écrit ; pour lors, il n'y a pas de diffieulté, que la femme ne peut prétendre ni communauté ni douaire.

Il arrive auſſi quelquefois qu'il n'y a point de contrat de mariage, ou que dans le contrat il n'y a point de ſoumiſſion à la coutume de Paris : dans ces deux cas, je crois encore qu'il n'y a ni douaire ni communauté.

25 Je ne doute point que toutes les propoſitions contenues dans cette obſervation ne trouvent un grand nombre de cenſeurs, qui diront que toutes les diſtinctions que j'ai faites,

BIU Cujas

faites ſont inutiles, parce qu'à préſent c'eſt une maxime certaine au palais, que les clauſes des contrats de mariage ſe réglent ſuivant la coutume du lieu où ils ont été paſſés.

Il ne me ſeroit pas difficile de faire voir que cette maxime priſe en général renferme pluſieurs contradictions; mais cette diſcuſſion me meneroit trop loin: d'ailleurs tout ce que je pourrois dire ne ſeroit pas capable de faire revenir les praticiens de leur entêtement, & les juriſconſultes n'ont pas beſoin d'inſtruction. Je finis cette obſervation par ce paſſage de C. Lucilius: *dicere ſolebat ea quæ ſcriberet, neque ab indoctiſſimis, neque à doctiſſimis legi velle, quod alteri nihil intelligerent, alteri fortaſſe, aliter quam ipſe de ſe.* Cic. 2, *de Orat.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

☞ La queſtion, ſi le douaire eſt propre aux enfans, quand le contrat de mariage eſt paſſé à Paris par un habitant du pays de droit écrit, ayant été propoſée à la bibliothéque des avocats, donna lieu à différentes opinions.

La premiere, eſt de ceux qui eſtiment que toutes les conventions des contrats de mariage doivent être réglées ſuivant la coutume du lieu où le contrat a été paſſé; ils ſe fondent ſur une regle du droit, qui eſt la loi 34, *de reg. jur.* où le juriſconſulte Ulpien dit, *ſemper in ſtipulationibus & in cæteris contractibus id ſequimur, quod actum eſt, aut ſi non appareat quod actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in regione in qua actum eſt, frequentatur.* Ils ſe fondent encore ſur la loi 6, *de evic. Si fundus venierit ex conſuetudine ejus regionis in quo negotium geſtum eſt, pro evictione caveri oportet:* Godefroy ſur cette loi a mis cette note: *Locus contractus regit contractum & agendi decidendique ordinem.* Il eſt aiſé de connoître que ces loix n'ont pas une application naturelle à l'eſpéce dont il s'agit; elles n'ont rapport qu'aux formalités des contrats, ainſi que le mot *ordinem*, dont ſe ſert Godefroy, le donne à entendre. Il faut ſuivre l'ordre des contrats & des jugemens, c'eſt-à-dire les formalités des contrats uſités dans les lieux où ils ſe paſſent, & les régles de la procédure de la juriſdiction où le procès eſt pendant.

La deuxieme opinion eſt de ceux qui ſoutiennent au contraire que l'on ne doit avoir aucun égard à la coutume du lieu où le contrat eſt paſſé, & qu'il faut uniquement s'attacher à la coutume du domicile du mari, ainſi qu'il eſt décidé dans la loi 65, ff. *de jud. Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi inſtrumentum dotale conſcriptum eſt: nec enim id genus contractus eſt, ut & eum locum ſpectari oporteat, in quo inſtrumentum dotis factum eſt, quam eum in cujus domicilium & ipſa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* Ceux du parti contraire prétendent que cette loi ne doit s'appliquer qu'à la juriſdiction; c'eſt-à-dire, que la femme, pour la répétition de ſa dot, doit ſuivre la juriſdiction du domicile de ſon mari, & que c'eſt pour cela que cette loi eſt placée ſous le titre *de judiciis.* Les autres répondent que la raiſon de cette loi eſt générale pour tout ce qui dépend du contrat de mariage, *nec enim id genus contractus eſt, ut eum locum ſpectari oporteat in quo inſtrumentum dotis factum eſt.*

La troiſieme opinion eſt de ceux qui ſont pour la coutume du lieu où le contrat eſt paſſé, mais qui deſirent que dans le contrat il y ait une ſoumiſſion à cette coutume, avec dérogation à toutes autres: cette opinion paroît juridique, en effet, elle eſt la plus ſuivie.

Il me ſemble pourtant qu'il faudroit y apporter quelques modifications. Si le mari qui contracte mariage à Paris y a un domicile de dignité, comme un conſeiller au grand conſeil, un officier chez le roi, en ce cas je crois que la ſoumiſſion à la coutume de Paris les engage, parce qu'ils ſont préſumés la ſavoir; d'ailleurs, la fille qui ſe marie & ſes parens, comptent ſur un établiſſement à Paris: mais à l'égard des forains qui ſont dits dans le contrat, *étant de préſent à Paris, logés dans une telle auberge*, au nombre deſquels il faut mettre les plaideurs, & ceux qui ont des charges dans la maiſon du roi, ſervans par quartier, il n'eſt pas vraiſemblable que le mari qui prend à Paris une femme, pour l'emmener le lendemain dans ſa province, pour perpétuelle demeure, ait intention de régler les affaires de ſa famille, ſuivant la coutume de Paris; il n'y a point d'apparence non plus que la fille ni ſes parens ayent en vue un établiſſement à Paris. Ainſi cette clauſe qui eſt du ſtyle des notaires de Paris, ne doit point opérer contre l'intention des parties, *actus non operantur ultrà intentionem agentium.*

La quatriéme & derniere opinion eſt celle de ceux qui ſoutiennent que l'on doit uniquement ſuivre la coutume du domicile du mari, nonobſtant toutes les ſoumiſſions, dérogations & conventions contraires. Cette opinion doit être bien reſpectable dans cette aſſemblée, c'eſt l'ouvrage d'un grand magiſtrat, & de pluſieurs célébres avocats: c'eſt un des arrêts faits chez M. le premier préſident de Lamoignon: il eſt rapporté dans le titre du douaire, art. 11, en ces termes: *pour régler ſi le douaire ſera propre ou viager aux enfans, ſera ſuivie la coutume ſous laquelle le mari étoit actuellement domicilié, lors du contrat de mariage, nonobſtant que le contrat ait été paſſé ailleurs, & toutes les ſoumiſſions,*

BIU Cujas

dérogations & conventions contraires. Cependant avec tout le reſpect qui eſt dû à la déciſion de ces grands hommes, je croirois que l'on devroit diſtinguer entre la ſoumiſſion & la convention. A l'égard de la ſoumiſſion à la coutume de Paris, avec dérogation à toutes autres, c'eſt une clauſe de ſtyle qui ne doit pas faire grande impreſſion.

Mais à l'égard de la convention, quand il y a une ſtipulation expreſſe que le douaire ſera propre aux enfans; il n'y a pas moyen d'aller contre, les contrats ne ſouffrant point d'interprétation quand les paroles ſont claires & expreſſes, *cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non admittitur voluntatis quæſtio.*

La ſtipulation du douaire dans les contrats de mariage des habitans du pays de droit écrit, qui ſe marient à Paris, produit ſouvent des procès. Voici l'eſpéce d'un qui m'a paſſé par les mains.

Si le douaire & la légitime ſont compatibles en pays de droit écrit.

Le 2 août 1644, meſſire Gilbert-Antoine d'Albon, ſeigneur de Sugny en Forez, contracta mariage à Paris avec dame Charlotte le Bouteiller. Dans le contrat de mariage le ſieur comte d'Albon eſt dit demeurant ordinairement en ſon château de Sugny en Forez; il fut ſtipulé un douaire de 4000 liv. de rente en faveur de la future épouſe, avec ſoumiſſion à la coutume de Paris, dérogeant à toutes autres coutumes, même au pays de droit écrit, pour les conventions du mariage ſeulement.

Quelque tems après le mariage, le comte d'Albon ayant été pourvu de la charge de chevalier d'honneur de *Madame*, premiere femme de *Monſieur*, frere unique du roi, il vint demeurer à Paris. C'étoit un gentil-homme auſſi diſtingué par ſon mérite, que par ſa naiſſance; il fut choiſi avec M. le comte de Fenelon pour travailler à l'édit des duels. L'on peut dire qu'en cela il n'a pas moins rendu de ſervice à la patrie & à la religion, que Jacques d'Albon, l'un de ſes ancêtres, connu dans l'hiſtoire, ſous le nom du maréchal de Saint André, en s'uniſſant au connétable de Montmorency, & au duc de Guiſe, pour maintenir la religion catholique en France, qu'il cimenta de ſon ſang à la bataille de Dreux.

Après la mort de *Madame*, le comte d'Albon ayant perdu ſa charge il retourna dans ſa province; mais comme ſa femme étoit bien venue à la cour il conſerva toujours un domicile à Paris.

De ſon mariage il eut deux filles; Charlotte-Catherine qui étoit l'aînée, fut mariée le 20 février 1668 avec meſſire Chriſtophe de la Barge, qui étoit un gentil-homme de la province d'Auvergne, d'une naiſſance diſtinguée. Par le contrat de mariage, ſon pere lui conſtitua en dot 42000 liv. de ſon chef, & ſa mere 8000 liv. moyennant quoi elle renonça à tout ce qu'elle pouvoit eſpérer dans leurs ſucceſſions, à la réſerve toutefois du douaire. Il eſt bon de tranſcrire la clauſe: *Sans toutefois comprendre auſdites renonciations la part & portion qu'elle peut avoir à prétendre au douaire préfix de 4000 livres conſtitué à ladite dame le Bouteiller par ſon contrat de mariage, lequel douaire elle ſe réſerve outre leſdites conſtitutions.*

Le 23 novembre 1679, le comte d'Albon fit ſon teſtament en ſon château de Chazeul en Bourbonnois, par lequel il déclara qu'il vouloit que Marie d'Albon ſa fille puînée fût égalée en toutes choſes à ſa fille aînée; il inſtitua la dame le Bouteiller ſa femme ſon héritiere univerſelle, à la charge de nommer, quand bon lui ſembleroit, l'une de ſes filles, ou l'un de leurs enfans, tel qu'il lui plairoit de choiſir.

Le la dame le Bouteiller fit procéder à l'inventaire des meubles étant à Paris, en qualité d'héritiere inſtituée par ſon mari, en préſence de ſes filles, en qualité, l'une de créanciere par ſon contrat de mariage, & l'autre de légataire par le teſtament de ſon pere.

Le 16 ſeptembre 1680, il y eut une tranſaction paſſée entre la mere & les deux filles, par laquelle l'aînée fut relevée de la renonciation par elle faite aux ſucceſſions de ſes pere & mere, & toutes les deux ſe reſtraignirent à leurs légitimes ſur les biens de droit écrit, & à leurs portions héréditaires dans les biens du pays de coutume, & pour le tout elles compoſerent avec leur mere à la ſomme de 84000 liv. qui eſt 42000 liv. pour chacune ſans préjudice de leur part & portion du douaire quand il ſeroit échu.

Le 13 octobre 1681, Marie d'Albon, la puînée des filles, fut mariée avec meſſire Gilbert de Gadagne d'Authun, comte de Verdun, auſſi diſtingué par ſon mérite que par ſa naiſſance, elle ſe conſtitua en dot la ſomme de 42000 livres, à elle léguée par le teſtament de ſon pere; & meſſire François d'Albon, abbé de Moſac, comte de Lyon, lui conſtitua en dot de ſon chef, la ſomme de 20278 liv. pour raiſon de laquelle il étoit créancier de ſon frere, ſavoir 2000 liv. pour ſa légitime, & le ſurplus par obligation.

BIU Cujas

Le 8 octobre 1689, la dame le Bouteiller remit le fidéicommis à la demoiſelle Marie-Jeanne de la Barge, ſa petite-fille, enſuite elle lui fit décerner pour curateur Jacques Deſcotay, ſieur de la Pommiere, qui étoit un homme attaché à ſes intérêts, auquel elle rendit compte des biens du fidéicommis, & pour régler ce compte, ils firent rendre un arrêt en la grand'chambre, le 28 juillet 1690, qui renvoya les parties pardevant meſſire de Fleury & Brayer, conſeillers au parlement, auquel arrêt les dames de la Barge & de Verdun, ayant formé oppoſition, elles en furent déboutées : les arbitres ayant examiné le compte, ils donnerent leur avis, qui fut reçu par forme d'appointement, le 8 aout 1692, par lequel ils déclarerent que la dépenſe excédoit la recette de 109499 liv. 5 ſols, à la charge néanmoins de pluſieurs déductions & imputations y mentionnées.

Quelque tems après la terre de Sugny ayant été ſaiſie-réellement ſur demoiſelle Jeanne de la Barge, à qui la dame le Bouteiller avoit remis le fidéicommis, la ſaiſie fut portée aux requêtes du palais, où il y eut différentes oppoſitions, tant de la part des créanciers des ſieur & dame d'Albon, que des dame de la Barge & de Verdun.

Le 1697, la dame le Bouteiller étant décédée, les dames de la Barge & de Verdun renoncerent, au greffe des requêtes du palais, aux ſucceſſions de leurs pere & mere pour ſe tenir au douaire.

Les créanciers ayant fait un contrat d'union, il fut homologué par ſentence du 11 décembre 1698, & par la même ſentence, l'ordre fut renvoyé par-devant M. Legendre, ancien avocat, & moi ; dans cet ordre il y avoit un très-grand nombre de collocations qui produiſoient pluſieurs queſtions ; cependant nous ne fumes partagés que ſur la ſeule queſtion du douaire porté par le contrat de mariage des ſieur & dame d'Albon : les dames de la Barge & de Verdun voyant qu'elles ne pouvoient pas venir en ordre pour le payement de leur légitime, parce que le prix de la terre de Sugny qui étoit de 120000 l. étoit abſorbé par les créanciers intermédiaires entre le contrat de mariage & le décès du pere, demanderent d'être colloquées pour le fond du douaire de 80000 livres & les arrérages échus depuis le décès de la mere. M. Legendre étoit d'avis de les débouter, parce qu'elles avoient accepté leur légitime, & par ce moyen elles avoient fait acte d'héritieres, puiſque l'on ne peut avoir la légitime qu'à titre d'héritier : or, ſuivant la coutume de Paris, art. 251, *nul ne peut être héritier & douairier enſemble, pour le regard du douaire coutumier ou préfix.*

Il ajoutoit que non-ſeulement ces dames avoient accepté la légitime, mais qu'elles avoient fait acte d'héritieres pures & ſimples par la tranſaction du 16 ſeptembre 1680, en compoſant avec leur mere, pour les parts & portions qu'elles pouvoient avoir dans les biens de coutume ; il ſoutenoit que la clauſe inſérée dans cette tranſaction, *ſans préjudice du douaire*, étoit une clauſe inutile, qui ne pouvoit rien opérer contre la diſpoſition de la coutume, qui ne permet pas d'être héritier & douairier enſemble.

Je convenois de ma part que le douaire devoit être réglé ſuivant la coutume de Paris ; mais je ſoutenois 1°. que la légitime devoit être réglée ſuivant l'uſage du droit écrit, où la légitime peut concourir avec l'augment, qui tient lieu de douaire ; que dans cette occaſion l'on ne pouvoit oppoſer la diſpoſition de la coutume de Paris, parce que la ſoumiſſion faite par le contrat de mariage à la coutume de Paris, étoit reſtrainte aux conventions du mariage ſeulement taxatives.

J'ajoutois que ç'avoit été l'intention du pere, comme il paroiſſoit par le contrat de mariage de ſa fille aînée, dans lequel le douaire étoit réſervé, & par la diſpoſition de ſon teſtament en faveur de ſa fille puînée, ayant déclaré qu'il vouloit qu'elle fût égalée à ſa ſœur en toutes choſes : j'ajoutois encore que ç'avoit été l'intention de la mere & des filles dans la tranſaction de 1680.

2°. Je ſoutenois que ſi les deux qualités étoient compatibles dans cette eſpece, à plus forte raiſon l'option devoit être permiſe avec d'autant plus de raiſon, que cette option avoit été réſervée par la tranſaction du 16 ſeptembre 1680, & que c'étoit ainſi que l'on devoit interpréter la clauſe, *ſans préjudice du douaire*. J'ajoutois que dans cette eſpece les filles ne pouvoient pas être conſidérées comme héritieres de leur pere, puiſqu'il avoit inſtitué ſa femme ſon héritiere univerſelle, & qu'en cette qualité elle avoit accepté la ſucceſſion ; que l'inventaire fait après le décès du pere avoit été fait à ſa requête en cette qualité, & que ſes deux filles y avoient aſſiſté, l'une en qualité de créanciere, en vertu de ſon contrat de mariage, & l'autre en qualité de légataire, en vertu du teſtament de ſon pere. Enfin je diſois que quoique la légitime doive être laiſſée à titre d'héritier, que ce n'eſt que *honoris causâ*, mais que ce n'eſt pas un véritable acte d'héritier, tel que la coutume de Paris le deſire, & que dans les pays de droit écrit, ſuivant lequel il falloit régler la légitime, les légitimaires ne ſont conſidérés que comme des légataires.

A l'égard de l'objection tirée de la tranſaction, par laquelle les filles avoient compoſé

BIU Cujas

avec leur mere, tant pour la légitime que pour les portions qu'elles pouvoient avoir dans les biens de coutume, je répondois qu'il n'y avoit de biens dans le pays coutumier que la terre de Chazeul, qui étoit ſituée dans la coutume de Bourbonnois, où les qualités ne ſont pas incompatibles; que d'ailleurs cette qualité étoit devenue inutile & ſans effet, parce que cette terre ayant été vendue, le prix avoit été diſtribué aux créanciers, & que les deux filles n'en avoient point profité du tout.

3°. Je ſoutenois que les directeurs des créanciers n'étoient pas parties capables pour oppoſer l'incompatibilité des qualités, ainſi qu'il avoit été jugé à l'égard de l'héritier bénéficiaire, lequel ne peut à la vérité quitter cette qualité pour ſe tenir à ſon don, ou pour demander le douaire par rapport à ſes cohéritiers, à cauſe de l'égalité qui doit régner entr'eux; mais il le peut à l'égard des créanciers.

Nous trouvant partagés ſur cette queſtion, nous convînmes d'en paſſer par l'avis de Meſſieurs du Cornet & Veſin, deux célébres conſultans, avec leſquels nous étant aſſemblés pendant deux vacations, leur ayant fait lecture des piéces, & expliqué nos raiſons, ils furent tous deux de mon avis; mais le motif de leur avis fut différent. M. Veſin qui opina le premier, ſe détermina par l'inventaire fait après le décès du pere, où l'aînée des filles avoit pris la qualité de créanciere, & la cadette, celle de légataire; que c'eſt par ce premier acte qu'il faut régler les qualités; que les qualités priſes par la tranſaction devoient être relatives à ces premieres qualités: que d'ailleurs y ayant un inventaire, les filles pouvoient abandonner les qualités de légitimaires & d'héritieres pour prendre le douaire, les créanciers n'étant pas parties capables pour les empêcher de changer de qualité. M. du Cornet ſe détermina par la clauſe inſérée dans la tranſaction du 16 ſeptembre 1680, *ſans préjudice de leur part & portion du douaire, lorſqu'il ſera échu*, diſant que cette réſerve opéroit une faculté d'opter, & la liberté de prendre le douaire, quand il ſeroit échu, c'eſt-à-dire, après la mort de la mere: laquelle option elles avoient faite incontinent après ſon décès.

Cette déciſion produiſit une autre queſtion encore plus difficile, ſavoir ce que ces deux filles devoient rapporter ou imputer ſur le douaire, ſi les enfans ſont tenus d'imputer ſur le fond du douaire les intérêts de leur dot ou de leur légitime.

M. Legendre ſoutenoit qu'elles devoient imputer ſur le douaire généralement tout ce qu'elles avoient reçu, ſoit du vivant de leur pere ou après ſon décès, ſe fondant ſur l'article 252 de la coutume de Paris qui dit, *que celui qui veut avoir le douaire, doit rendre & reſtituer ce qu'il a eu & reçu en mariage, & autres avantages de ſon pere, ou moins prendre ſur le douaire.*

Je ſoutenois au contraire que ces dames ne devoient imputer aucune choſe ſur le douaire, parce que la diſpoſition de cet article de la coutume eſt fondée ſur une préſomption qui ceſſe dans cette occaſion. L'on préſume que le pere en donnant par avance à ſes enfans a voulu s'acquitter d'autant ſur le douaire; c'eſt la penſée de M. Auzanet ſur cet article, *quia pater cenſetur donaſſe* pour s'acquitter de ce qu'il pouvoit devoir à ſon fils *ex quacunque cauſa*: c'eſt auſſi le ſentiment de M. Ricard dans ſon traité des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, n. 668, où après avoir dit qu'il eſt à préſumer quand un pere exerce quelque libéralité envers ſes enfans, qu'il a voulu donner conformément à la coutume, & dans la penſée de décharger d'autant ſon bien du douaire: deſorte que les créanciers étant ſubrogés aux droits du pere, il n'eſtime pas qu'à leur égard les enfans puiſſent prendre leur douaire, ſans précompter ce qu'ils ont reçu; mais il ajoute une limitation, *ſi ce n'eſt qu'il paroiſſe que l'intention du pere a été de leur donner, ſans les obliger à imputer ſur le douaire.*

Or dans cette eſpece il paroît évidemment que l'intention du pere n'a pas été d'obliger ſes filles d'imputer ſur le douaire, puiſqu'à l'égard de l'aînée il lui a réſervé ſa portion dans le douaire outre & par-deſſus la dot qu'il lui avoit conſtituée; & à l'égard de la cadette, il a déclaré par ſon teſtament qu'il vouloit qu'elle fût égalée en toutes choſes à l'aînée.

J'ajoutois, que ſuppoſant que ces dames fuſſent tenues d'imputer ſur le douaire ce qu'elles avoient reçu, il falloit diſtinguer les intérêts d'avec les capitaux. A l'égard des capitaux la dame de Verdun n'avoit rien reçu du tout; & à l'égard de la dame de Barge elle n'avoit reçu que deux mille livres, qui avoient été imputées ſur le principal de ſa légitime, par la tranſaction du 16 ſeptembre 1680. Je convenois à cet égard qu'il falloit faire la même imputation ſur le douaire. A l'égard des intérêts, je diſois qu'il falloit diſtinguer trois tems, 1°. le tems qui avoit précédé la mort du pere, 2°. le tems qui avoit couru depuis le décès du pere juſqu'à celui de la mere, 3°. le tems qui s'étoit écoulé depuis le décès de la mere juſqu'à préſent.

A l'égard du premier tems, la dame de la Barge avoit reçu pendant la vie de ſon pere la ſomme de 3200 liv. ſur les intérêts de ſa dot; je diſois qu'il falloit porter le même jugement du douaire que de la ſucceſſion; les enfans qui ont été avantagés en venant à la

BIU Cujas

ſucceſſion de leur pere, ne rapportent les fruits de leur don que du jour de l'ouverture de la ſucceſſion.

A l'égard du ſecond tems qui s'étoit écoulé depuis le décès du pere juſqu'au décès de la mere, je ſoutenois que les filles n'étoient point tenues de rapporter, ni d'imputer au douaire les intérêts de leur légitime par elles touchés, parce qu'ils leur tenoient lieu d'alimens; j'appuyois mon avis ſur le ſentiment de M. du Pleſſis dans ſon traité du douaire, ch. 4, ſect. 3, vers la fin, où il traite la queſtion, *in terminis*, & décide que les enfans ne ſont tenus de rapporter les fruits ou intérêts de leur don que du jour qu'ils entrent en jouiſſance du douaire: *Deſorte qu'en un mot*, dit-il, *en matiere de douaire, les donataires ne rapportent les fruits ou intérêts que du jour du décès de leur mere, ſi elle a ſurvécu le pere.* Quant au dernier tems, depuis le décès de la mere juſqu'alors, je convenois que le rapport ou l'imputation étoit indiſpenſable; mais il n'y avoit que la dame de Verdun qui avoit reçu quelque choſe.

M. Veſin fut de mon avis à l'égard du premier & du dernier tems; mais à l'égard du tems intermédiaire, il fut de l'avis de M. Legendre, ſur le fondement que ce ſeroit charger les créanciers doublement, ſavoir des arrérages du douaire envers la mere, & des intérêts du don, ou de la légitime envers les enfans. Il ajoutoit, que quoique les filles n'euſſent renoncé à la ſucceſſion de leur pere, qu'après le décès de leur mere, cette renonciation avoit un effet rétroactif au jour de la mort du pere, & que la légitime imitant la ſucceſſion, les filles étoient cenſées avoir renoncé à leur légitime auſſi-bien qu'à la ſucceſſion de leur pere, du jour de ſa mort, & par conſéquent qu'elles n'avoient ni qualité ni titre pour jouir & retenir les intérêts de leurs légitimes.

M. du Cornet fut de mon avis en tout. Sa raiſon étoit que les filles n'avoient reçu les intérêts de leur légitime, que par parcelles & annuellement, & qu'ainſi ils leurs tenoient lieu d'alimens, & que ſi en ſemblable cas l'on obligeoit des enfans à imputer les intérêts de leur don ou de leur légitime ſur le douaire, ce ſeroit leur faire manger le fond de leur douairie par avance, & leur bled en verd. Ainſi nous aurions été partagés ſur cette queſtion, ſans un tempérament qui fut trouvé, qui étoit de faire une cotte morte de tous les intérêts reçus par les filles, & de les compenſer avec les arrérages du douaire échus depuis le décès de la mere, qui étoient preſque ſuffiſans pour abſorber ces intérêts, ſans toucher au fond du douaire.

L'auteur des précédentes obſervations avoit oublié de parler d'une queſtion qui ſe préſente aſſez ſouvent: ſi les maris & femmes domiciliés à Paris peuvent diſpoſer au profit l'un de l'autre des biens qu'ils ont dans les pays de droit écrit, ou dans des coutumes qui permettent aux conjoints de s'avantager par teſtament.

Cette queſtion a fait autrefois beaucoup de difficulté. Elle fut jugée pour la négative contre dame Françoiſe L'huillier, veuve de M. de Saint-André-Monbrun, Préſident aux enquêtes, par un arrêt du 6 mai 1572. Mais cette dame ayant obtenu une propoſition d'erreur, ſuivant l'uſage de ce tems-là, elle gagna ſa cauſe par un autre arrêt du 14 août 1574, l'inſtitution d'héritier faite en ſa faveur par ſon mari, fut déclarée bonne & valable; en conſéquence, elle fut maintenue dans les biens ſitués au pays de droit écrit. Cet arrêt eſt rapporté dans les plaidoyers de M. Marion, par M. Pithou ſur la coutume de Troye, art. 79, & par M. Brodeau ſur les arrêts de M. Louet, lett. C, chapitre 42.

Depuis, la même queſtion a été jugée de la même maniere pour les biens ſitués dans des coutumes qui permettent aux conjoints de diſpoſer entr'eux. Ils ſont rapportés par Brodeau au même endroit.

M. René Chopin, *de morib. pariſ.* liv. 2, tit. 4, n. 15, dit que la prohibition d'une coutume qui défend aux conjoints de s'avantager ne s'étend pas au-delà de ſon territoire: *ſubde his patrium morem ne conjux conjugi leget, prohibitorium, extra ſui territorii fines non produci; quamvis in perſonam magis quàm in rem ille mos videatur.* Il autoriſe ſon ſentiment par celui de Balde, rep. 131, & ſur la loi 2, *cod. quæ ſit longa conſ.* Cet auteur, auſſi-bien que M. Charles du Moulin, cite ſouvent les docteurs ultramontains qui ne ſont pas du gout de ce ſiécle, témoin un jeune avocat général, auquel communiquant un jour d'une cauſe de ſubſtitution, je citai Bartole & Balde, qui avoient répondu en faveur de ma partie: il me dit que ces auteurs étoient des rêveurs; je lui répondis que je faiſois gloire de rêver avec eux, il conclut contre ma partie, mais ſes concluſions ne furent pas ſuivies.

BIU Cujas

DES RENONCIATIONS DES FILLES.

QUESTION CENT-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans le droit, l'on ne peut renoncer à la ſucceſſion d'une perſonne vivante ſans ſon conſentement.*
2. *Les renonciations des filles ont été reçues en France, ſuivant la diſpoſition du droit canonique.*
3. *Dans les pays de droit écrit, il faut que ceux à la ſucceſſion deſquels les filles renoncent y conſentent.*
4. *Dans les pays de coutume, l'on diſtingue entre les propres & les acquêts.*
5. *Arrêts anciens, qui ont jugé ſuivant cette diſtinction.*
6. *Récit du fait, ſur lequel roule la queſtion.*
7. *Avis de l'auteur, que la renonciation d'une fille ne l'exclud pas de la ſucceſſion de ſon frere compoſée d'acquêts, quand il n'a pas conſenti à la renonciation.*
8. *Faber, dans ſon code, parle ſuivant l'uſage, & dans ſon traité* de erroribus, *il parle ſuivant ſon ſentiment.*
9. *Sentiment de Brodeau, que la renonciation d'une fille à toutes ſucceſſions directes & collatérales, l'exclud de la ſucceſſion de ſes freres, de quelque côté que viennent leurs biens.*
10. *Réponſe de l'auteur aux raiſons de Brodeau.*
11. *Circonſtances particulieres de l'affaire.*
12. *Les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions, par iceux l'on peut déroger à la coutume pour partie, & s'y ſoumettre pour une autre partie.*
13. *Autorités pour montrer que l'on peut déroger aux coutumes.*
14. *Arrêt du 2 juillet 1569, qui juge ſuivant la diſtinction des propres & acquêts.*
15. *Arrêt du 23 mars 1650, qui appointe ſur la même queſtion, avec le plaidoyer de M. Talon, contraire à cette diſtinction.*
16. *A préſent dans tout le reſſort du parlement de Paris, la renonciation de la fille à toutes ſucceſſions directes & collatérales, l'exclud de la ſucceſſion de ſes freres ſans aucune diſtinction.*
17. *Dans les parlemens de droit écrit, la renonciation ne s'étend point aux ſucceſſions des freres.*
18. *La renonciation d'une fille peut être faite au profit des autres filles.*
19. *Les enfans mâles peuvent renoncer au profit de leurs freres.*
20. *Dans les parlemens de droit écrit, la fille qui a renoncé peut demander un ſupplément de légitime.*

QUESTION CVI.

Si la fille qui renonce à la ſucceſſion des pere & mere, peut auſſi-bien renoncer à celle des freres, quoiqu'ils ne ſoient préſens ni conſentans.

Nous n'avions pas réſolu d'agiter cette queſtion, & nous croyons que ce que nos interprêtes & nos arreſtographes en ont dit, devoit ſuffire pour ſa déciſion. En effet, s'il la faut tirer du droit écrit, il eſt certain qu'on ne peut faire aucune convention qui regarde la ſucceſſion d'une perſonne vivante, hors ſa préſence & ſans ſon conſentement.
1 C'eſt la diſpoſition de la loi derniere, *C. de pactis*, & même cette loi veut, que celui ſur la ſucceſſion duquel on pactiſe de ſon vouloir & ſon conſentement, y perſévere juſqu'au dernier ſoupir. Et comme la convention qu'on fait ſur la ſucceſſion de quelqu'un à ſon inſçu, eſt contre les bonnes mœurs, & que c'eſt pour ce ſujet que le docte Cujas l'appelle *corvinam in l. 26, ff. de verborum obligationibus*, auſſi tous les interprêtes l'ont condamnée.

Et quoique par la diſpoſition canonique, *in cap. quamvis de pactis, in 6*, la renonciation des filles ait 2
été autoriſée, & depuis reçue en France, non tant par la force du ſerment, que pour le maintien des familles; c'eſt pourtant avec cette condition que les perſonnes intéreſſées ayent été préſentes & conſentantes. De ſorte que pour faire qu'une fille renonce valablement, il faut que ce ſoit une ſucceſſion future & incertaine, que pour icelle on lui donne quelque choſe de certain, & que ceux à la ſucceſſion deſquels elle renonce, y prêtent leur conſentement. C'eſt 3
la doctrine de maître Charles du Moulin, en ſon

BIU Cujas

conseil 55 & en ses notes sur l'Alexandre, *consil.* 155, *lib.* 7 & encore sur l'article 241 de la coutume d'Anjou; Bacquet, au traité qu'il a fait du droit d'aubaine, chapitre 21 de la seconde partie, dit de même, qu'il est nécessaire que ce soit en la présence & du consentement de ceux à la succession desquels on renonce. *Aufrerius ad decisionem Capellæ Tholosanæ* 454 assure la même chose, & que le Parlement de Toulouse l'avoit jugé de la sorte par plusieurs arrêts, ce que depuis M. Maynard a confirmé au ch. 21, liv. 4 de ses questions notables.

Voilà pour le droit écrit : & quant aux pays qui
4 se régissent par coutumes, on y a fait quelque distinction. Pour les biens paternels & maternels, que nous appellons propres, on a tenu que la renonciation faite à la succession des freres étoit valable pour cette sorte de biens, quoique les freres n'y ayent point consenti. Mais pour les biens qui viennent d'ailleurs ou que les freres ont acquis par leur industrie, on n'a pas crû qu'à leur insçû & sans leur consentement, la sœur y puisse valablement renoncer. Cette distinction est établie sur ce que le pere peut donner la loi aux biens qui procedent de lui, & qu'il peut obliger sa fille à y renoncer, moyennant la dot qu'il lui donne. Enfin c'est parce que cette renonciation contient une substitution tacite, que le pere fait en faveur de ses enfans mâles, ausquels il veut que ses autres biens passent à l'exclusion de la fille, non-seulement directement en succédant au pere; mais encore indirectement en cas qu'un des freres décede sans enfans. Mais pour les acquêts, il n'y a pas apparence qu'un pere puisse donner à son fils des héritiers malgré lui, pour les biens que ce fils a acquis par son travail, & qu'il ne tient pas de la libéralité du pere. Il semble que si le pere a pû tacitement substituer ses mâles des uns aux autres pour ses biens propres, il ne le peut pas pour ceux qu'ils pourront acquérir, & même en un tems auquel ils seront capables d'en disposer.

C'est ainsi que les arrêts l'ont jugé, maître René
5 Chopin, sur la coutume d'Anjou, livre 3, titre 1, nombre 11, en rapporte un du Parlement de Bourgogne, du 22 Juin 1584, donné pour la veuve de Philippe d'Andelot sieur de l'Estot, appellant d'une sentence rendue par le bailli de la Montagne, par lequel arrêt fut jugé que cette veuve ayant renoncé aux successions des pere & mere & freres, cette renonciation n'étoit valable que pour les biens qui étoient venus des pere & mere, *ex substantia patris*, dit Chopin, & non pour les acquêts : le pere ayant bien plus de pouvoir d'imposer une loi qui tient lieu de substitution tacite sur les uns que sur les autres.

Monsieur du Val, en son traité *de rebus dubiis*, *cap.* 19, *num.* 1 *& sequentib.* après avoir agité la question, assure, que par un arrêt contradictoire qu'il cotte, il fut jugé que suivant la distinction susdite, la fille qui avoit renoncé aux successions des pere, mere & freres, devoit être reçûe aux partages des acquêts & non des propres. Charondas, en ses réponses, liv. 5, ch. 8 en cite un autre, qui fut prononcé en robes rouges par M. le Président Hannequin, l'an 1569, afin qu'il servît de loi pour l'avenir. Enfin ledit sieur Chopin, au lieu ci-dessus coté, en rapporte un autre du 2 juillet de la même année 1569, donné entre le seigneur de Crussol, & le seigneur du Bellai, par lequel la même distinction que nous avons déja faite fut suivie, & la fille reçûe au partage des biens qui venoient d'ailleurs que du côté paternel, quoique la renonciation fût aussi-bien pour les successions collatérales que pour les directes. C'est ce qu'on peut aisément apprendre par la teneur de l'arrêt que nous donnons au public, & qui sera ci-après inséré.

Ce n'est pas qu'après les auteurs susdits, ce fût notre intention d'agiter une question que nous croyons hors de controverse. Car comme il a été prédit, en ce pays de droit écrit, nous tenons pour régle certaine, qu'encore que la fille renonce à tous droits de pere & de mere, & encore des freres & sœurs, elle n'est pas exclusе de la succession des derniers, si la renonciation n'a été faite en leur présence & de leur consentement, suivant la loi derniere, *C. de pactis*, & l'opinion de Jason sur la loi *stipulatio hoc modo ff. de verbor. obligat.* de *Decius consil.* 181 *& consil.* 379; *d'Anchoranus consil.* 36 & des autres interprêtes. Et pour les pays de coutume, nous tenons qu'après les arrêts intervenus sur ce point, la distinction des biens & de pure origine devoit servir de regle infaillible.

Mais depuis, la même question a été puissamment agitée au parlement de Paris pour la succession de Pierre Ardier de la noble famille des Ardiers en Auvergne. La cause ayant été plaidée en l'année présente 1650, entre Salomon Ardier, sieur de Prevalon, appellant, & maître Jean Guerin ancien président de l'élection d'Issoire, pere & légitime administrateur de damoiselle Anne Guerin sa fille, & de défunte damoiselle Suzanne Ardier, intimée, elle fut appointée au conseil, & en droit sur le principal évoqué par l'arrêt ci-après inféré, par lequel & le plaidoyer de monsieur l'avocat général de Talon, l'on verra que ce n'est pas une question qui soit hors de doute, & que nonobstant les préjugés que nous avons cotés, ledit sieur avocat général n'a pas laissé de conclure pour la renonciation & en faveur du frere, à l'exclusion de la niéce pour représentation de sa mere.

Or comme on nous a depuis consulté sur le métite de la question, & que ledit sieur Guerin nous a fait l'honneur d'en vouloir avoir notre avis, c'est ce qui nous a obligé d'en toucher ici les raisons & d'y joindre l'arrêt de 1579 & le plaidoyer dudit sieur avocat général, afin que le lecteur puisse se déterminer avec plus d'assurance, en attendant l'arrêt qui interviendra en cas que les parties ne s'accordent, à quoi & l'arrêt d'appointé au conseil & la proximité semble les inviter.

Pour le fait, il faut supposer que par les articles 6
de mariage dudit sieur Guerin, & de ladite damoiselle Suzanne Ardier, passés audit lieu de Boissat, maison de plaisance près d'Issoire le 13 Janvier 1635, il est porté que pour supporter les charges du mariage, Antoine Ardier sieur de Boissat, & damoiselle Jacquette Guymoneau, pere & mere, donneront & constitueront à leur fille, & pour elle audit sieur Guerin la somme de dix mille livres, payable le jour de la célébration du mariage, outre ce l'habilleront d'une robbe & cotte, & lui donneront des meubles & linges, jusqu'à la somme de 600 livres, & ce pour tous biens paternels & maternels, ausquels & aux successions fraternelles & autres directes, ladite future fiancée renoncera au profit de sesdits pere & mere, & de leurs descendans mâles; laquelle renonciation se fera par ladite future fiancée, comme bien dotée de l'autorité dudit sieur Guerin son futur & fiancé.

Les mêmes articles de mariage portent encore sur la fin, que les parties se régiroient moitié par la coutume d'Auvergne, & moitié par le droit écrit : ensuite desquels articles contrat fut passé en la ville d'Issoire le 30 des mêmes mois & an, qui porte simplement, que les parties s'obligeoient d'observer le contenu ausdits articles, même la renonciation que la fille, en tant que de besoin, auroit réiterée.

Sera de plus observé que ledit Pierre Ardier l'un

BIU Cujas

des enfans mâles, s'étant établi dans la ville de Dijon, & étant venu à décéder dans celle de Paris, où il s'étoit transporté pour rendre compte de la recette des gabelles qu'il faisoit en ladite ville de Dijon, sa succession estimée à 400000 l. pour les meubles & acquêts, a été disputée entre ledit sieur Salomon Ardier, sieur de Prevalon frere du défunt, & ledit sieur Guerin pour & au nom de sa fille, représentant sa mere, sœur dudit défunt.

Enfin il faut remarquer qu'il a été soutenu au procès, que ledit feu sieur Ardier avoit établi son domicile en ladite ville de Dijon, qu'il y avoit demeuré longues années avec sa femme, y avoit fait sa fortune, & par conséquent, qu'encore qu'il fût originaire d'Auvergne, ce n'étoit pas par la coutume dudit pays, mais plutôt par celle de Bourgogne, que sa succession se devoit régler pour les meubles & acquêts. A cet effet on a produit divers actes pour établir ce domicile, & pour faire voir, qu'il devoit être censé, *ubi larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituerat*, ainsi qu'il est dit *in l. 7. C. de incolis, & in leg. 27, § 1, ff. ad municipalem.*

C'est de là que ledit sieur Guerin infere qu'encore que sa défunte femme ait renoncé, & que sa renonciation fût sujette aux regles de la coutume d'Auvergne, elle ne pourroit pas pourtant s'étendre aux meubles & acquêts de la succession dont est question, mais seulement aux héritages qui sont dans la coutume d'Auvergne. Il fait valoir à ce sujet cette maxime commune, que chaque coutume *suo clauditur territorio*, & il employe l'arrêt de l'an 1636, que nous avons rapporté en la question précédente, & par lequel il a été jugé que la fille qui a renoncé, ne laisse pas d'entrer au partage des biens du frere qui sont situés ailleurs que dans le pays d'Auvergne, de sorte qu'en la coutume de Bourgogne au titre des successions, article 12, la fille qui a été mariée & dotée par ses pere & mere, n'étant exclusе que de leur succession, & non des successions collatérales que ladite coutume lui réserve, c'est une conséquence pour le partage de la succession contentieuse.

Voilà le premier moyen dudit sieur Guerin, & il tire le second, de ce que le contrat de mariage a été passé en la ville d'Issoire, qui se régit par le droit écrit; que si les articles ont été passés à Boissat, il ne demeure pas d'accord qu'il soit dans la coutume; mais il soutient que les articles n'étant qu'un simple projet, c'est le contrat de mariage qui devoit servir de régle. Par conséquent, qu'ayant été fait & stipulé en ladite ville d'Issoire qui se régit par le droit écrit, & qui ne s'est point soumise à la coutume, ainsi que fait foi le procès verbal d'icelle, il falloit plutôt recourir pour la décision du différent aux regles du droit écrit, qu'aux regles de la coutume, & partant que la renonciation ne pouvoit valoir pour la succession d'un frere, puisqu'il n'avoit été ni présent ni consentant. Il employe à cet effet ce que déja nous avons dit, sçavoir, que la contention sur la succession d'une personne vivante faite à son insçû, est reprouvée de droit, comme odieuse & contraire aux bonnes mœurs: qu'encore que par un style abusif, les notaires, en faisant renoncer une fille, étendent sa renonciation aux droits des freres & sœurs, aussi bien que du pere & de la mere, c'est pourtant sans aucun effet à l'égard des freres s'ils ne sont présens, & s'ils n'y consentent: que c'est le commun usage des pays de droit écrit, & que cela passe pour regle infaillible.

Pour troisiéme moyen, ledit sieur Guerin dit que quand il faudroit juger la question selon la coutume qui s'observe en pays coutumier, l'appellant n'en pourroit toujours tirer aucun avantage. D'autant que si la renonciation des filles étoit reçue pour la succession des freres, quoiqu'ils ne fussent présens ni consentans, ce n'étoit pas absolument, mais seulement pour les propres: Que cette distinction avoit été suivie par nos praticiens les plus célébres, & autorisée par les arrêts; que ces arrêts donnés avec connoissance de cause, pour des familles illustres & pour servir de réglement, ne permettoient pas qu'on en fit une controverse: Vû même que la distinction susdite, tirée de la diversité des biens & de leur origine, est fort équitable, & qu'il n'est personne qui la pesant tant soit peu, n'en demeure satisfait. Car comme remarque le sieur Chopin sur la coutume d'Anjou au lieu cotté ci-dessus, les freres de celle qui renonce, n'ayant encore pris les biens du pere qui est vivant, ce seroit en vain que l'on demanderoit leur présence, & le consentement en la renonciation de leur sœur. Le pere en étant encore le maître, il en a la disposition libre & entiere, & il peut imposer telle loi que bon lui semble. C'est une substitution tacite qu'il fait en faveur des mâles, & des uns aux autres, & il ne donne par avance partie de ses biens à sa fille, qu'à condition qu'elle ne pourra rien espérer au reste, directement ni indirectement: c'est-à-dire, soit que les biens viennent du pere même, soit qu'ils passent par les mains des freres; qu'étant toujours censés les mêmes par leur origine, le pere entend que sa fille en soit exclusе: & qu'ils demeurent dans la famille.

Enfin pour dernier moyen ledit sieur Guerin ajoute, que quand on seroit purement aux termes de la coutume, ce ne seroit pourtant pas par sa disposition; mais plutôt par les termes de la renonciation qu'il faudroit se régler; d'autant qu'encore que l'exclusion introduite par la coutume d'Auvergne soit générale, elle peut être restrainte par la convention des parties: la disposition de la loi cessant en ce cas par la disposition de l'homme, & étant loisible d'étendre ou de restraindre les renonciations, de suivre la coutume ou d'y déroger; il soutient qu'étant dit que la fille renoncera aux successions fraternelles & autres directes, ces termes ne peuvent s'entendre de la succession entiere d'un frere, mais seulement des biens qu'il a eu du pere & de la mere: Que comme pour eux la succession n'est pas purement collatérale, & qu'elle peut être censée directe en quelque façon par rapport à l'origine, en un mot collatérale directe, la renonciation ne peut aussi s'étendre qu'à ces biens seuls. Que ces mots, aux successions fraternelles, pouvant avoir une signification trop ample, les autres ont été ajoutés pour la restraindre: que c'est donc une limitation, une clause restrictive, & qui devant opérer quelque chose, ne peut avoir autre effet que de donner moins d'étendue aux termes qui précedent. Ce mot d'*autre* étant relatif, & enfermant le terme qui précede & celui qui suit, il faut qu'il y établisse quelque égalité, & qu'il suppose que ce soit en quelque façon la même nature. Il faut donc que la succession fraternelle tienne la directe, comme elle l'est par rapport à l'origine des biens, & parce qu'en passant du pere au fils, ils tiennent leur qualité d'origine. En effet, s'ils n'étoient censés paternels, ils ne pourroient pas remonter à leur source, il faudroit retrancher de notre usage cette regle si vulgaire aux pays coutumiers, *paterna paternis, materna maternis.*

A quoi l'on peut ajouter que la dot de la fille ne lui ayant été constituée que pour droit paternels & maternels, elle ne peut pas s'étendre plus avant, ni se référer aux biens qu'un frere a depuis acquis, & auxquels aussi il n'est pas à croire que le pere ait songé.

Pour

BIU Cujas

Pour renoncer valablement, il faut que ce ſoit *aliquo dato*, & le certain pour l'incertain; mais ce qui a été conſtitué, n'ayant été donné que du chef du pere & de la mere, & la renonciation portant que c'eſt ſeulement pour biens paternels & maternels, & comme étant la fille ſuffiſamment dotée à raiſon d'iceux, il faut inférer de-là, que cette renonciation n'enveloppe la ſucceſſion fraternelle, qu'en tant qu'elle eſt compoſée des biens paternels, parce qu'autrement la fille auroit renoncé à une ſucceſſion future, ſans motif ni récompenſe.

Quant aux raiſons que le frere du défunt oppoſe au contraire, nous ne voulons pas nous y étendre, & nous croyons que l'arrêt d'appointé au conſeil, & le plaidoyer de monſieur l'avocat général inſéré audit arrêt, contenant un ſommaire des moyens du frere, il ſuffit de l'employer. Tant y à qu'on voit par icelui qu'on eſt demeuré d'accord de la diſtinction qui a été faite, & par les interprêtes & par les arrêts. Mais on ſoutient que nôtre juriſprudence a depuis varié, qu'il y a des arrêts contraires, & qu'on a jugé plus à propos d'autoriſer indifféremment, & pour toute ſorte de biens, la renonciation à la ſucceſſion des freres pour le maintien des familles. On n'a pourtant coté aucun arrêt contraire, & on s'eſt contenté d'en faire une allégation vague & vaine. En effet parmi nos arreſtographes nous n'avons point vû que la cour ait jugé ce point autrement que par ſes premiers arrêts; & quand cela ſeroit, il faudroit toujours ſur ce conflit peſer qui de ces arrêts ſeroient les plus équitables.

7 S'il eſt vrai ce que dit Ciceron, en l'oraiſon, *pro Sylla*, que *ſtatus reipublicæ maximè judicatis rebus continetur*, & s'il n'eſt pas permis de ſe départir ſi facilment de l'autorité des choſes jugées, il eſt pourtant permis, lorſqu'il y a contrarieté de préjugés, d'en examiner le poids, pour embraſſer le parti qu'on reconnoît le plus juſte. Car encore qu'il ſoit vrai ce que dit Platon, *opinionem vim facere veritati, eamque ſibi ſubjicere*, il faut pourtant qu'enfin la raiſon & la vérité emportent l'avantage.

Or en la queſtion propoſée, il paroît bien plus raiſonnable, que la fille ayant renoncé à la ſucceſſion des freres, on faſſe diſtinction de biens, que de les confondre. Car comme c'eſt une eſpece de ſubſtitution en faveur des mâles, & qu'autrement la renonciation ne pourroit pas même valoir pour les biens qui procedent du pere, auſſi repugne-t-il que cette ſubſtitution tacite s'étende à d'autres biens, & que le pere y puiſſe impoſer une condition qui même ſeroit fâcheuſe aux freres. C'eſt parce qu'il ſe pourroit faire que l'un d'eux étant dans la volonté d'avantager la ſœur, elle s'en trouveroit excluſe contre l'intention du frere. Que ſi l'on objecte qu'il n'a pas les mains liées, & qu'il peut diſpoſer de ſes acquêts au profit de cette ſœur, nous répondons que toutes les coutumes n'en donnent pas le pouvoir entier; par exemple, que la coutume d'Auvergne ne permet de teſter que d'un quart des biens de quelque part qu'ils procedent. Mais quoique le frere puiſſe diſpoſer de tous ſes acquêts, ne ſe peut-il pas faire qu'il ſoit prévenu de mort, ou que quelque autre obſtacle l'empêche de diſpoſer?

D'où s'enſuit que ce ſeroit donner à un frere des héritiers contre ſon gré, ainſi que raiſonne fort bien le docte préſident de Chambery, *Antonius Faber*, *decade* 14, *cap.* 2, *de errorib. Pragmatic.* où il condamne d'erreur ceux qui veulent comprendre dans une renonciation la ſucceſſion d'un frere abſent, & qui par conſéquent n'y prête pas ſon conſentement.

Il faut donc conclure que le pere qui fait renoncer ſa fille à la ſucceſſion des freres, ne le peut que pour les biens qui doivent procéder de lui, & que même il ne ſonge pas aux autres.

C'eſt tout ce que la juriſprudence Romaine plus hardie que la nôtre, a pû introduire en faveur du pere à l'égard de ſes enfans qui ſont en bas âge. Etant iceux impuberes, la loi permet bien au pere de teſter pour eux, & non-ſeulement pour les biens qu'il leur laiſſe, mais encore pour ceux qu'ils peuvent avoir d'ailleurs. Ce pouvoir n'eſt pas pourtant indéfini, il a un tems limité & il ceſſe après la puberté. Il ne peut plus ſervir de bride aux enfans, lorſqu'ils ſont capables de diſpoſer, & quoiqu'ils n'y dérogent pas, & meurent ſans diſpoſer, le ſeul âge fait évanouir la ſubſtitution pupillaire. Que ſi les coutumes ont rejetté ce pouvoir de ſubſtituer pupillairement à un enfant impubere, même pour les biens qui viennent du pere, ſi elles ont jugé que c'étoit un pouvoir trop grand & exorbitant, quoique limité pour un tems ſeulement, quelle apparence qu'elles ayent entendu approuver, qu'un pere puiſſe diſpoſer pour ſes enfans majeurs, même de leur vivant, & pour les biens qui ne viennent pas de lui.

Néanmoins pour ne rien obmettre qui puiſſe ſervir à la déciſion de notre queſtion, nous voulons demeurer d'accord, que le même Faber que nous avons déja cité, ſemble ſe rétracter en ſon code. C'eſt au livre ſecond, titre 3, definition 9, où il dit avoir été jugé par arrêt de ſon ſénat, que la ſtipulation du pere profite aux enfans mâles, quoiqu'ils n'ayent pas été preſens, ni rien contribué à la dot; parce que, dit-il, il doit être permis au pere d'impoſer telle loi qu'il veut à la dot qu'il conſtitue, & qu'il eſt cenſé prendre *optimum conſilium pro liberis*, ainſi qu'il eſt dit *in leg. ultima Cod. de curat. furioſi.* Mais au lieu qu'en ſon code, il ſuit l'uſage, & parle ſelon le ſentiment des autres, c'eſt ſelon ſon ſens qu'il parle au traité qu'il a fait, *de erroribus Pragmatic.* & c'eſt-là qu'il fait valoir ſa doctrine & ſon jugement. Outre qu'au préjugé qu'il rapporte, il ne paroît pas ſi c'eſt pour les biens qui venoient du pere, ou ſi les freres en avoient acquis d'autres. 8

Nous ajouterons que le ſieur Brodeau ſur monſieur Loüet en la lettre R. nombre 17, dit que quand une 9
fille a renoncé aux ſucceſſions directes & collaterales à écheoir, elle eſt excluſe, même des biens échus au fils d'une ſœur pour la ſucceſſion de ſon pere, quoiqu'ils ne procedent pas des pere & mere qui ont ſtipulé la renonciation; parce que, dit-il, ce n'eſt qu'un ſeul patrimoine, quoique compoſé de diverſes natures de biens, & réduit en une ſeule maſſe. Ce qu'il aſſure avoir été jugé par pluſieurs arrêts du parlement de Paris, même en Angoumois, où l'uſage étoit auparavant contraire. Pour l'uſage & les préjugés qu'on ne cote point, nous nous en rapportons à ceux qui en ont plus de connoiſſance; mais ſauf le reſpect qu'on doit à cet auteur, qui a ſi bien mérité du public, nous n'eſtimons pas que ſa raiſon ſoit conſidérable.

Il eſt vrai qu'en la loi, *ſed ſi plures*, § *filio impuberi*, *ff. de vulgari & pupill. ſubſtit.* le ſubſtitué ne peut 10
pas ſéparer l'hérédité du pere de celle du fils, *juncta enim hæreditas*, *cœpit eſſe*, dit la loi. Mais outre que c'eſt un paſſe-droit introduit en faveur de la ſubſtitution pupillaire, il faut remarquer que le Droit Romain confond tous les biens en une même perſonne, & n'en fait qu'un ſeul patrimoine, *unius enim duo patrimonia non videntur*, dit le juriſconſulte, *in leg.* 30, § *ultimo*, *ff. de excuſat. tutor.* C'eſt pour ce ſujet que les biens du pere paſſant au fils, la loi ne les conſidére plus comme paternels, *ex quo fraterna facta ſunt deſierunt eſſe paterna*, *quia mutatione perſonæ mutatur*

BIU Cujas

conditio bonorum, lege per curatorem, § 1, *ff. de acquir. hæredit.* Mais il n'en eſt pas de même du droit François, & de la diſpoſition de nos coutumes. Comme elles établiſſent une diverſité de biens, & diſtinguent les propres d'avec les meubles & les acquêts, & même les propres d'avec les propres, elles font auſſi pluſieurs héritiers, & d'une ſeule ſucceſſion en font deux ou trois ſucceſſions diverſes. C'eſt à cauſe qu'elles regardent la ſource des biens, qu'elles s'attachent à l'origine, & qu'elles veulent que le principe duquel les héritages viennent, leur imprime une marque intrinſeque, & un caractere ineffaçable, qui les faſſe retourner à leur ſource. De ſorte que chaque héritage ſuit ſa ligne, & que ſi l'un emporte les meubles, & un autre les acquêts, les propres feront deux branches.

Il ne faut donc pas trouver étrange que la renonciation ſubſiſtant pour les biens du pere, quoique paſſés en la perſonne du fils, elle ne puiſſe pas s'étendre aux autres biens que ce même fils a acquis. C'eſt parce qu'en effet, ils conſtituent une ſucceſſion diverſe, & que notre droit François, qui les conſidere diverſement, les diſtingue & les ſépare. Outre qu'il nous ſemble, que c'eſt mal argumenter, que de dire, que puiſque la loi Romaine confond les biens, la renonciation les doit confondre. Car cette renonciation ne ſe peut pas régler par le droit Romain, puiſqu'il condamne abſolument la renonciation à la ſucceſſion d'une perſonne vivante, ſans ſa préſence, & ſans ſon conſentement. Ainſi s'il eſt véritable que par le droit Romain il n'y ait qu'une hérédité du frere, & que tous les biens, *in unum confunduntur patrimonium*, il eſt de même véritable qu'on ne peut renoncer à la ſucceſſion de ce frere, s'il n'eſt préſent & conſentant. Mais au contraire, comme le droit François a établi diverſes ſortes de biens en la perſonne du frere, & qu'il en fait diverſes ſucceſſions, auſſi permet-il qu'à l'inſçû de ce frere, & ſans ſon conſentement, on puiſſe renoncer à ſa ſucceſſion pour les biens qu'il doit recueillir du pere, en un tems auquel le pere en eſt encore le maître, & y peut mettre la loi que bon lui ſemble, avant qu'il paſſe au fils.

11 Voilà pour la queſtion générale, & en attendant que l'arrêt qui interviendra en faſſe la déciſion, le lecteur ſe contentera de l'arrêt de l'an mil cinq cent ſoixante-neuf, & du plaidoyer de M. Talon, afin qu'il y prenne ſes meſures. Mais il faut avant, qu'il obſerve une circonſtance, qui peut-être empêchera que l'arrêt qui doit intervenir, ne ſerve de préjugé pour la theſe. C'eſt que les articles de mariage portent ſur la fin, que les parties ſe régleront, moitié par la coutume, moitié par le droit écrit. Ces termes font voir qu'elle n'ont pas entendu ſe ſoumettre entiérement aux regles de la coutume, ni y déroger pour le tout. Cette clauſe étant générale, elle comprend tout, & auſſi-bien la renonciation, que les autres conventions. De ſorte qu'il ſemble neceſſaire de joindre & d'ajuſter l'une & l'autre diſpoſition, afin que la coutume y conſervant quelque partie de ſes regles, le droit écrit y ait auſſi quelque partie. Et c'eſt pourquoi, ſuppoſé que le droit Romain rejette entiérement la renonciation à la ſucceſſion future des freres, qui ne ſont préſens & conſentans, il y auroit lieu de la rejetter pour les biens qu'ils ont acquis, & qui procedent d'ailleurs que du pere, & au contraire faire valoir la même renonciation pour les biens provenus du pere, & qui ſont encore cenſés paternels, pour donner quelque choſe à la coutume. Ainſi, & le droit Romain & la coutume entreroient en partage, & conſerveroient leurs droits.

Ou bien l'on peut inférer de la même clauſe, que puiſqu'elle ne peut pas être inutile, la renonciation ſe doit régler diverſement, & que ſi elle doit avoir pour une partie autant de force & d'étendue qu'elle en peut avoir par la coutume d'Auvergne, elle doit auſſi demeurer reſtrainte pour l'autre partie, ſelon les maximes, qui pour ce regard s'obſervent à préſent en pays de droit écrit. D'où s'enſuit que la ſucceſſion dont eſt queſtion, ſeroit par ce moyen diviſible, ainſi que la renonciation; & que la ſœur ou la fille qui la repréſente n'en pourroit être entiérement excluſe: que la renonciation ne pouvant s'étendre à la moitié qui ſuit les regles du droit écrit, cette moitié ſe doit partager entre l'oncle & la niéce, en comprenant en ce cas dans la ſucceſſion, auſſi-bien les propres, que les acquêts.

En quoi l'on n'eſtime pas qu'il y ait de la répugnan- 12
ce; car comme les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes conventions, & qu'on peut déroger aux coutumes pour une partie, & s'y aſſujettir pour l'autre, on peut auſſi étendre ou reſtraindre les renonciations & l'excluſion qu'elles operent; en un mot, réſerver aux filles le droit de ſuccéder pour quelque portion. En effet, la même coutume d'Auvergne, aux articles 27 & 28 du titre des ſucceſſions, permet aux peres & meres, & encore aux parens collatéraux, de réſerver aux filles qu'ils marient, le droit de leur ſuccéder en tout ou en partie. De ſorte qu'on peut dire, que déroger à la coutume pour quelque partie, eſt une réſerve tacite pour partie des ſucceſſions directes ou collatérales, & qu'en ce cas *tantum operatur tacitum, quantum expreſſum.*

On peut ajouter que les arrêts, même celui du 24 mai 1636, ayant jugé que chaque coutume n'a de pouvoir que dans ſes bornes; & par conſéquent que la renonciation d'une fille, & ſon excluſion n'a pas lieu pour les biens qui ſont hors l'étendue de cette coutume; il s'en tire une conſéquence, qui établit notre diviſion. Car ce fondement ſuppoſé, on peut dire qu'ayant été ſtipulé que les articles de mariage, & par conſéquent la renonciation qui en fait une partie, ſe régiroient moitié par la coutume, & moitié par le droit écrit, on a par-là entendu que les biens & droits ſucceſſifs qui pourroient tomber ſous cette renonciation, ſeroient cenſés acquis moitié dans la coutume, & moitié dans le pays de droit écrit. Ainſi la fille ſeroit excluſe pour une moitié, & pour l'autre elle la partageroit, comme ſe devant cette moitié régir & régler par l'uſage du pays du droit écrit. Quoique ce ſentiment ſoit appuyé ſur la clauſe des articles, & qu'il ſemble d'autant plus juſte, que chacun y trouveroient à-peu-près ſon compte, pourtant nous ſommes obligés d'avouer, que ni le conſeil dudit ſieur Guerin, ni monſieur l'avocat général n'en ont rien dit, & n'ont point touché cette ſoumiſſion partagée au droit & à la coutume.

Au reſte pour établir qu'on peut déroger aux cou- 13
tumes par un contrat de mariage, en ce qui ne bleſſe point le droit public ou les bonnes mœurs, & ne va point au préjudice d'un tiers, on peut alléguer la loi 19, *Cod. de locato, ibi niſi aliter conventum ſit contra conſuetudinem regionis*, & encore la gloſe ſur la loi premiere, *in verbo vir uxori Codice ne fidejuſſor. dotium dentur.* Voyez les articles 171 & 330 de la coutume de Normandie, & Beraud, ſur leſdits articles.

Extrait des regiſtres du parlement.

Entre meſſire Jacques du Belay, chevalier de 14
l'ordre, ſeigneur dudit lieu, demandeur, tant en matiere de partage, que de ſupplément d'icelui, d'une part. Et meſſire Antoine, comte de Cruſſol, auſſi chevalier de l'ordre, & dame Louiſe de Clermont, à préſent ſa femme, & auparavant de meſſire François du Belay, comte de Tonnere, ayant repris le procès au lieu & pour les droits que ladite de Clermont pré-

BIU Cujas

tendoit lui être avenus par le décès de feu Henry du Belai ſon fils, d'autre. Et encore entre dame Françoiſe du Bouchet, femme autoriſée par juſtice, au refus de meſſire Artus de Coſſé, chevalier de l'ordre & maréchal de France, ſon mari, demandereſſe en matiere de partage, pour raiſon des biens aſſis au pays & duché d'Anjou, des ſucceſſions collaterales de feu Gilles du Belay, & de ſes autres freres & ſœurs, enfans de feu meſſire René du Belay, & dame marquiſe de Laval, d'une part; & ledit meſſire Jacques du Belay, & ledit de Cruſſol, & de Clermont ſa femme reſpectivement, défendeurs, d'autre. Et encore leſdits de Coſſé & du Bouchet ſa fille aînée, & principale héritiere de feue damoiſelle Jeanne du Belay, & Charles Turpin, ſieur de Criſſé, & baron de Cocheres, René Deſpinay, ſieur de Segré & de ſaint Merſan ſur Loire, damoiſelle René Turpin ſa femme, héritiere de Catherine du Belay, demandeurs en lettres royaux, en forme de bénéfice d'inventaire, & complaignans en cas de ſaiſine de nouvelleté, pour raiſon de la ſucceſſion dudit feu Henry du Bellay, d'une part, & ledit meſſire Jacques du Bellay, défendeurs, d'autre. Vu par la cour les procès par écrit, couclu & reçu pour juger par icelle: Productions deſdites parties, contredits, ſalvations à icelles, lettres royaux & requêtes reſpectivement par elles préſentées: Arrêts intervenus ſur ledit procès, l'un du 30 jour de mars 1559, par lequel, après avoir fait droit ſur la maintenue des biens de la ſucceſſion dudit feu Henry, ſitué audit pays de Poitou, auroit été ordonné auparavant que faire droit ſur les biens ſitués au pays d'Anjou & du Maine, qu'il ſera informé d'office ſur aucuns faits, extraits du procès le 2 & 10 avril audit an 1559, par lequel, après avoir fait droit ſur pluſieurs différends des parties, ladite du Bouchet déboutée des ſucceſſions collaterales, pour le regard des biens ſitués en Poitou, ou Xaintonge, auroit été réſervée à faire droit ſur les biens deſd. ſucceſſions ſituées en Anjou, après l'exécution du préſent arrêt, les enquêtes faites & turbes, & d'office par certains commiſſaires à ce commis, par elles reçues pour juger; arrêt du 17 juillet 1558, par lequel ſans avoir égard aux moyens de nullité propoſés par ledit du Belay, auroit été ordonné que leſd. enquêtes demeureroient aux procès, pour y avoir tel égard que de raiſon: Arrêt du premier juillet & pénultiéme août 1568, touchant la vérification des ſeings de Tixerant, adjoint à la confection des parties deſd. enquêtes en turbe: Enquêtes ſur ladite vérification des ſeings, reçue pour juger: Autre arrêt du quatrieme avril dernier. Le procureur général du roi, & les procureurs des parties ſur ce ouis, tant ſur la ſurſéance du jugement deſdits procès, requiſe par leſdits ſieurs du Belay, que lettres patentes du roi du huitieme mars dernier: Arrêt du 7 mars 1567, & 5 mai 1568, contenant jonction deſd. procès, & renvoi d'iceux en la premiere chambre des enquêtes: forcluſion de lad. du Bouchet contre lad. du Belay, de ſatisfaire audit arrêt: Requête dudit de Cruſſol, à fin de ſurſéance du jugement du procès pour ſon regard, attendu qu'il étoit aux guerres, la requête miſe au ſac par ordonnance d'icelle: Arrêt du dix-huitieme jour de mai dernier, par lequel auroit été ordonné que leſd. parties produiroient ou bailleroient contredits dans huitaine, & ſeroient vûs, autrement ce tems paſſé, ſeroit procédé au jugement deſd. procès, conjointement ou ſéparément, ainſi que de raiſon, & tout ce qui par leſd. parties a été mis & produit, vû & diligemment examiné: Il ſera dit qu'il ſera procédé ſéparément au jugement deſd. procès, entre leſd. du Bouchet, Turpin, & Segré & ſa femme, reſpectivement demandeurs, contre leſd. Jacques du Belay, Cruſſol & ſa femme, auſſi reſpectivement défendeurs, avec l'autre procès d'entre ledit du Belay, demandeur, contre leſd. de Cruſſol & ſa femme defendeurs; & ce faiſant en tant que touche le demande de lad. du Bouchet, pour raiſon des biens ſitués au pays d'Anjou, des ſucceſſions de feu Gilles du Belay, & ſes autres freres & ſœurs, leſquels biens auroient appartenu auſd. feu René du Belay, & marquiſe de Laval ſa femme leur pere & mere, & ſans avoir égard auſd. lettres royaux du 26 février 1559, que lad. cour a débouté lad. du Bouchet de ſes demandes & concluſions pour ce regard. Et quant aux autres biens qui auroient appartenu auſd. Gilles & à ſes freres & ſœurs, a ordonné & ordonne, qu'à lad. du Bouchet ſera baillé ſa juſte part & portion, ſelon la coutume des lieux, & condamné ledit du Belay lui en rendre les fruits & émolumens d'iceux & depuis le décès, tant dudit Gilles, que de chacuns de ſeſdits freres & ſœurs, & faiſant droit ſur l'inſtance poſſeſſoire, pour raiſon de la ſucceſſin dudit feu Henry du Belay, a maintenu & maintient ledit de Coſſé, ſa femme Turpin, Segré & ſa femme, demandeurs à ſoi dire & porter reſpectivement héritiers par bénéfice d'invantaire dudit feu Henry du Belay, pour les parts & portions à eux contingentes, ſelon la coutume des pays d'Anjou & du Maine, en poſſeſſion de prendre & recevoir leſd. parts & portions, & condamné leſd. du Belay, défendeurs, à leur en rendre & reſtituer les fruits d'iceux, & depuis le décès dudit Henry, ſans aucuns dommages & intérêts, à la charge de payer par leſd. demandeurs les dettes de lad. ſucceſſion, chacun pour leur part & portion, ſelon qu'ils y ſont tenus de droit & de coutume, & outre condmané ledit du Belay à faire actuelle délivrance à part & devis auſd. de Coſſé & ſa femme, Turpin, Segré, & ſa femme des parts & portions contingentes, à chacun d'eux, ès ſucceſſions ci-deſſus adjugées; & ce dans ſix mois après la prononciation du préſent arrêt, pour tout délai; autrement & à faute de ce faire dedans ledit tems, dès à preſent, comme pour lors, condamne ledit du Belay bailler par proviſion par chacun an; c'eſt à ſçavoir à lad. du Bouchet, la ſomme de huit cent livres pariſis, & auſd. Turpin, Segré, & ſa femme, la ſomme de ſix cent livres pariſis, leſquelles ſommes ſeront les premieres déduites & rabattues ſur la reſtitution des fruits ci-deſſus adjugés, & ſauf à faire plus ample proviſion, s'il y échet; dépens deſd. inſtances, & autres reſervés par leſd. arrêts des 30 mars & 10 avril 1559, compenſés pour ce regard, & pour cauſe. Fait en parlement, le 2 juillet 1569.

Arrêt d'appointé au conſeil ſur les plaidoyers des parties, dans lequel eſt inſéré celui des gens du roi, du 29 mars 1650.

Entre Salomon Ardier, écuyer, ſieur de Prevalon & de Boiſſat, appellant des ordonnances apoſées au bas des deux requêtes preſentées, tant au lieutenant général de Dijon, qu'au lieutenant civil du châtelet de Paris par l'intimé ci-après nommé le 16 & 26 juillet 1642, portant permiſſion de ſaiſir, ſaiſie faite en conſéquence des biens & effets de la ſucceſſion de feu Pierre Ardie, ſieur de Boiſſat, étant tant en cette ville de Paris, qu'en la ville de Dijon, enſemble de deux appointemens & ordonnances dudit lieutenant général de Dijon, des 7, 21 & 26 audit an. 1647, & de ce qui s'en eſt enſuivi, & demandeur en requêtes par lui preſentée à la cour le 7 ſeptembre 1649, tendant à fin d'évocation du principal d'entr'elles, & y faiſant droit, qu'il ſera maintenu & gardé 15

BIU Cujas

en la poſſeſſion & jouiſſance de tous les biens delaiſſés par le decès dudit défunt Pierre Ardier, avec défenſes audit intimé de le troubler, à peine de tous dépens, dommages & intérêts d'une part; maître Jean Guerin ancien préſident en l'élection d'Iſſoire, au nom de pere & légitime adminiſtrateur de damoiſelle Anne Guerin ſa fille, & de défunte damoiſelle Suſanne Ardier ſa femme, ladite damoiſelle Anne Guerin, niece dudit appellant; intimé & défendeur, d'autre, ſans que les qualités puiſſent nuire ni préjudicier aux parties: après que Langlois, pour l'appellant & demandeur, & Pucelle, pour l'intimé & défendeur, ont été ouis ſur l'appel, enſemble leſdits Langlois & Pucelle, en répliques, Talon, pour le procureur général du roi, a dit que la déciſion de la cauſe ne dépend pas des maximes de la juriſprudence romaine, laquelle a reprouvé les renonciations aux ſucceſſions à échéoir; comme auſſi eſt inutile la queſtion du domicile pour ſavoir en quelle coutume le défunt, des biens duquel il s'agit, doit être réputé avoir été domicilié, ſoit à Paris, ſoit en Bourgogne; mais il s'agit ſeulement de l'exécution des termes portés par le contrat de mariage de défunte Suſanne Ardier, laquelle a renoncé aux ſucceſſions de pere & mere, & aux ſucceſſions fraternelles & autres directes, en faveur de ſes pere & mere & des deſcendans mâles d'iceux. Or, l'un des freres étant décédé, l'autre qui eſt ſurvivant, prétend que la ſucceſſion entiere lui appartient à l'excluſion de ſa niece, laquelle n'y peut rien prétendre, à cauſe de la renonciation de la mere, qui eſt, par les termes de ce contrat de mariage, forcloſe de rien prétendre en ſa ſucceſſion, contre laquelle prétention la niece ſe défend par trois raiſons principales. La premiere, qu'elle demande la ſucceſſion de ſon oncle de ſon chef, en qualité d'héritiere légitime par la loi, non par la tranſmiſſion de la perſonne de ſa mere, mais par le droit de repréſentation qui lui eſt acquiſe de ſon chef, qui eſt la différence établie par maître Charles du Moulin, ſur la coutume de Paris, que ceux qui ſuccedent en vertu du droit d'autrui, ne ſont pas héritiers immédiats; mais ceux qui ſuccedent de leur chef, en vertu d'un droit que la loi a établi à leur avantage, quoiqu'ils y viennent par repréſentation, ils ne ſont pas reſponſables des différends, des vices, des promeſſes & obligations de la perſonne répréſentée; en telle ſorte, qu'un petit-fils, quoique ſon pere ſoit déshérité, quoique par la mort civile, il ſoit incapable de ſuccéder, peut venir de ſon chef à la ſucceſſion de ſon aïeul, quoique ſon pere en eût été incapable; ainſi une niece vient à la ſucceſſion de ſes oncles, quand ſa mere eſt décédée de ſon chef propre, en vertu d'une repréſentation légale qui l'établit dans la place & dans le degré de ſa mere. Elle ajoûte pour ſecond moyen, que par les termes du contrat, qui portent la renonciation, on ne la peut priver de l'eſpérance des biens de la famille de ſes pere & mere: qu'ils ont introduit une ſubſtitution au profit des enfans mâles, & même une ſubſtitution mutuelle & réciproque entre les freres; parce que le pere commun des parties a été le maître de ſes biens & en a pu diſpoſer, principalement ayant doré ſa fille, laquelle il a pu exclure des reſtes de ſa ſucceſſion, en telle ſorte qu'elle ne puiſſe prétendre à l'hérédité paternelle & maternelle; mais le pere n'a pu diſpoſer des biens ni de la ſucceſſion de ſes enfans, des choſes qu'ils ont acquiſes par leur induſtrie, & deſquelles il n'a jamais été propriétaire. C'eſt la grande maxime de droit, que perſonne ne peut gréver ſon héritier de reſtituer plus grande ſomme que celle qu'il laiſſe dans la ſucceſſion. Et de fait la diſpoſition canonique qui autoriſe les renonciations de cette qualité, au chapitre *quamvis de pact. in* 6, approuve les renonciations des filles, quoique contraires au droit civil, en telle ſorte qu'elles ne puiſſent avoir aucun regret à la ſucceſſion paternelle; ainſi, en la loi *ex facto ff. ad Trebellianum*, celui qui prie *Mævius* de faire *Titius* ſon héritier, ſa diſpoſition n'eſt pas obligatoire, ſinon juſqu'à la concurrence de ce qu'il a reçu de ſa ſucceſſion. Et de fait, maître Charles du Moulin, en ſon conſeil 15, nombre 19, ayant traité cette queſtion ſur la clauſe du contrat de mariage, dans lequel une mere avoit renoncé à la ſucceſſion future de ſes freres; il ſoutient que cela ne doit avoir lieu que pour les biens des enfans qu'ils ont recueilli de la ſucceſſion de leur pere; mais ſi les mêmes enfans acquierent quelque choſe de leur chef, cela ne peut être compris dans la renonciation ſtipulée par le contrat de mariage; de ſorte qu'en ce cas il faut faire ſéparation des biens; diſtinguer les propres d'avec les acquêts, pour ne pas donner à une renonciation plus de droit qu'elle en peut avoir, & ne s'étendre qu'aux biens deſquels il a été penſé lorſque le contrat a été fait. C'eſt la penſée de tous les docteurs qui ont traité cette queſtion, & des arrêts intervenus en cas ſemblables, & notamment celui du mois de juillet 1569, rendu en la famille du Belay, qui a jugé la queſtion en termes précis, & cela fondé ſur une autre penſée générale; ſçavoir eſt, que les ſtipulations des contrats n'ont jamais lieu qu'à l'égard des perſonnes contractantes, & non pas à l'égard des abſens, auſquels une diſpoſition de cette qualité ne peut nuire ni préjudicier, ſoit à leurs perſonnes, ſoit à leurs biens. Par exemple, ſi la dot ayant été donnée à Suſanne Ardier, elle eût conſom la meilleure partie de la ſucceſſion paternelle, ſi ce pere fût tombé en néceſſité, & que mourant, il n'eût point laiſſé de biens, les freres euſſent voulu demander la légitime ſur celui qui avoit été donné à leur ſœur en mariage, & euſſent ſoutenu que la renonciation portée par icelui ne leur eût point fait de préjudice, parce qu'ils n'y avoient point été préſens, & qu'ils n'étoient préſens ni acceptans à ce contrat de mariage. Par même conſidération, ce contrat ne peut faire préjudice à la fille qui a renoncé, à laquelle pere ne peut donner autre excluſion, ſinon, de ne pouvoir rien prendre à la ſucceſſion de ſes pere & mere, ſoit par le décès de ſes freres, leſquels ſont cenſés par ce moyen être reſpectivement ſubſtitués les uns aux autres dans les biens paternels & maternels; mais ſi les mêmes freres ont fait quelques acquiſitions d'autres biens, la fille n'en peut pas être privée, puiſque toutes ſortes de conjectures & de préſomptions conſiſtent à faire croire que le pere n'ait pû ni voulu diſpoſer d'autre choſe que des biens qui lui appartiennent. A ces moyens les parties adverſes repliquent & ſoutiennent qu'une cauſe de cette qualité doit être terminée par les maximes de la juriſprudence françoiſe, en laquelle autrefois les filles ne ſuccédoient point avec les mâles, principalement quand elles avoient été colloquées en mariage, & par la dot qui leur avoit été donnée, elles avoient paſſé dans une famille étrangere, dont nous avons encore des veſtiges dans pluſieurs coutumes du royaume, & principalement dans celle d'Auvergne qui eſt le pays auquel le contrat de mariage a été paſſé, qui témoigne que tel eſt l'uſage de la province; & que le contrat de mariage dont eſt queſtion eſt conforme au droit commun dudit pays. Mais puiſque les mœurs des anciens François ſe ſont adoucies, & que les filles ſont entrées en partage avec leurs freres, les docteurs ont inventé les renonciations dans les contrats de mariage: par le moyen deſquelles les filles ayant été appanées & mariées, elles ſont excluſes de la ſucceſſion à laquelle elles avoient renoncé, ſont préſumées avoir vendu les biens & la ſucceſſion à laquelle elles avoient

BIU Cujas

renoncé, tant pour elles que pour leurs enfans, parce qu'il y a grande différence entre les diſpoſitions pénales de la loi, leſquelles ſont de droit étroit, pleines de rigueur; & ne ſouffrent point d'extenſion, & les diſpoſitions contractuelles des hommes, leſquelles doivent être exécutées de bonne foi, dans toute leur latitude & étendue raiſonnable, comme en particulier dans cette cauſe, Suſanne Ardier ayant renoncé par ſon contrat de mariage, ſa fille étant née dans l'exécution, & la vérité du contrat qui n'a été fait qu'à cette condition, la renonciation regarde non-ſeulement celle qui l'a faite, mais même ceux qui ſont iſſus & deſcendus du mariage. Mais principalement la renonciation étant faite au profit des mâles, lequel privilége eſt capable d'introduire la préſomption d'une ſubſtitution dans une famille, parce que les peres ont amitié naturelle pour leurs ſucceſſeurs légitimes, pour perpétuer leurs noms, & revivre en leurs enfans une eſpece de fantaiſie & d'imagination d'immortalité : ce qui ſe rencontre non-ſeulement dans les grandes familles, mais même dans les hommes de condition médiocre; de ſorte que Suſanne Ardier, qui a renoncé, l'ayant fait non-ſeulement aux ſucceſſions directes de pere & mere, mais même aux ſucceſſions fraternelles, & ayant marqué que ce n'étoit pas ſeulement au profit de ſes pere & mere; c'eſt une affection qui juſtifie que cette renonciation eſt générale, conçue en termes univerſels, dans leſquels on a compris tous les cas qui pourroient arriver, ſelon la penſée de *Boerius*, en ſa déciſion 147, 11, 12 & 13. Et tout ainſi que dans la vente d'une hérédité, le vendeur ne ſe peut retenir aucune choſe directement ni indirectement; ainſi celui qui renonce à toutes ſucceſſions de pere & de mere, même aux fraternelles, l'on prétend qu'il l'a fait ſans réſerve, ſans limitation & ſans équivoque, parce que les termes des contrats doivent être interprétés ſelon leurs ſignifications naturelles & ordinaires : en telle ſorte que celui qui renonce à la ſucceſſion fraternelle n'eſt pas préſumé avoir de retention mentale, pour diſtinguer la qualité de ſes ſucceſſions, & faire ſéparation des biens paternels, d'avec ceux qui procedent d'acquiſitions. Et quant à ce que l'on a dit que les freres n'étoient point préſens au contrat de mariage, qu'ils n'y ſont point ſtipulans ni acceptans, cette propoſition ſemble être de petite conſéquence, parce que la piece & la prévoyance d'un pere qui diſpoſe dans ſa famille, comprend les intérêts de tous ſes enfans nés & à naître, principalement dans un contrat de mariage, lequel eſt ſuſceptible de toutes ſortes de clauſes entre-vifs & à cauſe de mort, dans lequel, lorſqu'un pere ſe dépouille pour marier ſa fille de ſon vivant, qu'il lui donne le plus beau & le plus net de ſon bien, par le moyen des deniers comptans, il peut ſtipuler telle & telle clauſe que bon lui ſemble pour l'avantage de ſa fille, & ce, principalement dans l'eſpece particuliere de cette affaire, en laquelle la renonciation eſt faite, non-ſeulement au profit du pere & de la mere, mais même au profit des enfans mâles qui deſcendront du pere & de la mere : en telle ſorte, que ſi le pere vivoit à préſent, il ſeroit ſans difficulté héritier de la ſucceſſion de ſon fils, à l'excluſion de ſa fille & des enfans de ſa fille, même quand ſon fils ſeroit décédé en pays de droit écrit, où la ſucceſſion eſt déférée à un pere & aux freres, coujointement. Or ce que le pere a ſtipulé pour lui, il l'a ſtipulé pareillement pour ſes enfans mâles, leſquels, en toutes ſortes de cas, ſont préférables à la fille qui a renoncé; laquelle, bien qu'elle y vienne de ſon chef, & en vertu de la repréſentation, qui eſt un droit de la loi, néanmoins elle entre en la place & au degré de ſa mere, & ne peut pas prendre plus de droit qu'elle, ſi elle étoit vivante. C'eſt la doctrine de maître Charles du Moulin, en ſon apoſtille ſur la coutume de Montargis, en l'article qui porte que la repréſentation n'a point de lieu en ligne collatérale, ſinon du conſentement de ceux qui y ont intérêt : mais au cas qu'ils y ayent conſenti, maître Charles du Moulin ſoutient que ce conſentement eſt obligatoire à l'égard d'iceux héritiers, *ſi hæredes eorum qui conſenſerunt poſtea præmoriuntur, ligantur pacto.* Si bien qu'il reſte de ſatisfaire à deux objections; l'une regarde les termes de la renonciation, qui porte ſucceſſion de pere & mere, & ſucceſſions fraternelles, & autres directes; par le moyen deſquels termes, on prétend que l'intention de ceux qui ont renoncé n'a été qu'à l'égard des ſucceſſions directes ſeulement; mais il eſt aiſé de connoître que c'eſt un ſtyle de notaire, parce que ces renonciations ordinaires, qui ſont faites aux ſucceſſions de pere & mere, ayant accoutumé d'y ajoûter, & autres directes, parce que l'on a ſtipulé en ce contrat une renonciation préciſe aux ſucceſſions fraternelles, les notaires n'ont pas laiſſé d'y ajoûter ces mots, & autres directes, parce que tel eſt leur ſtyle & leur uſage ordinaire. La ſeconde difficulté regarde la diſpoſition des arrêts, principalement celui de l'an 1569, & l'autorité des docteurs qui en ont écrit, leſquels ſemblent avoir incliné à cette juriſprudence moyenne de faire ſéparation des biens, & de comprendre dans la renonciation tout ce qui a appartenu au pere, & ce qui eſt échu à ſes enfans par ſa ſucceſſion. Mais à l'égard des acquiſitions faites par les freres, cela ne peut être compris en la renonciation, parce que le pere n'en a pu diſpoſer : pour ſatisfaire à ce moyen, il faut faire cette réflexion en notre juriſprudence françoiſe, que depuis que nos coutumes ont été rédigées par écrit, & qu'elles ont été différentes, même ſur ce ſujet, les opinions des docteurs ont été pareillement diverſes, & ſe ſont excitées pluſieurs queſtions, ſur leſquelles, ni leurs avis ni les arrêts n'ont pas été d'accord. Par exemple, s'il faut faire différence entre le droit écrit, & le pays coutumier; entre les coutumes qui les autoriſent, & celles qui n'en parlent point; entre les renonciations directes & collatérales, à l'égard de ceux, leſquels étoient préſens ou abſens au contrat de mariage. Sur toutes leſquelles queſtions il y a eu différentes réſolutions des docteurs, & différens arrêts rendus dans les parlemens : Par exemple, en l'année 1557, on a jugé qu'une renonciation faite à une ſuccceſſion fraternelle étoit inutile ſi le frere étoit abſent, & par l'arrêt de l'an 569, on a cru qu'il falloit faire ſéparation des biens, & tout cela fondé ſur les maximes de droit écrit & ſur les argumens qui étoient tirés de la juriſprudence romaine. Mais depuis, par les arrêts prononcés en robes rouges en ce parlement, les renonciations ont été autoriſées & eſtimées favorables, en telle ſorte qu'une fille renonçant à la ſucceſſion de ſon pere, a été jugée incapable de pouvoir rien prétendre à la ſucceſſion de ſon ayeul, quoique ſon pere fût prédécédé, & qu'elle fût appellée à cette ſucceſſion de ſon chef, & qu'il fût vrai de dire que les biens de l'ayeul n'euſſent jamais fait portion de la ſucceſſion du pere, à laquelle elle avoit renoncé. Depuis ce tems, ces renonciations des filles ont été eſtimées favorables & ſuſceptibles de toute ſorte d'extenſion raiſonnable, comme un moyen de conſerver les familles, une vente d'hérédité en retabliſſement de l'ancien droit des Gaulois, par lequel les filles, ſitôt qu'elles ſont dotées & mariées, ſont préſumées être étrangeres en la famille de leur pere, & être adoptées en la maiſon de leurs maris; de ſorte que l'arrêt du Bellay, qui eſt le ſeul qui peut avoir jugé cette queſtion, ne doit pas être conſidérable ſelon nos mœurs d'à préſent, & ne peut pas avoir lieu dans une ſucceſſion collatérale, puiſqu'il ne l'auroit pas en une di-

BIU Cujas

recte, & qu'en effet l'opinion des docteurs, lesquels ont introduit cette distinction, & qui ont pu donner lieu à l'arrêt de l'an mil cinq cent soixante-neuf, étant fondé sur les préjugés qui ont changé, l'on peut dire qu'ils sont contraires à nos mœurs & à la jurisprudence du tems présent, en telle sorte qu'ils estiment qu'il y a lieu de mettre les appellations, & ce évoquant le principal, & y faisant droit, maintenir & garder le frere seul en la succession dont est question. La cour, sur l'appel, a appointé les parties au conseil, a évoqué le principal, & sur icelui en droit, & joint. Fait en parlement le 23 mars 1650.

An, & quando pactum de successione viventis initum, cum tertio valeat, vide Joannis Belloni consilium 71.

OBSERVATIONS.

Si la renonciation générale des filles aux successions de leur pere & mere comprend les successions des freres & sœurs.

L'Auteur, dans cette question, examine si une fille qui a renoncé à la succession de ses pere & mere doit être exclusе de la succession de ses freres, quoiqu'ils n'ayent point été présens au contrat de mariage, ni consentans à la renonciation : sur cela il établit deux propositions.

La prémiere : que dans les pays de droit écrit, c'est une regle certaine, que quoique la renonciation faite par une fille dans son contrat de mariage, soit générale & expresse pour tous droits de pere & de mere, & encore des freres & sœurs, néanmoins elle n'est pas exclusе de la succession de ses freres & sœurs, si la renonciation n'a été faite en leur présence & de leur consentement.

La seconde : que dans les pays de coutume, l'on distingue en ce cas entre les propres & les acquêts. La fille qui a renoncé à toutes successions, même aux successions fraternelles, est exclusе des premieres, & non pas des secondes, qui ne font point partie des successions des pere & mere.

16 Ces deux maximes ont changé : aujourd'hui dans les pays de droit écrit du parlement de Paris, une semblable renonciation comprend tous les biens délaissés par les freres & sœurs, quoiqu'ils n'ayent pas été présens au contrat, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt du 3 avril 1635, rapporté par l'auteur dans ce tom. 2, liv. 4, quest. 118, & dans les pays de coutumes, l'on ne distingue plus entre les propres & les acquêts, suivant le plaidoyer de M. l'avocat général Talon, rapporté ici par l'auteur, & l'arrêt intervenu en conséquence, qui est rapporté par l'auteur à l'endroit ci-dessus cité. Ce même arrêt est rapporté par Dufresne, en son journal, liv. 6, chap. 3, & par Soefve, tom. 1, cent. 3, chap. 28.

Cette jurisprudence est à présent certaine, ainsi que le prouve fort bien M. le Brun, dans son traité des succeſſ. liv. 2, chap. 8, sect. 1, nomb. 20 & suivans.

17 Mais dans les parlemens de droit écrit, ces renonciations ne s'étendent point aux biens délaissés par les freres, Despeisses, tom. 2, pag. 400, n. 74; Chorier, sur Guy Pape, pag. 203, art. 3.

Si les mâles peuvent aussi renoncer au profit des autres mâles.

Ces sortes de renonciations ont été introduites pour la conservation des familles : ainsi il semble qu'elles ne devroient être faites qu'au profit des mâles; cependant elles peuvent
18 être faites au profit des filles. Il y a plus, les enfans mâles peuvent aussi renoncer au profit de leurs freres. Papon, dans ses arrêts, liv. 16, tit. 4, art. 11; du Moulin, dans sa note sur l'article 33 de la coutume de Berry, tit. 17; Brodeau, sur Loüet, lett. R, chap.
19 17, n. 8; Charondas, sur l'article 302 de la coutume de Paris, sur la fin; le Brun, dans l'endroit ci-dessus, nomb. 15.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'Ai dit dans ma premiere observation que les renonciations des mâles sont reçues même au profit des filles : il est vrai que cela est d'usage; mais cet usage est un abus, ainsi que M. Bouhier l'a très-bien remarqué & prouvé dans son commentaire sur la coutume de Bourgogne, observat. 4.

Dans le ressort du parlement de Dijon, la renonciation des filles ne s'étend point à la succession de ses freres & sœurs, auxquels elles succedent, même dans les biens venans de ses pere & mere, suivant le témoignage de Taisand, dans son commentaire sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 21, not. 14.

Quand la renonciatiou est faite expressément à la succession des freres & sœurs, elle ne s'étend pas à la succession de leurs enfans; parce que les renonciations sont de droit étroit; ainsi elles ne s'étendent pas d'une personne à une autre, ni d'un cas à un autre. Cela a été ainsi jugé au parlement de Dijon par un arrêt du 21 juillet 1622, remarqué par le même auteur, au même endroit, not. 10.

BIU Cujas

Mais quand la fille a renoncé à toutes ſucceſſions directes & collatérales, pour lors elle eſt excluſe de la ſucceſſion de ſes neveux, ſuivant le témoignage de Brodeau, ſur M. Loüet, lett. R, chap. 17, nomb. 8.

La renonciation de la fille, quand elle n'eſt pas faite nommément en faveur des mâles, profite aux filles qui n'ont pas renoncé, auſſi-bien qu'aux mâles, parce qu'elle auroit part à l'hérédité. Cela a été ainſi jugé au parlement de Dijon par un arrêt du 23 juillet 1647, remarqué par M. Taiſand, dans l'endroit ci-deſſus, not. 9.

Quand il n'y a plus de mâles, il faut diſtinguer entre les renonciations coutumieres, & les conventionnelles. Dans le premier cas, la fille qui a renoncé ſuccede avec ſes ſœurs; parce que les coutumes n'ont introduit ce droit que pour la conſervation des familles, qui ne ſe conſervent que par le moyen des mâles. Dans le ſecond cas, la fille qui a renoncé n'eſt point admiſe à la ſucceſſion avec ſes ſœurs qui n'ont pas renoncé. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du parlement de Dijon du 1625, remarqué par le même auteur, au même endroit not. 5.

La renonciation faite par une fille, au profit de ſon frere germain, ne profite pas aux freres conſanguins, après le décès du frere germain ſans enfans, ou après ſa profeſſion en religion. C'eſt le ſentiment de M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſ. liv. 3, ch. 8, ſect. 1, nomb. 46.

Dans le reſſort du parlement de Dijon, quand il y a des enfans de pluſieurs lits, la renonciation des filles ne profite qu'aux enfans du même lit, freres & ſœurs germains de la renonçante, quoique cela ne ſoit point déclaré dans le contrat de mariage. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du premier juin 1646, remarqué par M. Taiſand, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 21, not. 3.

Il y a plus : dans ce parlement, la fille qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon pere ou de ſa mere, au profit de ſes freres conſanguins ou utérins, peut être reſtituée. Ainſi jugé par un arrêt du 14 décembre 1655, remarqué par le même auteur, au même endroit.

DE L'AUGMENT, S'IL EST SUJET AU RETRANCHEMENT.

QUESTION CENT-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *L'augment n'eſt pas ſujet à l'inſinuation.*
2. *Le douaire coutumier n'eſt pas ſujet au retranchement.*
3. *L'augment eſt ſujet au retranchement.*
4. *L'augment coutumier de Toulouſe eſt ſujet au retranchement.*
5. *Avis de l'auteur, que l'augment eſt ſujet au retranchement, ainſi jugé par arrêt.*
6. *Dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, l'augment eſt dû de droit, ſans aucune ſtipulation,* ſecùs *dans le Mâconnois.*
7. *Dans la province du Lyonnois, Forêts & Beaujolois, l'augment eſt de la moitié, quand la dot conſiſte en deniers ou en meubles; & du tiers, quand elle conſiſte en immeubles.*

QUESTION CVII.

Si en pays de droit écrit, l'augment qu'une ſeconde femme gagne, eſt ſujet au retranchement de la loi.

1 MONSIEUR Loüet, en la lettre I, nombre 10, ayant agité ſi l'augment de dot eſt donation ſujette à inſinuation, réſout que non, d'autant, dit-il, que l'augment vient *ex beneficio legis, non ex liberalitate hominis,* ſuivant l'autentique, *dos data, C. de donationib. ante nupt.* Que tant s'en faut que ce ſoit un avantage qui procede de la libéralité du mari; qu'étant omis, il pourroit être demandé, *condictione ex lege,* ſuivant l'opinion de *Joannes Faber,* ſur la même autentique.

C'eſt ſur quoi le ſieur Brodeau, au même endroit, ſemble enchérir : car pour établir que l'augment vient de la ſeule providence & libéralité de la loi, non du fait de l'homme, il tient que cette portion qui ſe donne en accroiſſement de la dot, eſt dû *ipſo jure,* ſans qu'il ſoit beſoin d'aucune convention, & que la quotité ſe regle par la coutume des lieux. C'eſt de-là qu'il infere que ce n'eſt point une donation, une libéralité, mais une récompenſe néceſſaire. 2

C'eſt ce qui a donné ſujet de croire à pluſieurs, que notre augment ſe doit régler comme le douaire, &

BIU Cujas

que comme en pays coutumier, le douaire coutumier n'eſt point ſujet à la réduction de l'édit des ſecondes nôces, notre argument n'eſt non plus ſujet au retranchement de la loi. On allegue à cet effet ce que remarque ledit ſieur Brodeau, ſur monſieur Loüet, en la lett. N, nomb. 3 & 8, où il dit avoir été jugé par arrêt du parlement de Paris, que le douaire coutumier ne peut être retranché, & que la diſpoſition de l'édit des ſecondes nôces ne s'y peut etendre, non plus qu'aux droits ſucceſſifs. Bref, qu'il faut diſtinguer ce qui vient de la libéralité de l'homme, d'avec ce que la loi municipale défere, ſuivant l'opinion de Ferron, ſur la coutume de Bordeaux, au titre *de dote*, § 8.

Mais pourtant le même Brodeau, aux lieux cottés, remarque que cette diſtinction n'a point lieu en pays de droit écrit, & que la peine des ſecondes nôces s'étend auſſi-bien aux droits ſucceſſifs qui viennent *ab inteſtat*, qu'aux donations & avantages; & c'eſt un point que nous traitons ailleurs, dont nous pouvons inférer qu'il faut auſſi diſtinguer l'augment du pays de droit écrit, d'avec
3 le douaire des pays coutumiers; parce que l'édit n'a pris de la loi que ce qu'il a voulu, & ne s'eſt attaché qu'aux pures libéralités, au lieu que la loi y confond tous les avantages qui procedent de la ſubſtance du mari, & que la femme tient de lui, quoique la loi y joigne ſon miniſtere: comme elle veut que tout ce qui en procede revienne aux enfans du premier lit, elle ne veut pas auſſi que la ſeconde femme ait plus que le moindre d'eux.

S'il falloit au contraire ſéparer l'augment, enſorte qu'il ne fût pas ſujet au retranchement, la conſéquence en ſeroit déſavantageuſe; car outre la fraude qu'on peut faire en confeſſant plus qu'on a reçu d'une ſeconde femme, afin de donner plus d'augment, il arrive ſouvent que lui ſeul monte autant qu'une légitime; ainſi le mari pouvant donner en outre autant à la femme qu'à un des enfans, il s'enſuivra qu'elle aura double portion.

Quoi qu'il en ſoit, puiſque nous ſommes en pays de droit écrit, que c'eſt notre loi municipale, & que tant s'en faut que l'édit y ait dérogé, qu'au contraire il a voulu faire valoir la loi où elle n'étoit pas obſervée, il ne ſemble pas que cette queſtion reçoive beaucoup de difficulté. C'eſt parce que la loi y eſt expreſſe; car elle ne ſe contente pas de défendre au mari de faire un plus grand avantage à la femme par teſtament ou codicile, par donation entre-vifs, ou à cauſe de mort; mais elle ajoûte encore, *nec dotis, aut ante nuptialis donationis nomine*, ce qu'elle répete, & conclud que ce qui aura été donné ou délaiſſé plus qu'à un des enfans du premier lit, ſera relâché & réputé pour non écrit & donné. Après cela, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de doute & d'interprétation, & nous n'aurions pas agité la queſtion, ſi nous n'avions vû des avocats & des juges s'arrêter aux préjugés de la cour, ſans faire diſtinction de ce qui s'obſerve en pays de droit écrit, ou en pays de coutume, & de l'augment conventionnel, d'avec l'augment coutumier.

Mais qui plus eſt, monſieur Olive du Meſnil, 4
au livre 3 de ſes queſtions notables, chap. 13. rapporte que par arrêt du parlement de Toulouſe, il a été jugé que l'augment coutumier étoit ſujet auſſi-bien que l'autre au retranchement de la loi *hac edictali*. Il allegue pour fondement, que ſi l'augment coutumier ne vient point de la convention expreſſe des parties, il doit pourtant ſon exiſtence à leur convention tacite. C'eſt parce qu'il eſt en leur pouvoir de ne ſe point ſoumettre à la coutume, & d'en faire ceſſer la diſpoſition: *Id enim dicitur acquiri ex providentia hominis, quod acquiritur ex diſpoſitione legis, cui partes poterant renuntiare, ait Bartolus, in l. ita ſtipulatus, ff. de verb. obligationib.* Que ſi le parlement de Toulouſe a jugé que le retranchement de ladite loi *hac edictali*, a lieu pour l'augment préfix par la coutume, à plus forte raiſon pour le conventionnel, puiſqu'il eſt plus volontaire.

Tant y a, qu'il faut tenir qu'en ce pays, l'augment 5
eſt ſujet au retranchement, & que pour ſavoir ſi une ſeconde femme a plus que ne monte la légitime d'un enfant du premier lit, il faut joindre l'augment aux autres avantages qu'elle peut avoir eû, & en retrancher ce qui excede. C'eſt ce qui fut jugé de la ſorte au profit des enfans du premier lit de maître Pierre Clepier, marchand de Montbriſon, contre dame Gambalde ſa veuve, & femme en ſecondes nôces du ſieur Thenot, procureur en ce ſiége. Nous avons autrefois vû l'arrêt; mais nous ne pouvons à préſent le donner au public, pour ne l'avoir pu recouvrer.

OBSERVATIONS.

Si l'augment eſt ſujet au retranchement.

L'Auteur, dans cette queſtion, établit qu'en pays de droit écrit, l'augment qu'une ſeconde femme gagne eſt ſujet au retranchement; cela eſt ſans difficulté.

Dans la province du Lyonnois l'augment eſt dû de plein droit.

Il faut obſerver que dans la province du Lyonnois, Forez & Beaujolois, l'augment 6
eſt dû de plein droit, ſans aucune ſtipulation: mais dans le Mâconnois, il n'eſt pas dû ſans une ſtipulation expreſſe.

Si dans les pays où l'augment eſt dû de droit, il ſe regle ſuivant la qualité ou la quotité de la dot.

Si la dot conſiſte en argent, l'augment eſt de la moitié de la dot.

Si la dot conſiſte en immeubles, l'augment n'eſt que du tiers du prix d'iceux. 7

La difficulté eſt lorſque la dot conſiſte pour le tout ou en partie en meubles meublans: ſçavoir, ſi en ce cas, l'augment eſt dû, & ſur quel pied.

Il ſemble qu'en ce cas, l'augment n'eſt point dû; parce que les meubles meublans dépériſſent par l'uſage; d'ailleurs, ils ſervent plus à la femme qu'au mari: néanmoins,

ſuivant

BIU Cujas

ſuivant l'uſage de la province, eſt dû en ce cas, & il eſt de la moitié de la valeur de l'augment des meubles. Cela a été ainſi jugé par un arrêt contradictoire du 6 mars 1697, rendu en la cinquieme chambre des enquêtes, au rapport de monſieur de Leſſeville, confirmatif d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée de Lyon, au profit de damoiſelle Marie Rigaut du Chafaut, veuve en premieres nôces du ſieur Dubuiſſon, fils de Claude Dubuiſſon, élu en l'élection de Montbriſon. J'avois écrit au procès pour le ſieur Dubuiſſon pere. Cet arrêt a jugé pluſieurs autres queſtions; je les rapporte dans le tome 3, ſur la queſtion 8 du livre 6.

Mais enfin, de quelle qualité que ſoit l'augment, ſoit qu'il ſoit dû en vertu de la loi ou de la convention des parties, il eſt ſujet au retranchement, quand il excede la portion d'un des enfans du premier lit.

Cette queſtion eſt fort doctement traitée par Monſieur d'Olive, dans ſes queſtions, liv. 3, ch. 13, par rapport à l'augment coutumier que la coutume de Toulouſe accorde aux femmes. Il rapporte deux arrêts rendus au parlement de Toulouſe, qui ont ordonné le retranchement.

DE LA VIRILE, SI LES ACQUÉREURS PEUVENT La preſcrire.

QUESTION CENT-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpéce de la queſtion.*
2. *Si les acquéreurs peuvent preſcrire la virile de la mere.*
3. *Raiſons des enfans pour empêcher la preſcription.*
4. *Raiſons des acquéreurs pour établir la preſcription.*
5. *Sentence du ſénéchal de Lyon, en faveur des enfans.*
6. *Arrêt du 7 juin 1647, en faveur des acquéreurs.*
7. *Réflexions de l'auteur ſur cet arrêt.*
8. *Ce que c'eſt que la virile.*
9. *Les acquéreurs ne peuvent point preſcrire la virile pendant la vie de la mere.*
10. *Arrêt célébre, qui a jugé que les créanciers n'ont aucun droit ſur la virile de la mere, ſans une obligation expreſſe.*
11. *Autre arrêt, qui a jugé que la femme n'a pas droit de vendre l'héritage à elle donné pour lui tenir lieu d'augment, & que l'aliénation n'eſt pas valable, même juſqu'à concurrence de la virile.*

QUESTION CVIII.

Si les tiers-acquéreurs peuvent preſcrire la portion virile que la femme a droit de prendre en ſon augment.

1 TITIUS, pendant ſon mariage, aliene partie de ſes héritages; après ſon décès, le reſte ſe vend par décret. Sa femme n'ayant pu entrer en ordre utile pour tous ſes droits, ſon augment demeure en arriere. Après ſon décès, les enfans voyant qu'ils n'avoient rien recueilli du chef du pere, recherchent l'augment de la mere comme une derniere table du naufrage. A cet effet, ils font aſſigner les acquéreurs en action hypothécaire, & concluent à ce qu'ils ayent à délaiſſer les fonds par eux acquis,
2 ſi mieux ils n'aiment payer l'augment. Les acquéreurs excipent de leur jouiſſance, & oppoſent la preſcription, du moins pour la virile que la mere avoit droit de prendre.

3 Les enfans diſoient, que comme la preſcription ne peut courir pendant le mariage au préjudice de la femme, elle ne peut non plus courir contre les enfans, pendant que la femme eſt vivante, pour l'augment. C'eſt parce que leur droit eſt ſuſpendu, & que *non valenti agere non currit præſcriptio.* Ce que les arrêts ont jugé pour le douaire, ſe doit étendre à l'augment, y ayant identité de raiſon, & les enfans, pendant que la mere vit, n'ayant pas plus de ſujet de veiller au douaire qu'à l'augment. Outre qu'il ſeroit de mauvaiſe odeur que du vivant de la mere, les enfans ſe miſſent en peine de ce qui ne leur eſt pas encore acquis, & dont le droit eſt incertain, & dépend de leur ſurvivance.

Les acquéreurs, au contraire, diſoient que puiſ- 4
que l'augment eſt acquis à la veuve, & que c'eſt un don que la ſurvie lui donne, on l'avoit pu preſcrire contr'elle. Qu'encore qu'elle fût obligée de le conſerver aux enfans, il ne s'enſuivoit pas que cependant elle n'en fût la maîtreſſe, & que l'action lui appartenant, on ne la pût preſcrire contr'elle.

Qu'en tout cas, il n'y avoit point de doute que ſi la preſcription n'avoit point de lieu pour le tout, elle ne fût acquiſe pour la virile, qui étoit propre à la femme; que puiſque c'eſt choſe dont la veuve pouvoit diſpoſer, la preſcription avoit pu courir pour ce chef, y ayant du rapport entre la preſcription &

BIU Cujas

l'aliénation, & tout ce qui eſt aliénable étant preſcriptible. Que ſi bien la loi demande pour ce regard une diſpoſition expreſſe, elle doit être cenſée telle, en tant que la femme n'a point voulu agir contre les acquéreurs, & a ſouffert qu'ils puſſent preſcrire le droit & l'hypothéque qu'elle avoit ſur les fonds acquis.

Que la preſcription n'étoit pas tant fondée ſur la négligence, que ſur un conſentement tacite de ceux qui laiſſent preſcrire leur droit. Qu'en effet, il falloit croire que ſi la femme avoit négligé d'agir, c'eſt parce qu'elle ne l'avoit pas voulu, & qu'elle ſe croyoit obligée à ne pas troubler les acquéreurs, de l'argent deſquels elle s'étoit peut-être prévalue, & dont elle ſçavoit du moins un légitime emploi.

Les enfans répliquoient que ſi la veuve pouvoit diſpoſer de ſa virile, c'eſt avec cette condition qu'elle en fît une diſpoſition expreſſe, au défaut de quoi, c'eſt un droit qui devoit revenir aux enfans, ſuivant la novelle 22, chap. 20, dont a été tirée l'autentique, *nunc autem niſi expreſſum, Cod. de ſecundis nuptiis.* Le ſénéchal de Lyon, par ſa ſentence, ayant jugé qu'il n'y avoit point de preſcription, & ayant condamné les tiers acquéreurs à payer l'augment entier, ou à ſouffrir la vente de leurs héritages, la cour infirma cette ſentence pour le regard de la virile de la mere, qu'elle déclara preſcrite, par l'arrêt qui ſuit.

5

ARRÊT.

6 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre, à tous ceux qui ces préſentes lettres verront, Salut : Sçavoir faiſons que de la ſentence donnée par notre ſénéchal de Lyon, ou ſon lieutenant le 7 ſeptembre 1645, entre Jean-Claude-Alexandre, & Jean-Baptiſte Proſt, enfans de défunt Jean Proſt, & de Bonne Dalier; leſdits Claude & Alexandre ayant droit par tranſport de Barthelemy & Blaiſe Proſt leurs freres, demandeurs en requête des 17 mai 1638, troiſieme janvier 1639, 11 avril 1641, 4 juin 1642, & incidemment par leurs répliques du 7 mars 1643, & requête du 25 ſeptembre audit an, aux fins d'interruption de preſcription, contre les détenteurs ci-après nommés, des héritages qu'ils avoient appartenans à Barthelemy & à Jean Proſt, & à ce que leſdits héritages fuſſent déclarés affectés & hypothéqués au payement de la ſomme de 3000 livres, donnée pour augment de dot à lad. Dallier, par contrat de mariage du 28 novembre 1598, & intérêts de ladite ſomme, depuis le 2 avril 1642, jour du décès de ladite Dallier, en conſéquence leſd. héritages vendus, ſi mieux n'aiment leſdits détenteurs déguerpir, ou payer ladite ſomme de 3000 livres & intérêts d'icelle, d'une part : & Renée Papon, veuve de feu Pierre Charpin, tutrice des enfans dudit défunt & d'elle; Claude Villerot, Benoît Marion, Mathie Bavier ſa femme, Georges Dumas, Jean Proſt, dit Bourguignon, fils & héritier de François Proſt, Jean de la Court, fils & héritier de Jacques de la Court, Mermet de Juſſien, tuteur des enfans & héritier de Georges Marion, & Jean Thevenet, défendeurs; & encore entre leſdits Papon & Villerot, demandeurs en ſommation contre Victor Collomby, & d'Anne Hugouvar, défendeurs & demandeurs en contre-ſommation contre Benoît Voiſin, héritier d'Odet Guigeyne, fils & héritier d'Antoine Guigeyne, défendeur, & led. Thevenet, demandeur en ſommation contre Benoîte Franche, autoriſée par juſtice, au refus de Jean Monin ſon mari, défendeur, d'autre part : par laquelle ſentence, entre autres choſes, le pré appellé de la Peſcherie, & autres prés ſis audit territoire, les terres & bois ſis au territoire de la Farges & des Chardonnets, & la huitieme partie des moulins des Combes, & un petit coin de pré appartenant à Barthelemy & Jean Proſt, Papon, Villeron & Thevenon, ſuivant & conformément aux contrats des 6 mars & 28 août 1699, 1 décembre 1614, août 1618 & 11 février 1623, auroient été déclarés affectés & hypothéqués au payement de ladite ſomme de 3000 livres, & intérêts d'icelle, depuis le 2 avril 1642; ordonne que leſd. héritages ſeront vendus à la maniere accoutumée, & les deniers en provenans baillés & délivrés auſdits freres Proſt, juſqu'à la concurrence de ladite ſomme principale, & intérêts, ſi tant ſe pouvoient monter, ſi mieux n'aimoient leſdits Papon, Villerot, Thevenon, & Jean Proſt, dit Bourguignon, payer auſdits freres Proſt ladite ſomme & intérêts, ſans préjudice auſdits Proſt freres, de ſe pourvoir contre les autres détenteurs des biens qui ont appartenus à Barthelemy & Jean Proſt; défenſes au contraire, iceux Villerot & Thevenon condamnés avec dépens, & lad. Franche à acquitter & garantir ledit Thevenon, & ledit Collomby, leſdits Papon & Villerot, avec dommages & intérêts, & dépens, tant en demandant qu'en défendant, & led. Voiſin de rendre compte dans un mois, des ſucceſſions d'Antoine & Odet Guigeyne, pour ſe pourvoir par led. Collomby ſur icelles, tant pour le prix de l'acquiſition deſd. fonds, que dommages & intérêts & dépens : Eût été appellé en notre cour de parlement, à laquelle le procès par écrit conclu, & reçu pour juger, bien ou mal, entre ledit Jean Proſt, dit Bourguignon, & Villerot, appellans, d'une part, & leſd. freres Proſt, intimés, & ladite Franche, appellante, & leſdits freres Proſt & Thevenon, intimés; & encore ledit Voiſin, appellant, & Marie Helie, veuve de Victor Collomby, tutrice des enfans dudit défunt & d'elle, ayant repris le procès en ſon lieu, intimée, d'autre : les dépens reſpectivement requis, & l'amende pour nous; joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité de produire, nouvelles productions deſdits appellans, auſquels leſd. Proſt, Helie & Thevenon, intimés, pourroient répondre, & contre leſd. productions nouvelles bailler contredits aux dépens deſd. appellans. Vû icelui procès, griefs deſdits Proſt, dit Bourguignon, & Voiſin & Villerot, réponſes deſdits Proſt & Helie; forclusion de fournir des griefs par ladite Franche, & de bailler par elle & ledit Proſt, dit Bourguignon, & Villerot, moyens de nullité de produire : nouvelles productions dudit Voiſin contre ladite Helie, contredits, ſalvations deſdites parties; tout joint & diligemment examiné : Notredite cour, par ſon jugement & arrêt, en tant que touche l'appel dudit Jean Proſt, a mis & met l'appellation & ſentence au néant, ſans amende, & les parties hors de cour & de procès, ſans dépens; & faiſant droit ſur les appellations interjettées par leſdits Villerot & Voiſin, & par ladite Franche, tant à l'égard deſdits freres Proſt, que Thevenon, icelles appellations & ſentence au néant, en ce quelle auroit déclaré leſd. héritages affectés & hypothéqués au payement de la ſomme de 3000 livres conſtituée pour augment de dot à Bonne Dallier, & intérêts d'icelles, & que lad. Franche, comme obligée à la garantie dud. Thevenon, & ledit Villerot, auroient été condamnés aux dépens, & ledit Voiſin à rendre compte des ſucceſſions d'Odet & Antoine Guigeyne, émendant quant à ce, ordonne que leſdits héritages ſeront ſeulement affectés & hypothéqués au payement de ſix parts, les ſept faiſant le tout de ladite ſomme de 3000 livres & intérêts d'icelle, depuis le 2 avril 1642, jour du décès de ladite Dallier, icelles ſix parts appartenant auſd. freres Proſt de leur chef : & quant à la ſeptieme dûe à lad. Dallier, pour ſa virile & portion de l'aug-

BIU Cujas

ment, demeurera preſcrite au profit deſdits détenteurs; ſur leſquelles ſommes ſeront déduites cent livres, d'une part, à quoi notre cour a eſtimé la compoſition & remiſe faite le 15 ſeptembre 1645, par leſdits freres Proſt, & Jacques Bergier & Antoinette Lapalud ſa femme détenteurs de quelques héritages hypothéqués au payement dudit augment de dot de ſix vingt liv. d'autre, reçues par leſdits Proſt deſdits Benoît Marion, & Mathie Benier ſa femme, par contrat du 18 mai 1644. Ordonné que ledit Voiſin rendra compte, ſuivant ſon offre de la ſucceſſion bénéficiaire d'Antoine Guigeyne, ſauf à ſe pourvoir par ladite Helie contre lui en qualité d'héritier bénéficiaire d'Odet Guigeyne, au cas qu'il ſoit trouvé débiteur par le finir de ſon compte, ladite ſentence au réſidu, ſortiſſant effet, condamne ledit Villerot aux trois quarts des dépens de la cauſe principale, & ladite Franche condamnée à acquitter ledit Thevenon de pareille condamnation envers leſdits freres Proſt, ſans dépens des cauſes d'appel entre leſdites parties. Ordonne que le greffier rendra le tiers de la taxe par lui exceſſivement priſe; enjoint à lui de garder l'ordonnance, ſous les peines portées par icelle, & au ſubſtitut de notre procureur général de tenir la main à l'exécution du préſent arrêt. Si mandons au premier de nos huiſſiers ſergens ſur ce requis, qu'à la requête deſdits Jean, Claude, Alexandre & Jean-Baptiſte Proſt, le préſent arrêt mettre à exécution, ſelon ſa forme & teneur, de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour le 7 juin 1647, & de notre regne le cinquieme. Par jugement & arrêt du 16 ſeptembre 1648, notre préſent arrêt a été ſignifié, & baillé copie à maître le Clerc Flaſchier, & Roux le jeune, procureurs des parties.

Cet arrêt eſt remarquable & ſingulier, & nous 7
ne croyons pas qu'il y en ait un pareil. Si l'on examine ce que nous avons dit ailleurs de la nature de l'augment, du droit de propriété que la femme y a, du moins, quant à ſa virile, on avouera que la queſtion étoit aſſez difficile, & qu'il y avoit lieu de douter que le droit s'en pût preſcrire. Nous ne répéterons pas ici ce que nous avons dit ailleurs, & il nous ſuffira de dire, que ſi Juſtinien, au lieu cotté, demande une obligation ou diſpoſition expreſſe pour cette part de l'augment, il ne met pas la même condition pour l'aliénation, à laquelle la preſcription équipole : que c'eſt peut-être le fondement que la cour a pris, ou qu'elle a jugé que la veuve ayant laiſſé courir la preſcription, & négligé de troubler les acquéreurs, elle avoit aſſez déclaré qu'elle leur quittoit ſon intérêt & le droit qu'elle pouvoit avoir en l'augment.

OBSERVATIONS.

Si les acquéreurs des biens du mari peuvent preſcrire au préjudice de la portion virile de la femme.

DAns cette queſtion, l'auteur examine ſi les acquéreurs des héritages du mari peuvent preſcrire au préjudice de la portion virile qui eſt dûe à la femme dans l'augment. Il rapporte un arrêt du 7 juin 1647, qui a jugé que la preſcription a lieu. Il dit que cet arrêt eſt ſingulier, & qu'il ne croit pas qu'il y en ait un pareil; cependant il cherche à le juſtifier en diſant que ſi Juſtinien deſire une diſpoſition expreſſe pour cette portion de l'augment, il ne met pas la même condition pour l'aliénation à laquelle la preſcription équipole.

Ce que c'eſt que la virile.

Mais avant que d'examiner cette queſtion, il eſt néceſſaire d'examiner ce que c'eſt 8
que la portion virile. C'eſt la part que la loi accorde à la veuve qui demeure en viduité dans l'augment. On l'appelle portion virile, parce qu'elle eſt égale à celle d'un des enfans. La veuve qui ne ſe remarie pas a droit de diſpoſer de cette portion en toute propriété; mais il faut que cette diſpoſition ſoit expreſſe, ainſi que l'auteur l'a établi dans la queſtion 56 ci-deſſus.

Si les acquéreurs des biens du mari peuvent preſcrire la virile au préjudice des enfans, pendant la vie de la femme.

Suivant le principe qui vient d'être établi, il ſemble que les acquéreurs des biens du 9
mari, ſujets à l'augment, ne puiſſent pas les preſcrire au préjudice de la portion virile, d'autant que la propriété de cette portion n'eſt pas acquiſe de plein droit à la femme par le décès de ſon mari, quand il y a des enfans du mariage; il faut, pour l'acquérir, qu'elle demeure en viduité juſqu'à ſon décès; ainſi cette propriété demeure en ſuſpens pendant la vie de la femme, puiſque ſon droit eſt incertain juſqu'à ſa mort, ſuivant la loi *cùm notiſſimi*, § 4.

Il faut encore obſerver que la cour a jugé par un arrêt ſolemnel, prononcé le 7 ſeptem- 10
bre 1644, rendu après une enquête faite par turbes dans la ville de Lyon, que la femme qui s'oblige, conjointement avec ſon mari, ne fait point de préjudice à ſa portion virile, ſi dans l'obligation elle n'a obligé expreſſément cette portion. Cet arrêt eſt rapporté par l'auteur, dans la queſtion 55 ci-deſſus. Dans le même endroit, il fait mention d'un 11
autre arrêt qui a jugé que l'aliénation faite par la femme, après le décès de ſon mari, d'une terre qui lui avoit été donnée par ſon contrat de mariage, pour lui tenir lieu d'augment, n'étoit pas valable, même juſqu'à concurrence de la portion virile. Si la femme ne peut pas aliéner l'héritage ſujet à ſa portion virile, l'acquéreur ne peut pas preſcrire pendant la vie d'une perſonne qui n'avoit pas le droit de vendre.

BIU Cujas

DU PRIVILÉGE DU VENDEUR.

QUESTION CENT-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le vendeur d'une choſe mobile doit ſe réſerver ſon privilége ſur la choſe, ſinon il le perd.*
2. *En droit, le vendeur qui a ſuivi la foi de l'acquéreur, perd ſon hypothéque.*
3. *Le parlement de Toulouſe donne au vendeur une hypothéque privilégiée ſur la choſe par lui vendue.*
4. *Les anciens arrêts du parlement de Paris, n'accordent point de privilége au vendeur.*
5. *La vérité ne ſouffre point de preſcription.*
6. *Les nouveaux arrêts du parlement de Paris conſervent le privilége au vendeur.*
7. *Raiſons de l'auteur pour le privilége du vendeur.*
8. *Juriſprudence du parlement de Provence, en faveur du vendeur.*
9. *Avis de l'auteur, que l'hypothéque générale réſultante du contrat ſuffit au vendeur pour lui conſerver ſon hypothéque & ſon privilége.*
10. *Le terme, moyennant un telle ſomme réſultante du contrat, empêche la novation, & réſerve les hypothéques*, importat conditionem vel modum.
11. *Arrêt d'ordre du 7 ſeptembre 1646, qui a colloqué le vendeur par privilége juſqu'à concurrence du prix de la choſe par lui vendue.*
12. *Juſtinien diſtingue entre la vente faite argent comptant, & celle faite à crédit.*
13. *Autrefois les parlemens de Paris & de Toulouſe jugeoient que le vendeur perdoit ſon hypothéque, ſans une réſerve expreſſe.*
14. *A préſent tous les parlemens jugent que le vendeur conſerve ſon hypothéque, quoiqu'il n'en ait pas fait de réſerve.*
15. *A l'égard des meubles, le parlement de Paris eſt le ſeul qui conſerve le privilége au vendeur.*
16. *A Lyon, le vendeur a droit de ſuite ſur la marchandiſe par lui vendue & tranſportée.*

QUESTION CIX.

Si le vendeur d'un héritage eſt préférable, quoique pour le prix il n'ait pas réſervé ſon hypothéque ſpéciale.

1 IL eſt vrai qu'en pluſieurs cas l'expreſſion des choſes eſt néceſſaire, & que ce qui n'eſt pas exprimé eſt cenſé omis. Telle eſt l'hypothéque que le vendeur de choſe mobiliaire ſe doit réſerver, s'il veut être préféré ſur icelle pour le prix qui reſte à payer. En effet, par le droit romain s'étant contenté
2 du prix & de la foi de l'acquéreur, il n'a plus de droit de ſuite ſur l'héritage que comme les autres créanciers, & ſon hypothéque ne vient que du jour de ſon contrat. C'eſt parce que la loi ne deſire pour la perfection d'une vente que deux choſes, *fidem habitam de pretio, & traditionem, § venditæ inſtitut. de rerum diviſione.* Dès-lors la propriété paſſe à l'acquéreur, & lui eſt acquiſe. Ainſi, le vendeur n'ayant point d'autre droit que celui que lui donne l'hypothéque générale du contrat, il s'enſuit que s'il y a hypothéque précédente, elle ſera préférable, ſuivant la regle *qui prior eſt tempore, potior eſt in jure*, tirée du chapitre *qui prior de regul. juris in 6.*

Nous ne voulons pas nous étendre ici pour mieux établir cela, & pour montrer qu'en effet c'eſt une doctrine conforme à la juriſprudence romaine. C'eſt ce qu'on peut mieux apprendre de monſieur Olive du Meſnil, qui a traité la queſtion au chapitre 10 du livre 4 de ſes queſtions notables. C'eſt-là qu'il avoue, que s'il faut s'arrêter au droit romain, le vendeur n'a ſuite ni préférence, s'il n'en a fait la réſerve.

Mais auſſi, le même auteur aſſure que le parle- 3
ment de Toulouſe, quoiqu'il s'attache fort au droit romain, n'a pas laiſſé de donner au vendeur une hypothéque tacite & préférable, & de juger qu'encore que les loix ſe trouvent courtes en ce point, l'équité doit faire ſuppléer ce qu'elles ont omis. En effet c'eſt ce parlement, dit-il, qui a le premier établi ce droit de préférence en faveur du vendeur, contre la diſpoſition des loix & la doctrine des interprêtes. Car, comme remarque Grivel, en ſes déciſions du ſénat de Dole, chap. 57, preſque tous ont tenu pour regle commune, que le vendeur qui a donné terme pour le prix, & s'eſt repoſé ſur la foi de l'acquéreur, ſans réſerve & ſtipulation d'hypothéque ſpéciale, n'en peut prétendre que du jour de ſon contrat. Ce que le docte préſident de Chambery *Antonius Faber*, en ſon code, livre 8, tit. 7, définition 6, confirme par un préjugé de ſon ſénat.

C'eſt ce que le parlement de Paris a ſuivi par ſes 4
premiers arrêts, & il a cru que le vendeur s'étant

BIU Cujas

démis de tout le droit de propriété qu'il pouvoit avoir, sans y rien réserver, il ne pouvoit plus passer que pour créancier. Ces arrêts sont cottés par le sieur Brodeau, sur monsieur Loüet, en la lettre H, n. 21, & c'est en cet endroit qu'il cite divers auteurs qui se sont laissés emporter par la force des textes de notre droit & des préjugés.

5 Mais comme la vérité ne souffre point de prescription, & qu'enfin la raison est la plus forte, aussi le même Brodeau assure que la question ayant été mieux digérée, les derniers arrêts du parlement de Paris
6 ont jugé que le vendeur étoit préférable sur son héritage pour ce qui restoit à payer du prix, quoiqu'il eût suivi la foi de l'acheteur sans aucune réserve. Et puisqu'il dit que le dernier arrêt du 27 août 1633 a été donné en la quatrieme chambre des enquêtes, les autres consultées, & les arrêts contraires vûs sur le bureau, il faut aussi s'y tenir.

7 En effet, la chose est équitable; & puisque, sans le vendeur, l'héritage ne seroit pas *in bonis debitoris*, il n'est pas juste qu'à son préjudice les autres créanciers s'en puissent prévaloir. Au contraire, le vendeur ne pouvant pas *carere re & pretio*, il y a bien plus d'apparence qu'il soit payé du prix sur les deniers de la chose vendue, préférablement aux autres. Ils n'ont pas sujet de s'en plaindre, & ils ne peuvent pas dire que ce vendeur leur ôte le leur. Sans lui, le débiteur ne seroit pas si riche, & l'on ne seroit pas en peine de disputer sur la préférence des hypothéques.

Mais quoique ledit sieur du Mesnil ne s'arrête qu'à l'équité naturelle, & avoue que la subtilité du droit romain est contraire, il nous semble pourtant que cette nouvelle jurisprudence n'est pas sans fondement. Car, si de droit, celui qui a employé son argent pour la réparation de la maison ou du vaisseau, est préferable aux autres créanciers, quoiqu'antérieurs, *quòd causam pignoris salvam fecerit, leg. interdum, ff. qui potiores, leg. credit. ff. si certum petatur*, à plus forte raison, celui-là doit être préféré, qui a baillé l'héritage même & fait naître l'hypothéque des créanciers; en un mot, qui est cause que le débiteur a un patrimoine plus ample, en joignant à ce qu'il avoit, la chose vendue.

C'est ainsi que raisonne *Franciscus Stephanus*, président au parlement d'Aix, en sa décision 69, par argument de la loi *quod quis, ff. de privilegio creditor.* Il est vrai que le sieur du Mesnil dit que c'étoit un privilége particulier en faveur de la navigation, *propter navigandi necessitatem.* Mais si cela a été reconnu équitable en un point, & encore en faveur du fisc, *in leg. 2, Cod. in quibus causis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur*; pourquoi n'étendra-t-on pas cette équité en faveur d'un pauvre vendeur, qui a contracté de bonne foi, *quamvis id specialiter*
8 *non exprimatur*, par l'ignorance de la partie ou du notaire. Quoi qu'il en soit, le même président *Stephanus* assure que le parlement d'Aix l'a ainsi jugé par deux arrêts de l'an 1576 & de l'an 1584, & par conséquent, peut-être avant le parlement de Toulouse, quoique ledit sieur du Mesnil lui veuille donner la gloire d'avoir le premier frayé le chemin à une équité manifeste.

9 Mais sans nous arrêter à la clause du précaire, sur laquelle le même du Mesnil établit son fondement, sans dire que la stipulation d'une hypothéque spéciale se doit suppléer *tacito juris intellectu*, parce que suivant nos loix, *quæ moris sunt in contractibus inesse intelliguntur, leg. quòd si nolit, § assidua, ff. de ædilitio edicto*, il y a lieu de soutenir que l'hypothéque générale, qui est une suite & dépendance des contrats & actes publics, & que les notaires n'omettent jamais, suffit au vendeur, & le rend préférable à tous, sur le prix de l'héritage qu'il a vendu.

C'est parce que stipulant cette hypothéque en vendant la chose, & à mesure qu'il s'en démet, il est vrai de dire qu'elle est attachée à la chose, qu'elle est inhérente & spéciale. N'importe que l'hypothéque des autres créanciers subsiste aussi bien sur les biens depuis acquis, que sur les présens, & que sur les derniers acquis, elle marche en arriere, car ce ne peut être qu'entr'eux, & non au préjudice du vendeur, d'autant qu'il ne peut stipuler une hypothéque générale sur tous les biens de l'acheteur, qu'il ne la stipule sur la chose même qu'il vend; & partant, il est vrai de dire qu'il ne la remet à l'acheteur qu'à cette charge & condition, & qu'elle est par conséquent, antérieure au droit des autres créanciers. L'hypothéque qu'ils ont, & qui s'étend aux biens à venir, ne peut prendre sa naissance sur iceux, que le droit de propriété ne soit pleinement acquis à leur débiteur. C'est-à-dire, que le vendeur ne se soit désaisi & démis de la chose vendue au profit de leurs débiteurs; mais il ne l'a fait qu'en se réservant, aussi-bien sur elle, que sur les autres biens, l'hypothéque pour le payement du prix, & ainsi cette réserve & cette hypothéque dévance en quelque façon l'hypothéque des autres créanciers, & la naissance d'icelle. Concluons donc qu'encore que l'hypothéque qu'a le vendeur ne soit que générale, elle équipole pourtant à la spéciale, & que c'est en ce cas qu'on peut dire que *specialia generalibus insunt, l. 147, § de reg. jur.* ou bien que *cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit, l. 2, ff. de rebus eorum*: En un mot, que cette réserve, *ut ipsa inest*, puisqu'au même moment que la chose passe à l'acheteur, elle demeure obligée au vendeur, & que la propriété n'est pas plûtôt acquise à l'acquéreur, que l'hypothéque au vendeur. Nous laissons au lecteur à peser ce raisonnement, & à juger s'il presse, ou non.

Nous ajouterons ce qui est remarqué par M Loüet 10
en la lettre N, num. 7, sçavoir que le mot de moyennant empêche la novation, & réserve les hypothéques. Or, comme dans les contrats de vente, il est dit communément, que moyennant le prix que l'acquéreur promet de payer, le vendeur se dévêt; aussi faut-il inférer de-là, qu'il n'a intention de se démettre de la chose qu'à cette condition, & par conséquent, que c'est autant que s'il se réservoit une spéciale hypothéque. Même lorsqu'il est dit, moyennant ledit prix & icelui sauve: car ces termes semblent équipoler à toutes les précautions qu'on peut prendre. En effet, nos interprêtes tiennent que quand on dit, moyennant la somme, c'est autant que si l'on disoit par un gérundif, en payant, ou par un ablatif absolu, *mediante solutione*, & partant, que ces mots *important conditionem vel saltem modum l. à Testatore 109, ff. de condition. & demonstrat.*

Si c'est une condition, il s'ensuivra que la propriété ne sera pas pleinement acquise à l'acheteur, & que le droit qu'a le vendeur, pour l'exécution, est préférable, puisqu'il est de la nature des conditions de suspendre les actes jusqu'à ce que les conditions soient accomplies, *l. filio famil. ff. de condit. & demonstrat.* Que si ces termes, *non conditionem, sed modum denotant*, il ne s'ensuit pas pour cela que le droit du vendeur cesse. A quoi se peut appliquer la doctrine de Négusant. *tractatu de pignorib. in 3 membro, 6 parte*, où il dit qu'encore qu'il faille faire distinction *inter conditionem & modum*, le dernier pourtant suffit pour conserver l'hypothéque & le droit qu'on a sur la chose, suivant la loi *sicut § super vacuam, ff. quibus modis pignus vel hypoth. solvitur.*

Mais pour confirmation de la résolution que nous 11
donnons, nous pouvons assurer que la cour de parlement à Paris, l'a ainsi jugé par l'arrêt d'ordre du prix provenu des biens du feu sieur Rival, président en

BIU Cujas

l'élection de cette ville de Montbrison. Par cet arrêt du 7 septembre 1646, Claude ayeul, qui avoit vendu un étang audit sieur Rival, par contrat du 19 juin 1615, pour le prix de 1500 livres, a été colloqué préférablement, à concurrence dudit prix, & pour ce qui restoit à payer d'icelui, quoique par le contrat il n'y eût point de réserve d'hypothéque. C'est ce qui nous a invité à traiter cette question, afin de mieux établir la préférence qu'a le vendeur sur l'héritage qu'il vend.

OBSERVATIONS.

Du privilége du vendeur d'un héritage.

L'Auteur, dans cette question, établit que le vendeur d'un héritage est préférable à tous les créanciers de l'acquéreur, quoique, par le contrat, il n'ait point réservé d'hypothéque.

12 Justinien, dans ses instituts, § 41, *de rer. divis.* distingue entre la vente faite, argent comptant, & celle faite à crédit. Dans ce premier cas, il dit que la chose n'appartient pas à l'acheteur jusqu'à ce qu'il en ait payé le prix. *Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori adquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit,* & par conséquent, les créanciers de l'acheteur n'y peuvent prétendre aucun droit ni hypothéque. Dans ce second cas, la chose appartient à l'acheteur de plein droit; *sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri,* & par conséquent, ce vendeur n'a plus qu'une simple action pour demander le prix de la chose vendue. Le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 5, § 18, *de tribut. act.* fait la même distinction pour la vente des marchandises.

13 La jurisprudence des arrêts a varié sur cette question. Les anciens arrêts du parlement de Paris jugeoient suivant la distinction établie dans le droit; mais les nouveaux arrêts jugent que le vendeur conserve toujours une hypothéque privilégiée sur les héritages par lui vendus, quoiqu'il ne l'ait point réservé par le contrat. Les uns & les autres sont rapportés par monsieur Brodeau, sur M. Loüet, lett. H, ch. 21, nomb. 6, 7, 8 & 9. C'est aussi la décision d'une mercuriale du parlement, rapportée par M. Ricard, à la fin du titre des actions personnelles de la coutume de Paris.

Le parlement de Toulouse a pareillement varié sur cette question, ainsi que le remarque M. de la Rocheflavain, livre 1, tit. 3. Mais depuis, il s'est déterminé à conserver l'hypothéque au vendeur, en suppléant la clause de précaire dans tous les contrats de vente des immeubles, comme l'établit M. d'Olive, liv. 4, chap. 10, où il traite doctement la question. M. Maynard, liv. 2, chap. 45; M. Cambolas, liv. 6, chap. 6; & M. Despeisses, tome 1, pag. 24, certifient tous cette jurisprudence.

14 La même jurisprudence est suivie au parlement de Provence, suivant les arrêts rapportés par M. de Saint Jean, décision 69, & au parlement de Grenoble, Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 16, ch. 2.

M. Basnage, dans son traité des hypothéques, ch. 14, certifie que la même jurisprudence s'observe au parlement de Rouen.

Si le même privilége a lieu pour la vente des meubles.

A l'égard des immeubles, l'on peut dire que c'est la jurisprudence de tous les parlemens du royaume; mais pour ce qui est des meubles, je crois qu'il n'y a que le par-
15 lement de Paris seul qui accorde ce privilége au vendeur, quand il a donné terme pour le payement de sa marchandise, & qu'elle se trouve saisie sur l'acheteur par un autre créancier.

La loi *procuratoris*, § *planè*, *ff. de tribut. act.* dit que quand une fois les marchandises vendues ont été transportées dans la boutique de l'acheteur, que le vendeur n'a plus aucun privilége sur icelles, & qu'il doit venir à contribution avec tous les autres créanciers de l'acheteur. La disposition de cette loi est suivie au parlement de Toulouse, suivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, au même endroit, sur la fin. Despeisses, tom. 1, pag. 25, & M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 33; Bouvot, tom. 1, sur le mot *vente de vin saisi*, rapporte plusieurs arrêts du parlement de Dijon qui l'ont ainsi jugé.

16 A l'égard des pays de droit écrit, ressortissans du parlement de Paris, il semble que l'on devroit suivre la disposition du droit; néanmoins, M. Brodeau, sur M. Loüet, lett. P, chap. 19, nomb. 5, rapporte un arrêt du 25 novembre 1574, par lequel la cour, en infirmant la sentence du conservateur des privilèges des foires de Lyon, déclara la saisie faite à la requête du vendeur sur la marchandise par lui vendue, bonne & valable, jusqu'à concurrence de la somme à lui dûe, pour raison de laquelle il ne seroit pas obligé d'entrer en l'accord fait entre l'acheteur & ses créanciers. Il ajoûte que tel est l'usage de la ville de Lyon, suivant un acte de notoriété fait au siége de la sénéchaussée &

BIU Cujas

préſidial de Lyon le 4 février 1631, il dit la même choſe dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, art. 177, nomb. 5.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns mes premieres obſervations, j'ai dit que le parlement de Paris étoit le ſeul qui accordât un privilége au vendeur d'un effet mobilier, quand il a donné terme pour le payement, & qu'il ſe trouve ſaiſi ſur l'acheteur par d'autres créanciers.

J'ai eu un juſte ſujet de croire que le parlement de Bourgogne ſuivoit en cela la diſpoſition du droit, après les trois arrêts rapportés par Bouvot, part. 1, pag. 353, qui ont dénié le privilége au vendeur en ſemblable cas. Mais depuis, la juriſprudence a changé dans ce parlement, ſuivant le témoignage de M. Taiſand, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bourgogne, tit. 5 des rentes, art, 4, nomb. 22, qui fait mention de trois arrêts récens, qui ont jugé en faveur du vendeur.

L'on juge auſſi au parlement de Bourgogne que le vendeur d'un héritage conſerve une hypothéque privilégiée ſur ſon héritage, quoiqu'il ne l'ait pas réſervée dans le contrat de vente; les arrêts ſont rapportés par le même auteur, au même endroit, nomb. vingt-un.

La même choſe ſe juge au parlement de Bordeaux, tant pour les meubles, que pour les immeubles. A l'égard des immeubles, le privilége du vendeur eſt permanent, quoiqu'il ne l'ait pas réſervé. A l'égard des meubles, ſi la vente eſt faite en argent comptant, le vendeur a droit de revendication; ſi la vente eſt faite à crédit, le vendeur n'a pas droit de revendication; mais il a droit d'être payé par privilége & préférence ſur les deniers provenans de ſa choſe. La Peyrere, lett. P, nomb, 18, *& in notis.*

DES INTÉRÊTS DES DENIERS Dépoſés aux marchands.

QUESTION CENT-DIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il eſt contre la nature du dépôt qu'il produiſe des intérêts.*
2. *Il y a pluſieurs loix qui autoriſent les intérêts des deniers dépoſés.*
3. *Cela ſe pratique ainſi à l'égard des marchands de la ville de Lyon.*
4. *Arrêt du 3 ſeptembre 1644, qui condamne un marchand de Lyon de payer les intérêts des ſommes dépoſées entre ſes mains.*
5. *A Lyon, tout l'argent que l'on met entre les mains des marchands, ſoit par forme de dépôt ou de prêt, produit des intérêts.*
6. *Cet uſage eſt autoriſé par les canons, les docteurs, les ordonnances & les arrêts.*
7. *Factum pour l'établiſſement de cette propoſition.*
8. *Arrêt du 19 janvier 1704, qui l'a ainſi jugé.*
9. *La juriſprudence des parlemens de droit écrit ſur cette matiere eſt fort incertaine.*
10. *Au parlement de Toulouſe, il n'eſt pas permis de ſtipuler les intérêts des deniers prêtés; mais s'ils ont été payés, ils ne s'imputent pas au principal.*
11. *La même juriſprudence eſt ſuivie au parlement de Bordeaux; il y a plus, les intérêts ſont dûs en vertu d'un ſimple commandement.*
12. *Au parlement de Provence, il eſt permis de ſtipuler les intérêts.*
13. Idem, *au parlement de Grenoble.*
14. Idem, *au parlement de Pau.*

QUESTION CX.

Si les deniers dépoſés entre les mains des marchands négocians, peuvent produire intérêt.

1 IL ſemble d'abord que cette propoſition choque la nature & les regles du dépôt. Comme le dépoſitaire n'eſt point tenu de la perte de la choſe dépoſée, auſſi ne peut-il pas s'en ſervir, & même la loi charge de larcin celui qui convertit à ſon uſage la choſe dépoſée. C'eſt parce que de droit, *rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet, l.* 17, *ff. depoſiti*, & que le dépôt ne ſe fait que pour la garde ou ſequeſtre de la choſe, & non pas pour ſon uſage, ſi ce n'eſt qu'il ait été autrement convenu, & que le

BIU Cujas

dépositaire se soit chargé du dépôt, à condition de faire profiter les deniers qu'on lui dépose, comme lorsqu'il est ordonné que la somme qui est contestée ou qu'on ne peut pas payer valablement, sera mise entre les mains d'un marchand, pour en faire profit aux parties.

2 Nous avons pourtant des exemples en notre droit que le dépôt peut produire des intérêts, sçavoir, *in l. Lucius centum, & in l. Quintus, ff. depositi.* En la premiere, il est parlé *de usurario incremento;* & en la seconde, le dépositaire se charge d'en faire intérêt. J'aurai soin, répond-il à celui qui lui avoit déposé les deniers, *ne vacui sint, id est, ut usuras eorum accipias :* Mais c'est parce que le droit jugeoit à propos de favoriser cette sorte de gens, *quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam*, ainsi qu'il est dit en la loi *argentarius*, § 1, *ff. de edendo.* C'est donc des banquiers que ces textes parlent, auxquels on peut ajouter le § dernier de la loi 3, *ff. de usuris*, qui parle d'un pareil dépôt, que nos interprêtes appellent *irregulare.*

3 Tel est celui qui se fait entre les mains des marchands négocians dans la ville de Lyon ; car comme ils profitent de tout, & que l'argent qu'on leur dépose ne demeure pas inutile entre leurs mains, il n'est pas aussi juste que ce profit leur demeure. Et même on peut dire, que quand on leur dépose une somme, c'est à dessein qu'on la fasse valoir, & qu'on n'entend pas qu'elle demeure dans un coffre. Comme aussi ce n'est pas l'intention de celui qui s'en charge, & qu'au contraire, il ne prend cette somme que pour l'employer dans son commerce.

Il est vrai que cela semble répugner aux regles du christianisme ; mais on le souffre pour l'utilité publique entre marchands qui négocient, & pour la facilité du négoce. Nous laissons à juger si les loix de la conscience & celles du change peuvent s'ajuster ; c'est un point trop chatouilleux, & qui mériteroit un plus long discours.

Au reste, le lecteur remarquera qu'on n'avoit pas osé demander ouvertement les intérêts, mais que la requête présentée à la cour en cause d'appel, tendoit à ce que le marchand débiteur donnât compte des profits qu'il avoit fait, & c'étoit une couleur pour obtenir plus aisément les intérêts.

ARRÊT.

4 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces présentes lettres verront, Salut. Sçavoir faisons, que comme de la sentence donnée par le juge conservateur de nos priviléges des foires de Lyon, ou son lieutenant le 18 juillet 1643, entre Catherine Rambert, veuve de feu Claude Mosnier, héritiere de Sebastien Rambert son pere, marchand audit Lyon, & y négociant sous le privilége desdites foires, demandeur en requête du 6 février 1643, & concluant à ce que le défendeur fût condamné lui payer la somme de onze mille deux cens soixante-quinze livres onze sols, contenus en l'obligation du 24 juillet 1628, & les intérêts depuis le terme échu, d'une part; huit mille huit cens onze livres quatorze sols trois deniers, & les intérêts depuis le payement de Toussaints 1642, & ès dépens, dommages & intérêts, d'une part : Et Antoine Cartier, marchand négociant sous lesdits priviléges, défendeur, par laquelle, entr'autres choses, au moyen du payement fait par ledit Cartier de ladite somme de onze mille deux cens soixante-quinze livres onze sols, d'une part ; & huit mille six cens cinquante trois livres six sols neuf deniers, d'autre ; & l'offre de payer les intérêts desdites sommes, depuis la demande jusqu'au 19 février 1643, sur le surplus de ladite demande, les parties hors de cour & de procès, sans dépens : ladite Rambert est condamnée lui rendre ladite obligation, comme acquittée, sans préjudice de l'instance contre le nommé Desplaces : Eût été par ladite Rambert appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu, pour juger entre lesdites parties, si bien ou mal auroit été appellé; les dépens respectivement requis, & l'amende pour nous : joint les griefs, moyens de nullités & production nouvelle de l'appellante ; auxquels l'intimé pourroit répondre & bailler contredits. Vu ledit procès, griefs, réponses & productions nouvelles desdites parties, contredits & salvations : requête de ladite Rambert du 1 août dernier, à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'en remettant par ledit Cartier le profit que ladite somme de onze mille deux cens soixante-quinze livres onze s. lui auroit apporté, dans la société écrite de compagnie, du 14 avril 1632, elle auroit offert lui en quitter les intérêts, si mieux il n'aimoit les payer : Autre requête du 8 dudit mois d'août dudit Cartier, qui auroit déclaré ne vouloir accepter lesdites offres : autre requête de ladite Rambert du 12 août suivant, à ce qu'à faute d'avoir accepté lesdites offres, ses conclusions lui fussent adjugées : lesdites requêtes communiquées à parties, & mises au sac de l'ordonnance de notredite cour, & tout diligemment examiné : NOTREDITE COUR par son jugement & arrêt, ayant aucunement égard à ladite requête du 1 août, a mis & met ladite appellation & sentence de laquelle a été appellé au néant, sans amende ; émandant en conséquence de ladite scripte du 14 avril 1632, condamne ledit Cartier payer à ladite Rambert les intérêts desdites sommes de onze mille deux cent soixante-quinze livres onze sols d'une part, & huit mille six cent cinquante-trois livres six sols neuf deniers, d'autre ; depuis le terme échu jusques à l'actuel payement d'icelle, & ès dépens de la cause principale, sans dépens de la cause d'appel ; la taxe des adjugés à notredite cour réservée. SI DONNONS EN MANDEMENT au premier de nos huissiers ou sergent, à la requête de ladite Rambert, le présent arrêt mettre à exécution dûe, selon sa forme & teneur : de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre parlement, le 3 septembre l'an de grace 1644 & de notre regne le deuxiéme. Par jugement & arrêt de la cour. *Signé*, RADIGUES.

On nous a assuré que la même chose a été jugée à Lyon par plusieurs jugemens, mais qu'il n'y a point eu d'autre arrêt.

OBSERVATIONS.

Si à Lyon, il est permis de stipuler l'intérêt des deniers prêtés aux marchands.

5 DAns cette question, l'auteur rapporte un arrêt du 3 septembre 1644, qui a condamné un marchand de la ville de Lyon de payer les intérêts d'une somme déposée entre ses mains. Il ajoûte que la même chose a été jugée à Lyon par plusieurs jugemens ; c'est aussi le sentiment de M. Papon, dans ses notaires, tome 1, livre 1, titre 2. Il

BIU Cujas

Il faut obſerver qu'à Lyon tout l'argent que l'on donne aux marchands, ſoit par forme de prêt ou de dépôt, produit intérêt; cependant il y a des auteurs qui paſſent pour graves, qui condamnent cet uſage comme uſuraire, ſans en avoir bien pénétré la raiſon; le zele de la patrie m'engage à juſtifier cet uſage.

L'argent que l'on met entre les mains d'un marchand, ne doit pas être conſidéré comme un ſimple prêt, mais comme une eſpéce de ſociété établie pour le bien du commerce, qui produit du profit à tous ceux qui y contribuent; c'eſt pourquoi à Lyon l'on n'appelle pas ce profit un intérêt, mais un bénéfice.

Cet uſage ſe trouve autoriſé par le droit canon, par l'autorité des docteurs, par les 6
ordonnances de nos rois, & par les jugemens & arrêts.

A l'égard du droit canon, le pape Innocent III, qui étoit un grand juriſconſulte, dans le ch. *per veſtras de donat. inter vir. & ux.* ordonne, quand le mari n'eſt pas ſolvable, de remettre les deniers de la dot de la femme entre les mains d'un marchand pour les faire valoir, à la charge de faire part au mari du profit qu'il en retirera, & il appelle ce profit, *pars honeſti lucri.*

A l'égard des docteurs, Gonzales, dans ſon commentaire ſur ce chapitre, & Benevent Straccha, dans ſon traité *de mercaturâ*, *deciſ.* 28, 78 & 185, en citent un grand nombre qui autoriſe cet uſage. Ils diſent que cela ſe pratique de la ſorte dans toutes les villes marchandes d'Italie & d'Eſpagne.

A l'égard des ordonnances de nos rois, Philippes VI, dans l'art. 19 de ſon ordonnance de 1349, défend les uſures, mais il excepte l'intérêt qui ſe paye pour l'argent négocié dans les foires de Brie & de Champagne, qui depuis ont été transférées à Lyon.

Le roi Henry IV, par ſon édit du mois de juillet 1601, & le roi Louis XIII, par un édit du mois de mars 1634, ont confirmé l'ordonnance de Philippes VI.

Enfin le roi Louis XIV, par un édit du 21 décembre 1665, défend de ſtipuler l'intérêt de l'argent dû par promeſſes ou obligations, mais il excepte de cette régle l'argent prêté aux marchands fréquentans les foires de la ville de Lyon; lequel édit j'ai rapporté ſur la queſtion 49 de ce livre.

Le préſidial de Lyon eſt religieux à ne pas étendre cette ſtipulation entre d'autres perſonnes que les marchands; mais la conſervation les autoriſe entre toutes ſortes de perſonnes, pourvu que le billet ou obligation ſoit payable en payement, à quoi l'on ne manque guères.

Pour ce qui eſt des arrêts, celui rapporté par l'auteur a été ſuivi de pluſieurs autres 7
ſemblables, entr'autres d'un qui a été rendu le 7 ſeptembre 1696, en la grand'chambre, confirmatif d'une ſentence de la conſervation, entre le nommé Pouchon, marchand de la ville de Lyon, & les religieuſes Urſulines de Cremieux en Dauphiné. J'avois écrit au procès pour les religieuſes qui gagnerent leur cauſe.

Le 19 janvier 1704, il a été rendu un arrêt en la grand'chambre, au rapport de M. 8
Pucelle, qui a confirmé une ſentence de la conſervation de Lyon, qui avoit jugé valable la ſtipulation des intérêts entre marchands. C'eſt M. Terraſſon mon confrere, mon compatriote & mon ami, qui avoit écrit au procès, & comme tout ce qui part de lui eſt bon, le lecteur me ſçaura gré de rapporter ici le factum qu'il a fait ſur cette affaire, avec l'arrêt qui eſt intervenu.

Factum, pour dame Catherine le Franc, épouſe de meſſire Abel de Moriennes, chevalier, ſeigneur d'Amond, auparavant veuve du ſieur Claude Hugonin, marchand tireur d'or à Lyon, au nom & comme tutrice de ſes enfans, intimée. Contre Pierre Chauſſat, Marguerite & Conſtance Chauſſat, filles majeures; Françoiſe Chauſſat, femme du ſieur Thomas de Boſe marchand à Lyon, & Catherine Chauſſat, femme du ſieur Dru auſſi marchand à Lyon, appellans d'une ſentence rendue en la conſervation de Lyon, le 23 mars 1698.

IL ne s'agit point de ſavoir ſi les intérêts d'un argent prêté peuvent être ſtipulés par une ſimple obligation. Réduire le procès à cette queſtion générale, comme affectent de faire les appellans, c'eſt préſenter un faux objet à la juſtice, & mettre la queſtion dans un jour où elle ceſſe proprement d'être queſtion.

Tout conſiſte à examiner ſi à Lyon, qui eſt un pays de droit écrit, & qui a d'ailleurs des priviléges particuliers pour le commerce, un marchand ne peut pas recevoir légitimement les intérêts au denier de l'ordonnance, pour le prix de marchandiſes vendues à crédit à un autre marchand, qui ne s'acquite pas dans le tems marqué.

Voilà l'idée générale de la conteſtation: voici le fait qui y donne lieu. Le défunt

BIU Cujas

Pierre Chauſſat du Bois, marchand d'étoffes d'or à Lyon, ayant acheté de divers marchands pluſieurs marchandiſes à crédit, ſe vit hors d'état de les payer à l'echéance du terme, & engagea ſes créanciers, pour éviter l'éclat & la honte d'une banqueroute, à trouver bon qu'il vendît ſes marchandiſes au ſieur de Boſe ſon gendre, & qu'il leur en déléguât le prix.

Comme il ſouhaitoit fort auſſi de ſauver ſes immeubles de la vente qu'ils étoient en droit d'en faire, il obtint d'eux, à force de prieres, un contrat d'attermoïement, au moyen duquel ils l'en laiſſerent jouir, & en conſidération du préjudice que leur faiſoit ce délai, & de l'avantage qui lui en revenoit, il promit de leur payer au denier de l'ordonnance l'intérêt des ſommes qu'il leur devoit.

En exécution de ce contrat, quoique pluſieurs années après, le défunt ſieur Hugonin mari de l'intimée, qui étoit créancier de 9719 liv. 10 ſ. 6 deniers, reçut à compte 5300 liv. 17 ſols 6 deniers, avec les intérêts depuis le jour du contrat, qui montoient à 225 livres.

Après ſon décès, l'intimée ayant voulu exiger le reſte ſur le même pied, on lui a offert le principal & les intérêts, mais du jour ſeulement de la demande, & non pas du jour qu'ils ſont ſtipulés par le contrat, ce qui fait une différence conſidérable.

L'intimée, pour aſſurer au profit de ſes enfans mineurs, l'exécution d'un acte qu'on n'avoit fait nulle difficulté d'exécuter à l'égard de tous les autres créanciers, a été obligée de ſe pourvoir en la conſervation de Lyon, & y a obtenu une ſentence le 23 mai 1698, qui déclare le contrat dont il s'agit exécutoire contre les héritiers de Chauſſat du Bois, & en conſéquence les condamne au payement de que 4640 livres 11 ſols 6 deniers, qui reſtoient dûes au ſieur Hugonin, avec les intérêts depuis le 16 novembre 1678, jour du contrat d'attermoïement. C'eſt de cette ſentence, conforme à une infinité d'autres rentes rendues dans la même juriſdiction en pareil cas, que l'appel eſt porté en la cour.

Les appellans réduiſent tous leurs moyens à des déclamations vagues contre l'uſure, & à une longue ſuite de citations, qui en découvrent la noirceur & les dangers. Ils répétent en cent manieres différentes, que ce crime eſt ſévérement condamné par les loix divines & humaines. Ils rapportent au long ce que les auteurs anciens & modernes en ont crit, & paroiſſent s'étendre avec plaiſir ſur une matiere qui offre en effet un beau champ à l'invective.

Mais il ne voyent pas, ou ils feignent de ne pas voir, que ces maximes générales qui ſont connues de tout le monde, n'ont nulle application à l'eſpece qui ſe préſente; on ne s'engagera point, à leur exemple, dans une diſſertation inutile ſur les différens caractères de la vraie uſure; on ſe contentera de remarquer qu'en cette matiere, comme en toute autre, il faut éviter avec un ſoin égal l'excès de ſévérité & de relâchement, & que s'il n'eſt pas poſſible d'approuver ſans ſcandale les profits immenſes, que l'avarice ſçait tirer de l'indigence & du beſoin, on ne peut de même condamner ſans injuſtice le gain modéré que les loix des princes Chrétiens & des coutumes immémoriales ont permis en certains lieux pour la néceſſité du commerce.

Perſonne n'ignore qu'il n'y a point de ville dans le royaume où le commerce ſoit plus floriſſant qu'à Lyon, ni où l'importance de l'entretenir dans tout ſon éclat ait introduit plus de priviléges, ſoit en faveur de ceux qui l'exercent, ſoit à l'avantage de la juriſdiction qui connoît de leurs différends dans cet exercice: ce n'eſt donc pas ſur la rigueur du droit commun, qu'il faut examiner la conteſtation préſente; c'eſt ſur les priviléges particuliers que nos rois ont accordés aux marchands de Lyon.

Ainſi ſans qu'il ſoit néceſſaire de chercher dans les loix romaines la preuve & l'exemple des ſtipulations d'intérêts, ſans qu'il faille même examiner ſi l'occaſion continuelle où les marchands ſe trouvent de faire profiter leur argent, en l'employant en marchandiſes ſur leſquelles ils gagnent, n'eſt pas une conſidération légitime qui les autoriſe tous à prendre un intérêt plus ou moins grand ſelon la longueur du terme, il eſt certain qu'indépendamment de ces queſtions délicates, dans leſquelles on eſt heureux de pouvoir ſe diſpenſer d'entrer, l'uſage immémorial des marchands de la ville de Lyon ſuffit ſeul pour mettre entierement hors d'atteinte la ſtipulation d'intérêts dont il s'agit.

Ce n'eſt pas au reſte un de ces uſages pernicieux & abuſifs qui ne preſcrivent jamais contre la loi, & qui n'ont beſoin pour être réformés que d'être connus: car outre qu'il n'eſt guères vraiſemblable qu'on l'eût laiſſé ſubſiſter ſans trouble s'il eût été criminel; on voit d'ailleurs qu'il eſt formellement autoriſé par les ordonnances, qui ſont les premieres & les plus autentiques loix du royaume.

Il y a parmi les négocians de Lyon, en quatre tems différens de l'année, des termes fixes & arrêtés, qu'on appelle *payemens*, durant leſquels les marchands font acquitter leurs dettes ou renouveller leurs billets, & reçoivent toujours des intérêts de leurs débi-

BIU Cujas

teurs, auſſi marchands, pour le retardement du payement de la marchandiſe ; parce que d'un côté le créancier ne pourroit pas ſans cela y trouver ſon compte, & que d'un autre côté le débiteur en profite ; enſorte que ce gain réciproque qui fait le ſoutien du commerce, a rendu néceſſaire en ce cas-là la ſtipulation des intérêts.

Auſſi, toutes les ordonnances que la pureté de nos mœurs, & le zele de nos rois ont fait rendre contre l'uſure, diſtinguent exactement les ſtipulations d'intérêts entre les marchands de Lyon, pour le fait de leur commerce, d'avec les conventions de même nature entre d'autres particuliers.

L'ordonnance de Louis XI. de 1442, celles d'Henri III, de 1580 & 1581, permettent aux marchands de Lyon les intérêts qu'ils reçoivent ou qu'ils payent par un pur principe de commerce : & ſans remonter ſi haut, l'ordonnance de Louis XIII. du mois de mars 1634, qui eſt une loi poſtérieure, déclare nulles toutes les promeſſes qui pourroient être faites ſous ſeing-privé portant intérêts, *Si ce n'eſt à l'égard des marchands fréquentans les foires de Lyon, & pour cauſe de marchandiſes.*

L'édit du roi vérifié au parlement le 22 décembre 1665, après avoir déclaré nulles toutes promeſſes portant intérêts, ajoute la même exception qu'on vient de remarquer : *ſi ce n'eſt*, dit-il, *à l'égard des marchands fréquentans les foires de notre ville de Lyon pour cauſe de marchandiſes, ſans fraude toutefois ni déguiſement.*

L'ordonnance de 1673, confirme un réglement de 1667, touchant le même commerce de Lyon : *N'entendons rien innover à notre réglement, du 2 juin 1667, pour les acceptations, les payemens & autres diſpoſitions concernant le commerce dans notre ville de Lyon.*

Enfin, pour n'avoir aucun doute ſur la certitude de ces priviléges, il ne faut que lire l'édit de 1679, qui contient les mêmes diſpoſitions que celui de 1665, & dans les mêmes termes : *Déclarons nulles & de nul effet & valeur les promeſſes qui pourroient être ci-après paſſées portant intérêts, même celle de change & rechange, ſi ce n'eſt à l'égard des marchands fréquentans les foires de Lyon pour cauſe de marchandiſes.*

Il ſuit de-là évidemment que dans la régle générale les ſtipulations d'intérêts ſont défendues : mais que par une exception particuliere, qui eſt la preuve & la confirmation de la régle, elles ont été approuvées dans tous les tems pour le commerce de Lyon. On ne ſçauroit rapporter aucune loi qui ait dérogé à cet uſage : on voit au contraire que toutes les fois qu'il a été queſtion de l'appel d'une ſentence de la *conſervation* de Lyon, la cour s'eſt toujours déterminée par la faveur des priviléges de cette ville. Mornac en rend un témoignage autentique ſur le titre *de uſuris*. Il rapporte même un arrêt du dernier juillet 1604, & il ajoute : *Scio equidem frænos injeciſſe ſenatum, ut ne lues evagaretur latiùs, admitti enim vetuit, niſi inter eos qui verſari conſueverint in nundinis Lugdunenſibus.*

Si de la queſtion générale on paſſe au détail des circonſtances, on trouve que tout concourt à autoriſer les intérêts qui ſont le ſujet de la conteſtation.

Car premierement, outre que la créance dont il s'agit tire ſon origine de pluſieurs marchandiſes vendues de marchand à marchand : on voit de plus que les intérêts en ont été ſtipulés par un contrat qui eſt extrêmement avantageux au débiteur, puiſque les créanciers, qui après les termes échus étoient conſtamment en droit de le dépouiller de tout, & de le pourſuivre à la rigueur, voulurent bien pour aſſurer ſon honneur, ſa liberté & ſes biens, paſſer un traité avec lui, & le laiſſer jouir de ſes immeubles, en réſervant ſeulement pour eux l'intérêt au denier de l'ordonnance des ſommes qui leur étoient dûes, au lieu du profit conſidérable qu'ils auroient pu en tirer d'une autre maniere s'ils avoient été payés dans le tems : enſorte que cette ſtipulation d'intérêts eſt plutôt une partie de la grace qu'ils lui ont faite qu'une condition onéreuſe qu'ils lui ont impoſée.

En ſecond lieu le défaut de payement de ſa part les ayant d'abord rendus maîtres de ſes immeubles, on ne peut pas douter qu'ils n'euſſent pû légitimement en percevoir les fruits : or s'ils ont conſenti enſuite de lui en rendre la jouiſſance, il étoit bien juſte qu'il leur payât l'intérêt des ſommes qui leur étoient dûes, puiſqu'il jouiſſoit à leur préjudice d'un bien qui étoit devenu le leur, & dont il n'avoit tenu qu'à eux de recevoir les fruits au lieu d'intérêts ; d'autant plus que ſans cela ils en ſeroient venus à une diſcuſſion & à une vente qui leur auroit procuré leur payement, & la liberté par conſéquent d'en mettre les deniers à profit.

En un mot, le traité dont il s'agit ne peut paſſer que pour une vente ou pour une tranſaction : ſi c'eſt une vente que les créanciers ont faite de leurs droits, la ſtipulation d'intérêts y eſt permiſe, parce que toutes les pactions qui entrent dans les ventes & achats ſont partie du contrat. *L. Fundi partem ff. de contrah. empt.* Mornac, *ad hanc leg.*

Si ce n'eſt au contraire qu'une ſimple tranſaction pour empêcher la ruine totale du débiteur, la ſtipulation d'intérêts n'eſt pas moins licite, parce qu'en ce cas-là le principal & l'intérêt ne compoſent qu'un même prix ; & que l'un & l'autre qui ſont partie de la com-

BIU Cujas

poſition, ſont la condition expreſſe de l'accommodement. Ce n'eſt proprement que dans les contrats de pur prêt que les ſtipulations d'intérêts ſont réprouvées par les loix, & non pas dans les contrats de vente, de tranſaction & autres ſemblables, dans leſquels il eſt de principe que ces ſortes de conventions font toujours partie de prix.

Ce qu'il y a de plus extraordinaire, c'eſt que l'effet du contrat de 1678, qui eſt aujourd'hui conteſté à l'intimée, ne l'a jamais été aux autres créanciers dont il eſt fait mention dans le contrat: le ſieur Hugonin, de la créance duquel il s'agit, a reçu même une partie de ce qui lui étoit dû avec les intérêts; pourquoi refuſer le reſte à ſes enfans après ſa mort? Et pourquoi diſputer à un ſeul créancier ce qui a eu une pleine exécution à l'égard de dix-huit autres.

On ne parlera point ici de la renonciation que Catherine & Françoiſe Chauſſat prétendent avoir faite à la ſucceſſion de leur pere en 1692. On a ſuffiſamment établi par les écritures, qu'ayant d'abord pris la qualité d'héritieres & agi depuis en conſéquence, il n'étoit plus en leur pouvoir d'y renoncer, ſuivant la maxime, *ſemel hæres numquam deſinit eſſe hæres*, & que même depuis cette renonciation elles avoient encore vendu, comme héritieres, un domaine qui dépendoit de la ſucceſſion de leur pere. Ainſi une renonciation de cette nature, inutile déja par les actes qui l'ont précédée, démentie d'ailleurs par ceux qui l'ont ſuivie, & haſardée ſeulement au gré de l'intérêt & du beſoin, ne peut produire aucun effet.

L'intimée ne demande pas l'intérêt des intérêts, comme on le lui reproche injuſtement, elle ne prétend que les intérêts qui ſont échus depuis le contrat, conformément aux clauſes qui y ſont inſérées, & aux uſages du commerce de Lyon. Il n'eſt point queſtion d'examiner ſi ce qui paroît former ici un principal avoit été originairement produit par des intérêts. Dans quels embarras ne jetteroient point de pareilles recherches en matiere de commerce. Il faut s'en tenir au contrat de 1678, qui a tout réglé; & dès que ce contrat juſtifie que la créance du ſieur Hugonin étoit de 9719 liv. de principal, il n'eſt pas permis d'aller plus loin, ni d'en creuſer l'origine; puiſqu'en un mot cette ſomme a été employée pour principal au gré de tous les créanciers, & que l'on n'a fait en cela, comme le remarque l'avocat du roi de la conſervation de Lyon, que ce qui s'eſt pratiqué de tous tems dans le commerce de cette ville.

On eſpere que la cour, ſi attentive à conſerver les coutumes de chaque province, maintiendra ſur-tout un ancien uſage que le bien du commerce a établi, que la ſage prévoyance de nos rois a autoriſé, & qui renfermé dans les bornes de la prétention de l'intimée, n'a rien en effet que de légitime & de favorable.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis; ſçavoir faiſons, qu'entre Pierre Chauſſat, Marguerite & Conſtance Chauſſat frere & ſœurs, enfans & héritiers par bénéfice d'inventaire de défunt Pierre Chauſſat du Bois, vivant marchand à Lyon, leur pere; Françoiſe Chauſſat femme de Thomas du Bois, & Catherine Chauſſat épouſe de Jean-Claude Dru, auſſi filles dudit défunt Chauſſat du Bois, ayant renoncé à ſa ſucceſſion, & autoriſées par juſtice au refus de leurs maris, appellans de la ſentence de la conſervation de Lyon du 23 mai 1698, d'une part, & damoiſelle Catherine le Franc veuve de Claude Hugonin, tutrice de leurs enfans mineurs, héritiers de leur pere, intimée d'autre: Et entre leſdits Claude, Pierre, Marguerite & Conſtance Chauſſat èſdits noms, demandeurs en entérinement de lettres de reſciſion par eux obtenues en chancellerie le 28 novembre 1703, ſuivant la requête du 29 dudit mois de novembre, ſignifiée le premier décembre enſuivant, d'une part; & ladite le Franc veuve Hugonin èſdits noms, défendereſſe d'autre. Vû par notredite cour ladite ſentence dont eſt appel, rendue à la conſervation de Lyon le 23 mai 1698, entre ladite le Franc èſdits noms, demandereſſe contre Claude, Françoiſe, Catherine, Marguerite, Héleine & Marie Chauſſat du Bois; ladite Catherine femme de Claude Dru, ladite Françoiſe femme dudit Thomas du Bois, autoriſées par juſtice à leur refus, ſuivant le jugement du 22 mai 1697, & encore contre Jean Dantoine curateur de Conſtance, & Pierre Chauſſat du Bois, leſdits freres & ſœurs Chauſſat, enfans & cohéritiers dudit Chauſſat du Bois, défendeurs; par laquelle le contrat d'accord du 16 novembre 1678, auroit été déclaré exécutoire contre leſdits Chauſſat & conſorts, en la qualité qu'ils étoient convenus, & ſur les biens dudit défunt Chauſſat du Bois, comme il étoit de ſon vivant; & en conſéquence les auroit condamné perſonnellement pour leur part, & hypothécairement pour le tout payer à ladite le Franc veuve Claude Hugonin la ſomme de 4640 liv. 11 ſols 6 deniers, reſtante de celle portée par ledit contrat avec les intérêts, ſuivant l'ordonnance, depuis le jour d'icelui juſqu'à l'actuel payement,

BIU Cujas

en faisant toutefois par ladite le Franc l'emploi à la forme de la tutelle qui lui avoit été déférée, & auroit condamné lesdits Chaussat & consorts aux dépens: Arrêt d'appointé au conseil le 19 mai 1699, causes & moyens d'appel desdits Chaussat & consors du 17 janvier 1702, contenant leurs conclusions, à ce que l'appellation, & ce dont avoit été appellé fut mis au néant en ce que lesdits Chaussat & consors avoient été condamnés aux intérêts de la somme de 4640 liv. 11 sols, 6 deniers, due à la succession dudit Claude Hugonin, à compter depuis le contrat du 16 novembre 1678, & aux dépens, émandant quant à ce il fut ordonné que lesdits Chaussat payeroient à ladite le Franc, suivant leurs offres, les intérêts seulement du jour de la demande, & que lad. le Franc fût condamnée en tous les dépens, tant des causes principales que d'appel; réponse de ladite le Franc du 26 juin 1702, ausdites causes & moyens d'appel; productions des parties, contredits respectifs d'icelles des 5 août 1702, & 12 juin 1703, ceux de ladite le Franc servant de salvations; requête desdits Chaussat & consors du 4 août 1702, contenant leurs conclusions à ce qu'il leur fût donné acte de la déclaration qu'ils faisoient, qu'elles n'avoient point offert ni entendu offrir de payer à ladite veuve Hugonin la somme de 40640 liv. 11 sols 6 deniers qu'elle prétendoit être dûe à la succession dudit Hugonin son mari, par celle dudit Chaussat du Bois des 9719 liv. 12 s. 6 den. portés par le contrat d'accord fait par ledit défunt Chaussat avec les créanciers le 16 novembre 1678, ni les intérêts de ladite somme, échus depuis la demande de ladite veuve Hugonin jusqu'à l'actuel payement; & en cas qu'il se trouvât quelques offres sous leurs noms, elles les révoquoient; comme aussi acte leur fût donné de ce que pour addition au surplus des causes & moyens d'appel qui avoient été fournis, tant sur leurs noms que ceux de leurs freres & sœurs le 17 janvier dernier, & moyen particulier d'appel de leur part, elles employoient le contenu en leur requête, avec ce qui avoit été par elles écrit & produit en l'instance pour la justification de leurdit moyen d'appel particulier, & en conséquence que l'appellation & ce dont avoit été appellé fût mis au néant, émandant attendu la renonciation par elle faite au greffe de notredite cour le 13 février 1692, à la succession de leur pere, produite en l'instance, débouter ladite veuve Hugonin de la demande qu'elle avoit formée contre lesdits Chaussat & consors en la conservation de Lyon, sur laquelle la sentence dont étoit appel étoit intervenue, & qu'elle fût condamnée aux dépens, tant des causes principales que d'appel faits à leur égard, sur laquelle requête auroit été réservé à faire droit en jugeant: Requête de ladite le Franc du 8 juin 1703, employée pour réponses à celle desdits Chaussat & consors; production nouvelle de ladite le Franc faite par requête du 13 juillet 1703, contredits desdits Chaussat & consors, du 20 juillet 1705, contre ladite production nouvelle, servant de salvations & de réponses: Requête de ladite le Franc du 20 août 1703, employée pour plus amples réponses à cause d'appel & contredits: Requête desdits Chaussat du 23 août audit an, employées pour plus amples contredits & réponses, lesdites lettres de rescision obtenues en chancellerie par lesdits Chaussat & consors le 28 novembre 1703, contre la stipulation d'intérêts, portée par ledit acte du 16 novembre audit an 1678, la requête & demande desd. Chaussat & consors du 29 novembre 1703, signifiées le premier décembre ensuivant, à ce que lesdites lettres de rescision fussent entérinées, & en conséquence qu'en procédant au jugement de l'instance, leur adjuger les fins & conclusions par eux prises en ladite instance, & par lesdites lettres, & que ladite veuve Hugonin fût condamnée en tous les dépens, ladite requête employée par lesdits Chaussat & consors, pour écritures & production sur ladite demande, au bas de laquelle requête signifiée est l'ordonnance de notredite cour, portant ait acte, fourniroient les parties adverses de défenses, écriroient & produiroient dans le tems de l'ordonnance, & joint requête de ladite le Franc du 22 décembre 1703, employée pour écritures & production, suivant l'ordonnance étant au bas de ladite requête du premier décembre, contredit de ladite le Franc du 22 décembre audit an, servant de défenses: Requête de ladite le Franc du 4 janvier présent mois, employée pour contredits contre la production faite par lesdits Chaussat & consors, suivant ladite ordonnance étant au bas de leur requête, sommation de satisfaire à tous les réglemens, acte de rédistribution de l'instance à M. René Pucelle conseiller, au lieu de M. Dequeslain, aussi conseiller du 29 novembre audit an 1703, tout joint & considéré. Notredite cour faisant droit sur le tout, sans avoir égard aux lettres & demandes desdits Chaussat du Bois & consors, desquelles elle les déboute, a mis & met l'appellation au néant, ordonne que ce dont a été appellé sortira effet, condamne lesdits Chaussat du Bois en l'amende ordinaire de douze livres, & en tous les dépens. Si te mandons mettre le présent arrêt à exécution, de ce faire te donnons pouvoir. Donné en parlement le 19 janvier 1704, & de notre régne le soixante-uniéme, par la chambre, *signé* du Tillet.

BIU Cujas

La juriſprudence des parlemens de droit écrit, ſur la ſtipulation des intérêts des ſommes prêtées par promeſſes ou obligation, eſt fort incertaine.

9 Il ſemble que la juriſprudence des parlemens de droit écrit devroit être certaine ſur ce point; car c'eſt un principe certain en droit, que l'on peut ſtipuler l'intérêt de l'argent prêté, ſuivant la loi *Titius 24, ff. de præſcript. verb.* & les loix 3, 7 & 26, au code, *de uſur.* cependant elle eſt très-incertaine. Je remarquerai en paſſant que dans le droit le mot *uſure* ſignifie la même choſe que parmi nous le mot intérêt; car l'uſure en droit, n'eſt autre choſe que le revenu de l'argent prêté, *uſura eſt reditus pecuniæ creditæ*, dit M. Cujas dans ſes paratitles du code ſur ce titre. Je ne m'arrêterai point ici à rapporter la différence qu'il y avoit à ce ſujet, entre les contrats de bonne-foi & les contrats de droit étroit; mon deſſein n'eſt pas de faire un ouvrage d'érudition, mais un livre d'uſage, πολιτικος λογος.

Cependant la juriſprudence des parlemens de droit écrit ſur cette matiere eſt fort incertaine & même fort biſarre. Le parlement de Toulouſe abhorre, dit M. Maynard, liv. 2, ch. 27, les intérêts qui ont ſuccédé aux uſures, M. d'Olive, liv. 4, ch. 20, dit que quoique le droit reçoive les intérêts ſtipulés par le contrat de prêt, & en ordonne la condamnation, néanmoins le parlement de Toulouſe n'adjuge jamais les intérêts des ſommes dûes à titre de prêt, que depuis l'introduction de l'inſtance. M. de la Rocheflavain, liv. 6, ſur le mot *intérêt*, tit. 54, art. 7, & M. de Cambolas, liv. 1, ch. 37, rapportent un arrêt qui a jugé que les intérêts ne ſont dûs que du jour de l'introduction de l'inſtance, quoique le débiteur eût prié le créancier d'attendre pendant un an, lui promettant de lui payer les intérêts. M. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 192, col. 2, atteſte la même juriſprudence.

Mais ſi les intérêts ont été payés en vertu de la ſtipulation, ſans aucune demande en juſtice, ils ne peuvent point être imputés au principal, à moins qu'ils ne ſoient exceſſifs, ſuivant la juriſprudence des arrêts du même parlement, rapportés par M. d'Olive, liv. 4, ch. 19, M. Cambolas, liv. 1, chap. 40, & Deſpeiſſes, au même endroit, pag. 93, & 95, M. Brodeau, ſur M. Louet; lettre I, ch. 8, nomb. 9, rapporte ua arrêt rendu en la chambre de l'édit du parlement de Paris, le 4 juillet 1627, qui l'a ainſi jugé, en conſéquence d'un acte de notoriété délivré par les officiers de la ſénéchauſſée de Toulouſe.

10 * Il faut encore obſerver qu'au parlement de Toulouſe, dans les ordres & diſcuſſions de biens, les intérêts ne ſont colloqués qu'après tous les capitaux, ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés par Maynard, liv. 7, ch. 51, la Rocheflavain, liv. 6, tit. 54, art. 1 & 2. D'Olive, liv. 4, chap. 21. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 695. Cette régle reçoit pluſieurs exceptions. 1°. En faveur de la dot des femmes, 2°. en faveur de la légitime des enfans, 3°. en faveur de la caution qui a été contrainte de payer au créancier des intérêts, & non pour les intérêts qui lui ſont dûs par le débiteur, pour avoir payé au créancier ſon principal; 4°. pour les intérêts dûs au vendeur d'un héritage; 5°. pour les intérêts adjugés par ſentence ou arrêt depuis la demande *ſecùs* de ceux échus depuis la condamnation. Toutes ces exceptions ſont faites par les mêmes auteurs ci-deſſus cités, & Graverol, ſur la Rocheflavin, liv. 6, tit. 58, art. 3. Il faut dire la même choſe des intérêts, des ſoutes de partages, des retours de change, & du reliqua d'un compte de tutelle, & autres cauſes favorables.

La même juriſprudence eſt ſuivie au parlement de Bordeaux.

11 Le parlement de Bordeaux ſuit à peu près la même juriſprudence, il n'autoriſe pas les ſtipulations d'intérêts; mais quand ils ont éte payés, il n'en ordonne pas l'imputation au principal, quand iils ſont légitimes, ſuivant le témoignage de M. Lapeyrere, dans les déciſions du parlement de Bordeaux, lettre I, nomb. 45.

M. Brodeau, ſur M. Louet, lettre I, ch. 9, nomb. 8, dit qu'il a vu un acte de notoriété des officiers du ſiége préſidial de Xaintes du mois de Janvier 1639, qui porte que dans ce ſiége & dans tout le reſſort du parlement de Bordeaux l'uſage eſt que les ſommes de deniers dûs par cédules & obligations, produiſent intérêt du jour du commandement de payer, ſans qu'il ſoit beſoin de demande judiciaire. Cependant Automne ſur la loi *magnam*, au code, *de contrahend. & committ. ſtipul.* fait mention d'un arrêt rendu au parlement de Bordeaux la veille de Noël 1583, qui a jugé que les intérêts ne ſont pas dûs du jour de la ſimple ſommation, mais ſeulement du jour de l'aſſignation en juſtice. M. Hevin, dans ſes notes ſur les plaidoyers de M. Frain, tom. 1, chap.

BIU Cujas

77, nomb. 13, dit que cela a été ainſi jugé au parlement de Bretagne, dans un procès évoqué du parlement de Bordeaux.

* *Idem.* D'une rente d'un office, & de toutes les choſes qui produiſent des fruits, *ex natura feudi.*

Au parlement d'Aix, les intérêts peuvent être ſtipulés.

Au parlement de Provence il eſt permis de ſtipuler les intérêts, & ils ſont dûs du jour de la ſtipulation, ſuivant un arrêt du 15 novembre 1666, rapporté par M. Boniface, dans ſon recueil d'arrêts du parlement de Provence, tome 2, liv. 4, tit. 4, ch. 8. 12

Juriſprudence du parlement de Grenoble.

Le parlement de Grenoble eſt auſſi favorable aux intérêts, il permet de les ſtipuler, & en ordonne le payement du jour de la ſtipulation, ſuivant les arrêts rapportés par M. Baſſet, tom. 1, liv. 6, tit. 14, ch. 4, & par M. Chorier dans ſa juriſprudence ſur Guy-Pape, pag. 252 & 277. Il y a plus, quoique la ſtipulation ne ſoit pas expreſſe, il en ordonne le payement, ſi dans l'acte le débiteur s'eſt obligé de payer dans un certain tems, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, ſuivant les arrêts rapportés par M. Expilly, chap. 85 & 86, & par M. Baſſet au même endroit. Automne, dans l'endroit ci-deſſus cité, rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux du 30 mai 1696, qui a jugé que les intérêts ne ſont dûs que depuis l'interpellation judiciaire, quoique le contrat contienne la clauſe, *à peine de tous dépens, dommages & intérêts.* Baſſet, au même endroit, rapporte un arrêt du parlement de Grenoble, qui a autoriſé une promeſſe pour des intérêts échus, quoiqu'il n'y eût aucune demande; il en rapporte encore un qui a jugé qu'un ſimple commandement ſuffit pour faire produire des intérêts. 13

Idem, *au parlement de Pau.*

Au parlement de Pau, les intérêts des deniers prêtés peuvent être ſtipulés, & ſont dûs *ante moram*, ſuivant le témoignage de M. Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 11. 14

Marſeille.

* Dans le journal du palais il y a un arrêt du conſeil d'état du 11 mai 1676, qui fait défenſes aux échevins de la ville de Marſeille de paſſer à l'avenir des obligations avec ſtipulation des intérêts; par cet arrêt il ſemble que le roi ait voulu défendre de prononcer la ſtipulation des intérêts: mais par la lecture de cet arrêt il eſt aiſé de connoître qu'il a été rendu en faveur de l'hôtel-de-ville de Marſeille, pour des raiſons particulieres qui ne doivent point être tirées à conſéquence.

Breſſe & Bugey.

* Dans les provinces de Breſſe & de Bugey, il eſt permis aux parties de ſtipuler les intérêts de l'argent prêté, ſuivant un arrêt du conſeil d'état, obtenu par les ſyndics du pays le 29 mars 1642, dont le diſpoſitif eſt conçu en ces termes: *Le roi en ſon conſeil a permis & permet à tous ſes ſujets du pays de Breſſe & Bugey, de ſtipuler entre majeurs les intérêts au taux de l'ordonnance, aux obligations de prêt, ſans qu'ils puiſſent être imputés en rentes conſtituées.* En vertu des lettres-patentes expédiées le même jour, cet arrêt a été enregiſtré au parlement de Dijon, & au bailliage de Bourg-en-Breſſe, le tout eſt rapporté par Revel, ſur les ſtatuts de Breſſe & Bugey, pag. 242.

* Quand les intérêts n'ont pas été ſtipulés par l'acte du prêt, on peut les faire produire en vertu d'un ſimple commandement, qui produit le même effet qu'une demande en juſtice, ſuivant le témoignage de Revel, pag. 240. Cet auteur ajoute qu'un ſemblable commandement ne tombe point en péremption, & qu'il dure 30 ans, c'eſt-à-dire, que les intérêts dûs en vertu d'un ſemblable commandement peuvent être demandés de 30 années, à compter du jour du commandement.

* Le même auteur, pag. 248, dit que dans la Breſſe & dans le Bugey, l'intérêt des deniers appartenans aux pupilles & aux mineurs, eſt dû par le débiteur, ſans ſtipulation ni interpellation.

* La coutume particuliere de la ville & échevinage d'Arras, art. 15, oblige les tuteurs de donner à intérêt les deniers de leurs pupilles.

BIU Cujas

Rouen.

* Au parlement de Rouen, non-seulement il n'eſt pas permis de ſtipuler les intérêts des ſommes de deniers ; ils ne ſont pas même dûs en vertu d'une demande en juſtice, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du grand-conſeil du 29 mars 1677, rendu en conſéquence des actes de notoriété de la province. Le diſpoſitif de cet arrêt eſt rapporté dans le journal du palais. Cette juriſprudence ſinguliere eſt fondée ſur ce que l'ordonnance d'Orléans n'a pas été enregiſtrée au parlement de Rouen.

* On peut voir ce qui eſt dit dans ce tom. 2, liv. 4, queſt. 49, & dans les queſtions poſtérieures, au ſujet des intérêts.

* Il y a auſſi l'ordonnance de l'empereur Charles Quint qui permet aux marchands de prêter à intérêt à douze pour cent, de laquelle il eſt fait mention par Perezius, ſur ſon code *de uſur. nomb.* 14.

DE L'INSINUATION DES DONATIONS.

QUESTION CENT-ONZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si une donation d'une rente annuelle & perpétuelle, faite par un pere à ſon fils religieux, faute d'inſinuation eſt nulle.*
2. *Raiſons des religieux.*
3. *Raiſons de l'héritier.*
4. *Arrêt qui a déclaré la donation nulle.*
5. *Sentiment de l'auteur contraire à l'arrêt.*
6. *Raiſons de l'auteur des obſervations, pour montrer que l'arrêt n'eſt pas juridique.*
7. *Dans les parlemens de droit écrit, l'héritier du donateur n'eſt pas recevable à débattre la donation, faute d'inſinuation.*
8. *Au parlement de Provence, outre l'inſinuation, il faut une déclaration en jugement par le donateur.*
9. *En Dauphiné, il faut que les donations ſoient faites par-devant le juge, en préſence de trois parens ou voiſins.*

QUESTION CXI.

Si la donation faite au profit d'un religieux & de ſon couvent, eſt nulle au défaut d'inſinuation ; & ſi ce défaut peut être réparé pour en être fait quelque mention au teſtament du donateur.

1 TITIUS entrant dans une religion, ſon pere lui donne, & au couvent dans lequel il devoit faire profeſſion, une rente annuelle & perpétuelle de dix écus : cette donation n'ayant point été inſinuée, elle eſt débattue par l'héritier du pere, quoique celui-ci l'eût aucunement rappellée par ſon teſtament en ces mots, *outre la penſion.*

2 On diſoit de la part des religieux, que comme la donation étoit favorable, & faite au profit d'un couvent, en conſidération d'un fils qui étoit entré dans icelui, elle ne pouvoit pas être débattue par un ſimple défaut d'inſinuation. Que comme la cauſe pie étoit privilégiée, elle ne devoit pas être ſujette à une formalité extrinſeque, & de laquelle les mineurs étoient diſpenſés. Bref, que c'étoit de mauvaiſe odeur que l'héritier qui étoit tenu des faits & promeſſes du défunt, oſât débattre ce qu'il avoit donné, & choquer ſon intention.

On ajoûtoit, que quand le défaut d'inſinuation ſeroit conſidérable, il ſeroit toujours réparé par le teſtament & par le témoignage que le pere a rendu par icelui, qu'il vouloit que la donation fût exécutée : qu'ayant dit en faiſant un legs, *outre la penſion*, il l'avoit par ce moyen confirmée, & que c'étoit autant que s'il l'avoit de rechef donnée ou léguée. Qu'en effet ces termes qui devoient opérer quelque choſe, avoient la force d'un legs & devoient équipoler.

Au contraire, on diſoit que la donation n'étant pas inſinuée, étoit nulle par ce défaut, & que l'Ordonnance étant générale, on n'en pouvoit pas 3
exempter la cauſe pie. Qu'en effet les arrêts ont jugé, que toutes donations y étoient ſujettes, & que l'égliſe ne s'en pouvoit diſpenſer. Que c'eſt une ſolemnité néceſſaire, une forme qui lie toutes les perſonnes, & que l'héritier peut auſſi-bien oppoſer que les créanciers.

Et quant aux mots du teſtament, deſquels on ſe vouloit prévaloir, ils ne pouvoient réparer un défaut ſi conſidérable, ni faire valoir un acte nul. Que quand les termes ſeroient plus exprès, ils ne pourroient pas couvrir la nullité, parce que ce n'eſt rien faire que de confirmer une choſe nulle.

Enfin, qu'on ne pouvoit pas dire que ce fût une nouvelle donation, les termes n'y conviennent pas, & ne ſont pas ſuffiſans. Et quoiqu'il ſemble que le teſtateur ait entendu que la choſe ſubſiſtât, c'eſt parce qu'il a cru la donation valable, mais il n'a pas donné de nouveau.

On nous a aſſuré que la donation avoit été déclarée nulle

nulle par arrêt, quoiqu'elle fût rappellée par le teſtament, *ſi non expreſſè, ſaltem tacitè & implicitè.* Nous tenons cela du ſieur du Clapier, conſeiller au préſidial de Lyon, & il nous a fait eſpérer l'arrêt. C'eſt ce que pourtant nous ne pouvons pas bien goûter, & il ſemble que ces termes, *outre la penſion*, doivent opérer un legat tacite, & que c'eſt la même choſe que ſi le teſtateur l'avoit leguée; bref, qu'en un cas aſſez favorable, *eadem vis eſt taciti, ac expreſſi.*

OBSERVATIONS.

De l'inſinuation des donations.

L'Auteur, dans cette queſtion, fait mention d'un arrêt qui a déclaré nulle une donation faite au profit d'un religieux & de ſon monaſtère, faute d'inſinuation. M. Ricard, dans ſon traité des donat. pag. 255, fait mention de cet arrêt. 5

La queſtion dans la thèſe générale ne ſouffre point de difficulté; car il eſt certain à préſent au parlement de Paris, que les donations faites à l'Egliſe doivent être inſinuées, auſſi-bien que celles qui ſont faites aux laïques, ſuivant les arrêts rapportés par M. Loüet & ſon commentateur, lett. D, chap. 27, & dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 1, ch. 37.

Mais dans l'eſpece rapportée par l'auteur, j'ai bien de la peine à croire qu'une donation de cette eſpece puiſſe être débattue par faute d'inſinuation. C'étoit un pere qui avoit fait donation de dix écus de rente à ſon fils en entrant dans la religion; d'ailleurs, par ſon teſtament, il avoit fait un legs modique au monaſtère, & avoit ajouté que c'étoit outre la penſion. 6

1°. Il eſt certain que les donations faites par un pere à ſon fils, en faveur de mariage, n'ont pas beſoin d'inſinuation, ſuivant les arrêts rapportés par le même auteur; or, la profeſſion religieuſe eſt un mariage ſpirituel qui doit avoir la même faveur.

2°. Il s'agiſſoit d'une rente modique de dix écus par an; le frere de ce religieux, qui étoit héritier univerſel du pere commun, n'étoit pas recevable à débattre une ſemblable donation; car quoique dans le reſſort du parlement de Paris, les héritiers du donateur puiſſent ſe prévaloir du défaut d'inſinuation, néanmoins on ne doit pas les écouter quand la donation eſt modique.

3°. L'auteur remarque avec raiſon que les termes du teſtament, *outre la penſion*, doivent opérer un legs tacite; & qu'ainſi, quand la donation n'auroit pas été valable en ſoi, elle auroit dû valoir comme un legs.

Si dans les parlemens de droit écrit, les héritiers ſont recevables à débattre les donations, faute d'inſinuation.

J'obſerverai en paſſant, que c'eſt avec raiſon que les parlemens de droit écrit ne ſouffrent pas que les héritiers du donateur puiſſent oppoſer le défaut d'inſinuation: cette formalité n'a été introduite que pour empêcher les fraudes que l'on pourroit pratiquer contre les créanciers, ſuivant la loi *data 27, Cod. de donat.* qui eſt la premiere qui a introduit la néceſſité de l'inſinuation; mais à l'égard de l'héritier du donateur, ce n'a jamais été l'intention de la loi de lui donner des armes pour détruire les ouvrages de ſon bienfaiteur, & revenir contre ce qu'a fait celui qu'il repréſente. Les auteurs de Toulouſe & de Bordeaux ſont rapportés par M. Ricard, au même endroit, pag. 263 & 276. Il faut ajouter M. Catelan, dont on a donné au public un recueil d'arrêts qui eſt très-bon; il traite bien cette matiere dans le tom. 2, liv. 5, ch. 9. 7

Au parlement de Provence, outre la néceſſité de l'inſinuation, il faut que le donateur déclare en jugement, & en préſence de deux conſuls du lieu, que telle eſt ſa volonté, ſuivant un ſtatut rapporté par Morgues, pag. 57 & 58. 8

Il y a auſſi un ſtatut en Dauphiné, fait par Louis XI, qui deſire, pour la validité des donations entre-vifs, qu'elles ſoient faites devant le juge du lieu, en préſence de trois parens ou voiſins. Il eſt rapporté à la fin des œuvres de Guy Pape, avec un commentaire de Jean de la Croix; par Baſſet, plaid. 5, pag. 48, & Chorier, pag. 231. 9

M. Expilly, dans ſes arrêts, chap. 72, dit que toutes donations faites par contrat de mariage ſont valables ſans inſinuation. Il y en a un arrêt dans le deuxieme tome du journal des audiences, liv. 1, ch. 26.

Je ne m'étendrai pas d'avantage ſur la matiere des inſinuations, elle eſt fort bien traitée par M. Ricard, dans l'endroit ci-deſſus cité. Il faut ſeulement remarquer que depuis ſon décès, eſt intervenue la déclaration du 25 novembre 1690, qui a été rapportée ci-deſſus dans la queſtion 50.

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'Ai remarqué dans ma premiere obſervation, qu'en Dauphiné & en Provence, pour la validité d'une donation, il faut, outre l'inſinuation, d'autres formalités : il eſt néceſſaire d'obſerver qu'en Normandie, la donation doit être publiée & enregiſtrée au greffe, & lue à l'audience, les aſſiſes tenantes, & ſi avant le jour des aſſiſes, les quatre mois étoient prêts à expirer, il faut faire publier la donation à l'audience ordinaire & journaliere, à la charge de réïtérer la publication aux prochaines aſſiſes, ainſi que M. Baſnage le certifie ſur l'article 448 de la coutume de Normandie.

Le même auteur, au même endroit, ſur la fin, dit que l'inſinuation doit être faite pardevant le bailli, elle ne peut pas être faite pardevant le vicomte, qui eſt le premier juge royal, ſi ce n'eſt que les héritages compris dans la donation ſoient ſitués dans la viconté : en ce cas, il faut deux inſinuations, l'une au bailliage, l'autre à la vicomté.

J'ai dit après M. Expilly, qu'en Dauphiné, toutes les donations faites par contrat de mariage, ſont valables, ſans inſinuation ; il faut y joindre Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 16, chap. 3, qui rapporte pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé, & Chorier, ſur Guy Pape, pag. 234.

Au contraire, le parlement de Provence juge que toutes donations, quoique faites par contrat de mariage, même par les pere & mere, doivent être inſinuées, ſuivant les arrêts rapportés par M. Boniface, dans la ſuite de ſon recueil d'arrêts, tome 2, liv. 4, tit. 1, chap. 7.

La même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Rouen, ſuivant les arrêts rapportés par M. Baſnage, dans l'endroit ci-deſſus cité : il en excepte pourtant la dot des filles, & le don mobile fait par la femme au mari.

La juriſprudence du parlement de Paris eſt plus réguliere : elle diſtingue 1°. entre les donations faites par les pere & mere & autres aſcendans, parce qu'en ce cas, c'eſt plutôt le payement d'une dette, qu'une pure libéralité. A l'égard des donations faites par les collatéraux & les étrangers, quoiqu'en faveur de mariage, elles ont beſoin d'inſinuation.

2°. A l'égard du mari & de la femme, il faut diſtinguer entre les donations ordinaires, qui tiennent lieu de conventions, & les autres qui ſont de pures libéralités.

Les premieres, comme le douaire & le préciput dans les pays de coutume, & l'augment, bagues & joyaux, dans les pays de droit écrit, n'ont pas beſoin d'inſinuation, parce qu'il eſt notoire à tout le monde qu'il ne ſe fait point de mariage ſans cela, *ea quæ ſunt moris & conſuetudinis ſemper ineſſe cenſentur.* Mais les ſecondes, qui ſont extraordinaires, ont beſoin d'inſinuation.

L'inſinuation eſt requiſe en Breſſe & Bugey, mais elle n'a commencé à y être pratiquée qu'en 1618, ſuivant le témoignage de M. Revel, ſur les ſtatuts de Breſſe.

BIU Cujas

DE LA VENTE DES MEUBLES DES MINEURS.

QUESTION CENT-DOUZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les mineurs ſont d'autant plus favorables, qu'ils ſont déplorables, en ce qu'ils ſont ſouvent expoſés à bien des frais.*
2. *Souvent les frais d'un inventaire en excédent la valeur.*
3. *Les teſtateurs peuvent defendre aux officiers de juſtice la confection de l'inventaire de leurs biens.*
4. *Inconvénient de laiſſer faire l'inventaire par un notaire affidé au tuteur.*
5. *Reméde à cet inconvénient.*
6. *Arrêt des grands jours tenus à Lyon en 1596, qui fait défenſes aux tuteurs de retenir les meubles des mineurs pour le prix de la priſée, & leur ordonne de les faire vendre au plus offrant & dernier enchériſſeur.*

QUESTION CXII.

Comme ſe doit faire la vente des meubles des mineurs, & comme les tuteurs en ſont comptables.

COMME la minorité eſt auſſi-bien le fléau des familles que des royaumes, auſſi faut-il avouer que la condition des mineurs eſt d'autant plus favorable qu'elle eſt déplorable. C'eſt ce qui doit porter à les traiter favorablement, & à ne pas permet-
1 tre qu'on les conſomme en frais inutiles. Les mineurs en ſouffrent aſſez de néceſſaires & qu'on ne peut éviter ſans les ſurcharger d'autres frais. C'eſt ce que pourtant la plûpart des Juges ordinaires font, ou ſouffrent par leur connivence. Si ce n'eſt pas une proye pour eux, ce l'eſt pour leurs greffiers, & un tuteur qui doit paſſer par leurs mains, n'a garde de leur contredire.

2 C'eſt choſe étrange que bien ſouvent les frais d'un inventaire en excédent la valeur, & que ce qu'il contient ne ſuffit pas pour la taxe des officiers. C'eſt ce que Bartole condamne ſur la loi *Mediterraneæ, C. de annonis, & tribut.* Ce que le vieux commentateur de la coutume d'Auvergne, a remarqué ſur l'article 7 du titre des tuteurs, où il cite le texte de la loi premiere, *ff. de ineffic. teſtam.* qui porte que ceux qui peuvent prévenir cela, *melius facerent, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent.* Et c'eſt en effet ce qui oblige les teſtateurs qui délaiſſent des enfans
3 ou héritiers, de défendre aux officiers la confection d'inventaire de leurs effets, ſuivant l'article 164 de l'ordonnance de Blois, confirmée par l'ordonnance de l'an 1629.

Sur quoi nous ſommes obligés de remarquer, que
4 ſi d'un côté on évite quelques frais, on tombe d'ailleurs dans un inconvénient plus fâcheux : car l'inventaire ſe faiſant par un notaire affecté & affidé, il arrive le plus ſouvent que les veuves & les tuteurs n'y font comprendre que ce qu'ils veulent. Et c'eſt peut-être pour ce ſujet que l'article cotté de la coutume d'Auvergne porte, que dorénavant les inventaires ſe feront par le juge, ou aucun par lui commis, officier ou autre, ſelon la qualité, état des parties, & valeur des biens, à moins de frais que faire ſe pourra. Ainſi nous jugerions à propos
5 qu'un taſtateur en prohibant l'inventaire aux officiers, y mit cette condition, ſi mieux ils n'aimoient pour leur ſalaire & vacations, ſe contenter de la ſomme qu'il jugeroit raiſonnable : ou du moins que le teſtateur nommât lui-même le notaire, de la probité duquel il ſe tiendroit aſſuré.

Au reſte, ce qui eſt porté par l'arrêt que nous donnons au public, ne s'obſerve pas à la rigueur, & le tuteur n'ayant pas fait vendre les meubles, il n'encourt point d'autre peine que du pariſis de l'eſtimation des meubles. C'eſt pourquoi les officiers ſont obligés de bien prendre garde à l'eſtimation qu'on fait, & de choiſir des eſtimateurs experts, & qui ſoient gens de bien, afin que ſi le tuteur, ou la veuve, pour obvier aux frais de la vente, retient les meubles, les mineurs n'en reçoivent point de préjudice notable.

Quand à la vente, il eſt juſte que ni le greffier, ni le ſergent ou crieur public, ne ſoient reçus a faire des encheres, ni qu'ils puiſſent retenir les meubles : mais il eſt à craindre que ce qu'ils ne peuvent pas faire directement, ils ne le faſſent indirectement, & par perſonnes interpoſées.

Celui qui a fait des additions au commentaire de la coutume d'Auvergne, rapporte à ce ſujet quelques vers qui marquent l'abus des juges de village en la confection des inventaires, & qui ont été tirés de l'Epître d'*Adrianus Turnebus*, à M. le chancelier de l'hôpital, & laquelle épître il dit être inſérée dans un petit diſcours de l'abus des juſtices de village. Nous y renvoyons le lecteur, & nous nous contentons de dire qu'on peut nommer l'héritier *emptorem, aſt illos hæredes dicere poſſe.*

Extrait des Regiſtres des Grands-Jours.

SUR ce que le procureur général du roi a re- 6
montré à la cour ès grands jours, que les tuteurs au lieu de faire expoſer en vente les meubles des mineurs, les retiennent au prix de l'eſtimation à vil prix, y ajoutant le pariſis, au grand préjudice deſdits mineurs, dont la plûpart du bien en cette ville, conſiſte en meubles, ſuppliant la cour y pourvoir pour leur bien, & ne ſe puiſſe faire fraude. La matiere miſe en délibération, ladite cour conformément aux ordonnances & arrêts, pour la conſervation des droits des mineurs, & à ce qu'il n'y ſoit fait fraude, a fait & fait inhibitions & défenſes aux tuteurs, & à tous autres, de retenir les meubles deſdits mineurs pour le prix de la priſée, ni autre que de la vente, que ladite cour ordonne

BIU Cujas

être faite au plus offrant & dernier enchériſſeur, les ſolemnités accoutumées gardées. Auxquelles ventes ne ſeront reçus à encherir les commiſſaires, greffiers des inventaires, ni autres qui aſſiſteront aux inventaires & procéderont auxdites ventes : ce que ladite cour leur défend ; le tout à peine de nullité de la vente deſdits biens meubles, dommages & intérêts. Et ſera ledit arrêt lû & publié au ſiége, à ce qu'il ſoit notoire. FAIT à Lyon eſdits grands jours, le 27 novembre 1596. *Signé*, VOISIN.

OBSERVATIONS.

Si les tuteurs peuvent retenir les meubles de leurs mineurs ſuivant la priſée.

DAns cette queſtion, l'auteur rapporte un arrêt de réglement fait aux grands jours tenus à Lyon en 1596, par lequel il eſt fait défenſes aux tuteurs, de retenir les meubles des mineurs pour le prix de la priſée, & à eux enjoint de les faire vendre au plus offrant & dernier enchériſſeur avec les ſolemnités accoutumées, auſquelles ventes ne ſeront reçus à enchérir les greffiers qui auront aſſiſté à l'inventaire.

Depuis ce tems la cour a fait pluſieurs réglemens ſemblables, mais ils ſont mal obſervés.

DE LA TAILLE, ET DES PRIVILÉGES DES BOURGEOIS De Lyon.

QUESTION CENT-TREIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Régulierement pour acquérir les priviléges de bourgeoiſie dans la ville de Lyon, il faut y avoir demeuré dix ans.*
2. *Exception en faveur des officiers des maiſons royales & des mineurs.*
3. *Arrêt de la cour des aides, du 11 mars 1650, qui juge qu'un mineur allant demeurer à Lyon, n'a pas beſoin de faire aucune déclaration, ni d'obſerver aucunes formalités.*
4. *Les formalités requiſes pour acquérir le droit de bourgeoiſie, ne ſont pas néceſſaires à ceux qui ſont revêtus de charges, qui demandent une réſidence actuelle.*
5. *L'exemption de la taille accordée aux bourgeois de la ville de Lyon n'eſt pas générale, elle eſt bornée à une ſeule ferme.*
6. *Eloge de la ville de Lyon.*

QUESTION CXIII.

Si celui qui n'eſt point encore cottiſable, s'établiſſant dans Lyon, eſt obligé d'y demeurer dix ans avant que de pouvoir jouir du privilége.

1 ON a cru qu'abſolument il falloit avoir demeuré dix ans dans Lyon avant que de pouvoir être cenſé habitant de cette ville, & de jouir des priviléges attribués à ſes habitans. Il eſt pourtant néceſſaire d'y apporter quelque modification ; cette rigueur n'a lieu que pour ceux qui ont acquis ailleurs un actuel domicile, & y ſont cottiſés. Comme ils ne changent de domicile, ou ne font ſemblant de le changer, que pour jouir de l'exemption, & qu'il y peut avoir de la fraude, auſſi a-t-il fallu y mettre des conditions & reſtrictions.

2 Mais comme un privilegié n'a point de vrai domicile, du moins quant à la taille, comme il en eſt exempt, & qu'il n'y a pas le même ſoupçon de fraude, auſſi n'eſt-il pas obligé en allant s'établir à Lyon, d'attendre le cours de dix ans pour jouir du privilége.

Il en faut autant dire pour un mineur, il n'a point de domicile encore aſſuré, & s'il ſuit celui du pere, c'eſt dans l'attente de ſon élection, juſques à ce on peut le prendre pour un ſujet vague & flottant, & il faut attendre qu'étant majeur il regle ſon domicile : & nous ne croyons pas qu'il faille faire différence entre l'officier privilégié & le mineur. Il eſt vrai que l'officier a ſon domicile plus certain, & qu'il ſemble l'avoir choiſi & rendu fixe : mais ce n'eſt qu'à cauſe de ſon office, & ſous condition qu'il le garde. Ainſi ſon domicile ſemble être plutôt attaché à ſa charge qu'à ſa perſonne ; & il eſt vrai de dire que c'eſt l'office qui l'y retient. De ſorte que ne l'ayant plus, ſon domicile ceſſe, & il eſt aux termes d'une élection premiére. D'où s'enſuit qu'allant s'établir dans une ville franche, il y peut d'abord acquérir un domicile & y jouir des priviléges.

C'eſt ce que la cour des aides ſemble avoir préjugé par l'arrêt qui ſuit, & que nous donnons au public pour ſervir de régle, tant pour le point que nous avons touché, que pour les autres queſtions incidentes, & que monſieur l'avocat général a traitées dans ſon plaidoyer, qui pourra ſatisfaire le lecteur. Ainſi *favores ampliandi, odia reſtringenda.*

BIU Cujas

Arrêt contradictoirement rendu en la cour des aides, le onziéme de mars de l'année mil six cent cinquante, par lequel l'exemption des tailles des habitans de Lyon eſt confirmée.

Extrait des regiſtres de la cour des aydes.

3 Entre les conſuls, manans & habitans de la ville de Saint-Chamont, appellans des ordonnances rendues par les tréſoriers de France en la généralité de Lyon, les troiſiéme juin & ſeptiéme juillet mil ſix cent quarante-neuf, tant comme des juges incompétens, qu'autrement, d'une part; & Marc-Antoine Mazenot, marchand, bourgeois de la ville de Lyon, intimé, d'autre: & encore ledit Mazenot, appellant de la taxe & impoſition faite de ſa perſonne, aux rôles des tailles de ladite paroiſſe de Saint Chamont, l'année derniere mil ſix cent quarante-neuf, & demandeur en lettres de converſion dudit appel en oppoſition: ce faiſant, qu'il ſoit dit, qu'à bonne & juſte cauſe il s'eſt oppoſé: faiſant droit ſur ſon oppoſition, il ſera rayé & biffé du rôle des tailles de ladite paroiſſe, les deniers, ſi aucuns il avoit été contraints de payer, à lui rendus, à ce faire ceux qui les auroient reçûs, contraints par les mêmes voies; avec défenſes de l'impoſer à l'avenir, tant & ſi longuement qu'il ne ſera leur habitant, & ne fera acte dérogeant à ſon privilege, & pour l'indue vexation, ils ſeront condamnés aux dépens, d'une autre part; & leſdits conſuls, aſſeſſeurs & collecteurs, parteurs & regaleurs des tailles de ladite paroiſſe, intimés & défendeurs, d'autre: Et encore entre leſdits conſuls & habitans, demandeurs en lettres par eux obtenues en chancellerie le 11 novembre 1649, ſignifiées le 16 décembre enſuivant, à fin d'être reçus à articuler, prouver & vérifier les faits y mentionnés, & judiciairement appellans, tant comme de juge incompétent, qu'autrement, des jugemens rendus par le ſieur de Champigny, les 13 mars & 20 juin 1648, ſur la pourſuite & demande deſdits conſuls & habitans, d'une autre part; & ledit Mazenot, défendeur & intimé, d'autre: Et entre Jean-Baptiſte Aymond, Antoine Guyot, Jean Morteliere & conſors, aſſeeurs & collecteurs de la taille de la ville de Saint-Chamont, en l'année 1649, demandeurs en requête par eux préſentée à la cour le 28 octobre 1649, à fin d'être reçûs oppoſans à l'exécution de l'arrêt contradictoire qui avoit été obtenu par ledit Mazenot le 6 août audit an; contenant ſurſéance à l'exécution deſdits rôles, & tant eux, que les conſuls & habitans judiciairement demandeurs, à ce qu'en cas que la cauſe fût appointée, leſdits rôles fuſſent exécutés par proviſion, d'une autre part; & ledit Mazenot, défendeur, d'autre: Et encore les échevins de la ville de Lyon, demandeurs en requêtes par eux préſentée à la cour le août 1649, à ce qu'ils ſoient reçus parties intervenantes, & qu'attendu que le négoce que ledit Mazenot fait audit Saint Chamont, doit être permis à tous les marchands de ladite ville, & ne dérogeant point à ſon privilége, qu'il y ſoit maintenu, & les concluſions par lui priſes adjugées, d'une autre part, & leſdits conſuls, habitans, & Mazenot, défendeurs, d'une autre part: ne pourront les qualités préjudicier. Après que Cheſnuot, avocat pour les habitans de Saint Chamont, appellans, a dit, que ſon appel eſt des ordonnances rendues par les tréſoriers de France de Lyon: par la premiére deſquelles ils ont fait défenſes d'impoſer l'intimé aux rôles des tailles de la ville de Saint-Chamont; & par la ſeconde, ſurſis l'exécution des rôles à l'encontre dudit intimé, ſoutient qu'il a été mal, nullement & incompétemment jugé par les tréſoriers de France, leſquels ne ſont juges compétens, pour connoître des taxes des particuliers, mais ſimples ordonnateurs des états du roi; & au fond dit, que l'intimé eſt né de perſonnes taillables, & n'a privilége en lui, pour mériter l'exemption qu'il prétend, ni moins ſe l'attribuer par la qualité d'habitant de la ville de Lyon, laquelle, outre qu'elle eſt formellement déniée, l'intimé ne peut montrer qu'il ait ſatisfait aux formalités preſcrites par les déclarations intervenues en faveur des habitans de ladite ville, qui ſont la publication de ſa nommée au prône de la paroiſſe dont il prétend être ſorti, & de la déclaration de ſes biens donnée au greffe de l'hôtel de ville de Lyon, pour pouvoir valablement, après dix ans, acquerir domicile en ladite ville: mais outre que ces choſes ne ſe trouvent exécutées, il a preuve en main comme l'intimé a volontairement payé les taxes auxquelles il a été taxé en qualité d'habitant de la ville de ſaint Chamont & y trafiquant. De vérité, en l'année 1638, l'intimé ſe trouvant impoſé, & méditant une prétendue exemption, ſe ſeroit plaint de ſa taxe; pourquoi la cauſe dévolue en la cour, & portée en l'audience, les habitans ayant mis en fait qu'il étoit leur habitant, & ſoutenu au contraire par l'intimé, qu'il étoit habitant de la ville de Lyon; par arrêt auroit été ordonné que les parties feroient preuve de leurs faits: ce qui étant demeuré ſans exécution, enfin par une tranſaction paſſée entre les parties, il a été convenu que l'intimé payeroit deux années de ſes taxes, & outre, la ſomme de deux mille livres, pour acquitter les dettes de la ville de Saint-Chamont ſans aucune reſtitution: ce qui juſtifie ſa demeure audit lieu de Saint-Chamont; & depuis ce tems, n'a délaiſſé d'y être encore taxé comme habitant, & a volontairement payé. Ce qui eſt ſi véritable, qu'il a charge par procuration expreſſe des habitans qu'il a en main, de mettre en fait, avec offre de vérifier, en cas de dénégation, que ledit intimé eſt originaire de la ville de Saint-Chamont, y a ſa femme & famille, & y fait tout ſon négoce; pour la commodité duquel il y a néceſſité d'avoir la maiſon paternelle ſiſe audit lieu de Saint-Chamont, où ſont établis les comptoirs, & où même l'uſage de l'eau, qui n'eſt pas commune, ſe trouve propre audit négoce: de plus, a preuve en main comme ledit intimé contribue aux dettes de ladite ville, & en conſéquence jouit des priviléges d'icelle, & y a été marguiller; deſquels faits il n'échet pas même de faire la preuve après le procès-verbal, fait par monſieur de Bragelonne, conſeiller en la cour, juſtificatif d'iceux: & davantage un jugement des commiſſaires de la douane de Lyon, qui condamne l'intimé à payer les droits des marchandiſes fabriquées en la ville de Saint-Chamont, avec permiſſion de faire paſſer à droiture leſdites marchandiſes, ſans paſſer à Lyon. Mais quand tous ces moyens d'habitation ceſſeroient & que l'intimé prétendroit avoir acquis ſa demeure par l'eſpace de dix ans en la ville de Lyon, l'on met en fait qu'il déroge à ſon privilége, au moyen de la manufacture de ruban qu'il exerce, laquelle paſſe juſqu'à deux millions de livre par chacun an, contre les priviléges de la ville, leſquels permettent aux habitans de tenir par leurs mains une maiſon de plaiſir ſeulement, & non pas même une ferme, & l'intimé exerçant le commerce dont il a parlé, & faiſant même valoir pluſieurs fermes par ſes mains, ainſi qu'il a charge de l'articuler, ſoutient qu'il a été mal jugé, & conclut à ce que dès-à-préſent l'intimé ſoit déclaré cottiſable en la ville de Saint-Chamont, ou en tout cas ſes parties reçues en la preuve de leurs faits; & cependant les rôles exécu-

BIU Cujas

tés, demande dépens. Farcet, avocat pour les aſſéeurs & collecteurs de Saint-Chamont, qui a adhéré aux concluſions priſes par les habitans, & en la proviſion en cas d'interlocutoire, & que Rozée pour Mazenot, intimé, & pareillement en appellant, a dit qu'il s'agit en la cauſe de ſçavoir ſi ſa partie eſt taillable en la ville de Saint-Chamont, ou non, pourquoi il faut établir le lieu de ſon domicile, demeure d'accord que Mazenot eſt natif de Saint-Chamont, dès l'année 1610 & y a continué ſa demeure juſques à l'an 1620, que ſon pere le deſtinant aux études, l'envoya pour cet effet en la ville de Lyon, où il demeura juſques en l'année 1629, qu'il vint à Paris ſe faire recevoir avocat en parlement, on a communiqué la matricule; & depuis retourné à Lyon, y a exercé lad. charge; cela juſtifié par vingt certificats qu'il a en main, & ainſi il eſt vrai de dire que juſqu'en ſix cens trente-quatre, qui a été le tems de ſa majorité, & auquel il pouvoit faire élection de domicile, l'intimé n'étoit domicilié à S. Chamont pour y pouvoir être cottiſable. Et quand il y auroit demeuré, ce que non, il n'auroit pû y être valablement taxé auparavant ladite année, attendu ſa minorité; de ſorte qu'il eſt inutile d'appliquer à la cauſe les formalités requiſes par les reglemens, pour acquérir domicile en la ville de Lyon: mais au fait, il eſt conſtant que ſa partie étoit demeurante en ladite année 1634 en la ville de Lyon, & y fit choix de ſon domicile, pourquoi le ſeptiéme décembre de ladite année par ſurabondance de droit, & afin d'ôter tous prétextes de taxes, il donna ſa nommée à l'hôtel-de-ville dudit Lyon, ſans aucune déclaration de biens, ne poſſédant lors qu'une ſeule penſion de douze cent livres par an; fit publier aux habitans de Saint-Chamont, qu'il entendoit demeurer aud. Lyon, depuis lequel tems il y a ſi véritablement demeuré, qu'il rapporte les certificats des prévôts des marchands & échevins, juſtificatifs de ladite demeure, les quittances des payemens de l'aumône, ſon élection en qualité de tréſorier de ladite aumône, où il s'eſt trouvé en avance d'une ſomme de ſept cent vingt mille livres, & a ſi utilement ſervi les pauvres, qu'il en a eu les remerciemens: rapporte auſſi les certificats des curés, qui atteſtent ce fait de demeure, ſon contrat de mariage avec une fille de ladite ville de Lyon; la quittance du payement par lui fait d'une ſomme de ſept mille livres, comme aiſé de ladite ville de Lyon: les extraits des regiſtres baptiſtaires de ſes enfans; les quittances des loyers d'une maiſon qu'il a occupée en ladite ville de Lyon avant l'acquiſition qu'il a faite de celle qu'il habite à préſent, & qu'il a toujours habité depuis ſon acquiſition, qui ſont toujours les marques deſirées pour l'établiſſement d'un véritable & actuel domicile; nonobſtant, en ſix cent trente-ſix, il fut impoſé à Saint-Chamont, dont s'étant plaint, & parce que les habitans mirent en fait, comme ils font encore aujourd'hui, que l'intimé étoit leur habitant, par arrêt ils ont été reçûs à la preuve du fait, laquelle néanmoins ils n'ont pû faire. Et enfin, après pluſieurs procédures faites en la cour, s'eſt paſſée la tranſaction dont a été parlé; laquelle, ſauf la correction de la cour, n'établit pas le domicile de l'intimé, quoiqu'elle porte que les taxes des deux années demeureront définitivement aux habitans, leſquels l'intimé a mieux aimé abandonner, & en obliger les habitans, que de ſe réſerver un recouvrement incertain: ce qui ne peut lui être objecté en la cauſe, pour reconnoiſſance de l'équité deſdites taxes, ſans une extrême ingratitude. Depuis, en ſix cent quarante, l'intimé ayant été encore impoſé, s'eſt pourvu par-devant les élus, où il a obtenu ſentence de radiation, dont il n'y a appel, & qui paſſe en force de choſe jugée, laquelle a eu ſon exécution juſques en l'année 1648 & 49, qu'étant impoſé, il s'eſt pourvu pardevant les tréſoriers de France; leſquels, par une premiere ordonnance, ont ordonné que les habitans & conſuls de Saint-Chamont ſeroient appellés: & par une ſeconde, que les parties ſe pourvoiront en la cour ſur leurs différends: & cependant défenſes d'exécuter les rôles: leſquelles défenſes ſont d'autant plus juridiques, qu'elles ſe trouvent avoir été confirmées par deux arrêts de la cour rendus avec les habitans, aſſéeurs & collecteurs, qui eſt l'état de la cauſe, en laquelle la cour voit d'une part le téméraire appel des habitans, & de l'autre, l'appel de la taxe de la perſonne dudit Mazenot, à une ſomme exceſſive de trois mille ſix cens livres, fondé ſur ce qu'il eſt bourgeois de la ville de Lyon, ce qu'il prétend avoir pleinement juſtifié par les piéces qu'il rapporte, contre leſquelles on allégue que ledit intimé fait trafic à Saint-Chamont, dont il eſt natif; qu'il y a maiſon & des ſerviteurs; qu'il a été d'une confrérie, & jouit des priviléges de la douane, qui ſont tous faits incapables d'établir un domicile. Quand à ce que l'on dit, que contre les priviléges de la ville de Lyon, il fait valoir pluſieurs de ſes fermes par ſes mains, il le dénie formellement, & eſt porteur des baux qu'il en a faits à divers particuliers, & qui ont été communiqués. A l'égard de la confrérie, elle n'induit point de domicile; & pour le trafic & négoce, demeure d'accord d'avoir des ſerviteurs à Saint-Chamont, pour recevoir & plier les marchandiſes qu'il donne à manufacturer; mais qu'en cela il ne contrevient point aux priviléges de la ville de Lyon, les marchands de laquelle ont des ouvriers, magaſins & manufactures en pluſieurs lieux & provinces, qui ne préjudicient pourtant en aucune façon à leurſdits priviléges. Reſte le prétendu procès-verbal, que l'on dit avoir été fait d'office par M. de Bragelonne, conſeiller en la cour, étant ſur les lieux, à l'exécution duquel en tant que beſoin ſeroit, il ſupplie la cour recevoir ſa partie oppoſante, attendu qu'il eſt inoui & contre les réglemens, qu'en matiere civile on ſe tranſporte ès maiſons des particuliers, pour faire rapport de l'état des lieux & deſcription de leurs biens & facultés: Après quoi conclut à ce que les habitans de Saint-Chamont ſoient déclarés ſans griefs, & mal fondés en leur appel: Et faiſant droit ſur l'appel des taxes dudit Mazenot, il ſoit dit, ayant égard aux lettres par lui obtenues, qu'à bonne & juſte cauſe il s'eſt oppoſé; ordonné qu'il ſera rayé des rôles de ladite ville de Saint-Chamont les années 1648 & 49, & que les deniers par lui payés, lui ſeront rendus & reſtitués, avec défenſes de le plus impoſer à l'avenir, & demande dépens. Oui l'hôte pour les échevins de la ville de Lyon, intervenans, qui a revendiqué le particulier appellant pour leur habitant, & employé pour moyens ceux déduits par ſon avocat; enſemble Ravot, pour le procureur général du roi, qui a dit que la cour doit prononcer ſur deux ſortes d'appellations: les premieres ſont des ordonnances rendues par les tréſoriers de France de Lyon, par la premiere deſquelles ils ont fait défenſes d'impoſer; & par la ſeconde, ils ont ſurſis l'exécution des rôles, elles ſont qualifiées comme de juges incompétens, & avec raiſon, puiſque les tréſoriers de France ne ſont point créés juges par l'ordonnance, mais ordonateurs des finances, ſuivant l'état du roi ils n'ont ni *merum*, ni *mixtum imperium*, mais *ſimplicem cognitionem*; en quoi conſiſtoient autrefois les emplois des Ædiles: mais comme il n'eſt pas inconvénient que les perſonnes privées n'approchent des ſentimens de la droite raiſon, conſidérant l'affaire par le fond, il ſe peut dire qu'il ne manque à leurs ordonnances que le titre & le caractere de juges, & le pouvoir

BIU Cujas

d'en ordonner. Mazenot d'autre part a interjetté appel de l'impoſition faite de ſa perſonne, en l'année 1649, à la ſomme de trois mille ſix cens livres, il ne ſe plaint pas que cette taxe ſoit exceſſive, mais injuſte, comme faite ſur un habitant de la ville de Lyon; les priviléges de la ville de Lyon ont été confirmés par tant d'arrêts de la cour, qu'ils ne ſont plus en état d'être conteſtés : cette ville, l'une des principales du royaume, eſt née dans la franchiſe, bâtie *in ſolo libero*; dès-lors de ſa conſtruction elle fut faite colonie romaine, avec pouvoir d'uſer du droit italique : laquelle prérogative emportoit avec ſoi non-ſeulement l'immunité de tous tributs & redevances, mais même l'honneur de l'entrée au ſénat, & tous les autres avantages des citoyens romains. La ville de Lyon conſerve avec ſoin la réponſe de l'un des empereurs de Rome, à quelques devoirs & complimens qui lui étoient faits de ſa part : *Nos non pudet ex Lugduno ſocios noſtri ordinis habere viros.* Cette ville n'a pas été de moindre conſidération ſous les Gots & les rois de Bourgogne; & depuis qu'elle eſt venue à la couronne, lorſque ſous Charle VII le royaume fut rendu tributaire, elle fut exceptée de la loi commune & tous les réglemens faits depuis, ou contiennent en ſa faveur une clauſe dérogatoire, ou ſont ſuivis d'une déclaration expreſſe pour conſerver ſes priviléges, qui ſont demeurés aux termes de l'arrêt de 1597 & la déclaration de 601. La cour a trois queſtions à juger; l'une, ſi l'appellant eſt effectivement habitant de la ville de Lyon; l'autre, s'il a ſatisfait & dû obſerver les réglemens; & la troiſiéme, ſi les ouvrages qu'il fait manufacturer aux environs de S. Chamont *per inſtitores*, lui peuvent être imputés à dérogeance. Pour le premier point, la cour remarquera que l'appellant n'eſt devenu majeur qu'en l'année 1634, & qu'auparavant la majorité, un homme n'eſt point réputé avoir un domicile d'élection : c'eſt une plante, laquelle n'a point jetté de racine, & ſe peut tranſporter ſans péril. Auparavant ſa majorité il demeuroit à Lyon, où par la perſévérance de ſa demeure, il a confirmé le choix qu'il avoit fait auparavant d'y faire ſa réſidence; & pour preuve il eſt à remarquer que dès l'année 1638 les habitans de Saint-Chamont l'ont compris dans leur rôle : la cour fut ſaiſie de l'appel, les habitans furent aſſignés, les parties appointées à faire preuve de leurs faits, par arrêt auquel les habitans de leur part n'ont point ſatisfait; mais Mazenot rapporte une enquête compoſée de témoins ſans reproches, par la dépoſition deſquels il eſt reconnu habitant de Lyon dès l'année 1629. Depuis il a paſſé dans toutes les charges, deſquelles il s'eſt acquitté à la ſatisfaction de ſes concitoyens; il en eſt ſorti avec remerciement du corps de ville, il eſt encore aujourd'hui aſſiſté de l'intervention du conſulat de Lyon, qui le vendique & le connoît pour un des ſiens. Cette intervention eſt de poids & de conſidération; la multitude & l'abondance du peuple fait que de pareils témoignages s'accordent à Paris, ſur le ſuffrage d'un quartenier, ou d'un autre officier de ville : mais ils ſe donnent à Lyon en connoiſſance de cauſe, après délibération au bureau de la ville, & ſe peut dire que le prevôt des marchands & les échevins ſont animés du zele qui porta autrefois un des conſuls de Rome, à proteſter dans le ſénat, qu'il endureroit plutôt la mort, que de ſouffrir que l'honneur dû au citoyen fût rendu commun aux étrangers, *ſe moriturum potiùs quàm paſſurum civitatis Romanæ vulgari honorem.* Les habitans de Saint-Chamont, contre ces preuves, n'ont que des allégations de faits, la plupart deſquels ne ſont pas incompatibles avec la demeure à Lyon.

Quand au ſecond point, il eſt vrai que les reglemens veulent que les nouveaux venus en la ville, donnent au bureau de l'hôtel de ville, la déclaration de leurs biens immeubles; mais le reglement doit être entendu de ceux qui ſont propriétaires d'héritages auparavant la tranſlation de leur domicile. L'appellant n'eſt pas de ce nombre, puiſque les teſtamens de ſon pere & de ſon frere font connoître que juſques en l'année 1638, il n'a poſſédé aucun domicile, & que ceux qui lui ſont avenus par la reſtitution du fidéicommis, ſont donnés à ferme juſques à l'enclos de ſa maiſon de Saint-Chamont: & ainſi la ſeule difficulté, laquelle reſte en la cauſe, eſt de ſçavoir ſi ſon trafic le fait déroger. Pour réſoudre cette difficulté, il échet de remarquer que l'induſtrie eſt de ſoi une qualité indifférente, elle n'eſt ni franche, ni tributaire; c'eſt une qualité accidentelle, ſujette à ſuivre la fortune du ſujet auquel elle eſt attachée; ſur un tête libre, elle eſt exempte de toute impoſition; & au contraire *in capite cenſo*, elle paſſe pour un ſujet d'augmentation de taxe. On fait encore une autre remarque, que les réglemens des tailles n'ont jamais permis aux habitans des lieux taillables, d'impoſer autres que les membres de leur communauté, ſinon en cas de propriété ou d'exploitation de domaine dans le territoire des paroiſſes, par une eſpece d'indemnité, d'autant que la taille étant mixte dans ſon impoſition, & envoyée aux paroiſſes à proportion de leur territoire, elles demeureroient en perte, ſi les réglemens ne leur permettoient de ſe venger, & ſuivre les perſonnes, ou des fermiers, ou des propriétaires, lorſqu'ils ne demeurent pas en lieux taillables, ſur leſquels on puiſſe faire le renvoi des taxes : mais en l'eſpece de la cauſe, les habitans de Saint Chamont ſont hors le cas de perte & d'indemnité; il y va bien en ceci de l'intérêt particulier, puiſque le plus riche ſeroit incommodé de la taxe de laquelle il s'agit, mais l'intérêt public y eſt tout autre, la prétention des habitans de Saint-Chamon iroit à rompre la liaiſon néceſſaire entre la ville & la campagne. La ville à l'égard du plat-pays a toujours été comparée au cœur; elle reçoit du plat-pays ſa ſubſiſtance, mais elle lui diſtribue les eſprits qui le ſoutiennent : la ville ſans la campagne ſeroit en incommodité, mais la campagne ſans le ſecours de la ville tomberoit en létargie. Et ſi cette raiſon politique eſt digne de conſidération pour les autres villes du royaume, elle eſt toute autre pour la ville de Lyon, que l'on peut nommer *Officinam artium*, titre que l'on donnoit autrefois à une des principales villes de la Grece : la France lui eſt redevable du ſecours de toutes les manufactures, qu'il nous falloit auparavant chercher à grand prix chez les étrangers. Les mémoires d'état font foi, que lorſqu'on voulut autrefois y établir des corps de juſtice, la raiſon politique s'y oppoſa, non que cette ville ne fût capable de les recevoir, & ne méritât de les obtenir, mais l'on crût que l'eſprit de citoyens ſe portant à l'ambition des élus aux charges, le commerce y ſeroit à mépris au dommage de tout le royaume.

Au moyen de quoi ils eſtiment y avoir lieu de dire qu'il a été mal & nullement jugé par les tréſoriers de France de Lyon; émendant, leur faire défenſes de connoître de telles matieres, & aux ſujets du roi de procéder pardevant eux, à peine de nullité, caſſation des procédures, dépens, dommages & intérêts, & de cinq cens livres d'amende. Et ayant égard aux lettres obtenues par Mazenot, convertir l'appel en oppoſition, y faiſant droit, ordonner qu'il ſera rayé, & ſa taxe réimpoſée & levée dans trois mois; pendant lequel tems ſurſéoiront les contraintes des receveurs, contre les collecteurs, de pareille ſomme, & faire défenſes aux habitans, aſſéeurs & collec-

BIU Cujas

teurs de l'impoſer à l'avenir, tant qu'il ſera habitant de la ville de Lyon, & ne fera acte dérogeant aux priviléges. La cour a reçu & reçoit les prevôt des marchands & échevins de la ville de Lyon intervenans en la cauſe. A pareillement reçu les parties de Rozée & Cheſnuot oppoſans, & reſpectivement appellans. Les a tenus pour bien relevés. Et faiſant droit ſur le tout, ayant égard aux concluſions du procureur général du roi, dit qu'il a été mal & nullement jugé; en émendant, a fait inhibitions & défenſes aux tréſoriers de France de plus connoître à l'avenir de telles matieres, à peine de nullité de leurs ordonnances, & caſſation de procédures, fait pareilles inhibitions & défenſes aux ſujets du roi de les reconnoître juges en telles matieres, à peine de deux mille livres d'amende, & de tous dépens, dommages & intérêts des parties: & ayant égard aux lettres par le demandeur obtenues, & intervention des échevins de Lyon, dit qu'à bonne & juſte cauſe ledit demandeur s'eſt oppoſé, ordonne qu'il ſera rayé des rôles de la paroiſſe de Saint Chamont, & que les deniers par lui payés pour l'année 1649 ſeulement, lui ſeront rendus & reſtitués, & à cette fin, réaſſis, impoſés & levés ſur les habitans dans trois mois, à la diligence des appellans, par les aſſéeurs & collecteurs en charge l'année préſente, en vertu du préſent arrêt: & cependant, a ſurſis les contraintes du receveur, à l'encontre deſdits appellans, pour le payement de pareille ſomme. Fait inhibitions & défenſes aux habitans, aſſéeurs & collecteurs de ladite paroiſſe de Saint Chamont, de plus impoſer à l'avenir le demandeur en leurs rôles, tant & ſi longuement qu'il ſera bourgeois de la ville de Lyon, & ne fera acte dérogeant à ſon privilége, ſans dépens. Et ordonné que le préſent arrêt ſera lu & publié, l'audience tenante, & élections, & ès prônes des paroiſſes du pays de droit écrit. Enjoint aux ſubſtituts du procureur général du roi, d'y tenir la main, & de certifier la cour de leurs diligences au mois. Fait à Paris en ladite cour des aydes, le onzieme jour de mars 1650. Collationné. *Signé*, Boucher.

OBSERVATIONS.

Des priviléges des bourgeois de la ville de Lyon, touchant l'exemption des tailles.

L'Auteur rapporte ici un arrêt rendu en la cour des aides le 11 mars 1650, qui a jugé qu'un mineur en allant demeurer dans la ville de Lyon, n'a pas beſoin pour acquérir l'exemption des tailles, de faire aucune déclaration, c'eſt-à-dire, de déclarer au bureau de l'hôtel-de-ville qu'il veut s'établir à Lyon pour acquérir le droit de bourgeoiſie; cela s'appelle donner ſa nommée à la ville.

4 L'auteur dit, & cela eſt vrai, que pour acquérir le droit de bourgeoiſie de la ville de Lyon, & jouir de l'exemption des tailles, il faut y avoir demeuré pendant dix ans; mais cela ne doit s'entendre que de ceux qui n'ont point d'emplois: car à l'égard de ceux qui ont des emplois ou des charges conſidérables dans la ville qui demandent une réſidence actuelle, & qui établiſſent un domicile certain, je crois qu'il n'eſt pas néceſſaire, pour jouir des priviléges, d'attendre dix ans.

L'arrêt rapporté ici par l'auteur a été rendu en faveur du ſieur Mazenot, qui étoit marchand de la ville de Lyon, & qui avoit pluſieurs manufactures de ſoie dans la ville de Saint Chamont, que l'on appelle Saint Chaumont, qui eſt une petite ville de la province, où il y a quantité d'ouvriers en ſoie, où il avoit été impoſé à la taille pour raiſon de ſes manufactures, & dont il fut déchargé par cet arrêt.

5 Il ſemble, ſuivant le langage de notre auteur, que l'exemption de taille accordée aux habitans de la ville de Lyon ſoit générale pour tous leurs biens; cependant elle eſt bornée à une ſeule maiſon de plaiſir, avec le clos, ſi aucun y a, qu'ils peuvent faire valoir par leurs mains, ou par leurs valets & domeſtiques; pourvu que ces valets ne poſſédent point de biens en propres, & ne ſoient pas mariés. A l'égard des autres maiſons, fonds & héritages, ils ſont obligés de les bailler à ferme ou grangeage à des gens tailliables, qui ſont impoſés pour le profit qu'ils font, & même ils peuvent être nommés conſuls, c'eſt-à-dire, collecteurs.

6 Je ne dois pas manquer d'obſerver les éloges qui ſont donnés à la ville de Lyon, dans le plaidoyer de M. Ravot, avocat général de la cour des aides, qui eſt inſéré dans l'arrêt qui eſt ici rapporté. Il l'appelle la maîtreſſe ville du commerce, *officina artium*. Il dit qu'elle eſt née dans la franchiſe, & que dès-lors de ſa conſtruction, elle fut faite colonie Romaine, avec pouvoir d'uſer du droit Italique; ce droit emportoit avec ſoi tous les avantages de citoyen Romain: c'eſt pourquoi un empereur prononça ces belles paroles, *nos non pudet ex Lugduno ſocios noſtri ordinis habere viros*. Enfin il remarque que lorſque le royaume fut tributaire, la ville de Lyon en fut exceptée; je ne m'étendrai pas ici ſur l'antiquité de la ville de Lyon, ni ſur ſes priviléges, je me réſerve à le faire dans un autre endroit.

NOUVELLE OBSERVATION.

Le privilége des bourgeois de la ville de Lyon a lieu dans toute l'étendue du gouvernement du Lyonnois, qui comprend le Lyonnois, Forez & Beaujolois; il s'étend auſſi dans les provinces voiſines, comme dans la Breſſe & dans le Bugey, où les bourgeois de Lyon poſſédent pluſieurs héritages. Ils ont été maintenus dans cette exemption par pluſieurs arrêts du parlement de Dijon, cités par Collet ſur les ſtatuts de ces provinces, liv. 2, pag. 258, col. 1.

DES

BIU Cujas

DES OFFICES.

QUESTION CENT-QUATORZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait.*
2. *Sentence du ſénéchal de Lyon, qui juge que le vendeur d'un office ayant paſſé quittance du prix entier au profit d'un pere, ſous la foi d'une contre-lettre, ne peut s'attaquer au fils pourvu de ce même office.*
3. *Le parlement de Paris juge ſuivant l'équité, & les autres ſuivant la rigueur des loix.*
4. *Arrêt qui infirme la ſentence, & condamne le fils pourvu de l'office à payer le reſtant du prix.*

QUESTION CXIV.

Si le fils qui a été pourvu de l'office acquis par le pere, peut être reſponſable du prix, quoique le pere ſeul en ait fait la promeſſe.

1 TITIUS voulant marier ſon fils, s'oblige par ſes articles de mariage de lui donner la ſomme de cent mille livres. Un an après, le pere & le fils achetent un office de tréſorier de France, & le contrat de vente porte que le prix en a été payé comptant. Néanmoins, comme il en reſtoit la ſomme de cinquante-trois mille livres, le pere en fit une contre-lettre, & reconnut par icelle, que nonobſtant la confeſſion portée par le contrat, ladite ſomme étoit dûe pour partie du prix de l'office. En conſéquence de la vente dudit office, le fils reconnoît au profit du pere qu'il lui avoit été baillé, & acquis en déduction de la ſomme de cent mille livres, que le pere avoit promis par les articles.

Mævius, qui avoit vendu l'office, ſe doutant que le pere ſeul fût ſuffiſant pour la ſomme qui lui étoit dûe de reſte, en fait demande au fils, comme acquéreur dudit office, conjointement avec le pere, & comme pourvu d'icelui. Le fils ſe défend de la quittance que le vendeur a paſſé de tout le prix, & que s'il y a déclaration contraire, & contre-lettre du pere, que c'eſt à lui qu'il faut s'adreſſer. Que *Mævius* s'en eſt contenté, *ivit increditum*, s'eſt aſſuré ſur la foi du pere; en un mot, a innové & changé la cauſe de la dette.

2 Ayant été débouté, & renvoyé à ſe pourvoir contre le pere, le créancier en appella, & obtint l'arrêt qui ſuit, nonobſtant l'intervention de la femme du fils.

Comme cet arrêt eſt en quelque façon contraire aux regles communes, & qu'il ſemble d'abord choquer notre juriſprudence, nous ne le donnons pas auſſi pour un préjugé certain & qu'on doive ſuivre
3 en toutes rencontres; mais bien pour faire voir qu'il eſt véritable, ce qu'on a obſervé au parlement de Paris; ſçavoir, qu'au lieu que les autres parlemens jugent preſque toujours ſelon la rigueur des loix, au contraire, le parlement de Paris regarde toujours l'équité, & s'attache bien ſouvent aux circonſtances. C'eſt parce que l'équité doit prévaloir, qu'elle eſt comme l'huile qui ſurnage, & le principal motif des loix. En effet nos juriſconſultes s'y arrêtent le plus ſouvent, & rejettent les ſubtilités du droit, pour embraſſer ce qui leur ſemble plus équitable, comme en la loi 17, *ff de injuſto rapto teſtam.* La volonté du teſtateur eſt ſuivie, *licèt ſubtilitas juris refragari videatur*: Et encore en la loi 13, *ff de liberis & poſthum.* Le teſtament eſt ſoutenu, *humanitate ſuggerente, licet ſubtilis juris regulæ conveniebat.* Ce n'eſt pas qu'il le faille faire ſouvent, car ce ſeroit renverſer nos maximes, & juger tout par caprice. Mais comme les cours ſouveraines ont plus de lumiere que les autres juges, ce qui eſt permis aux ſouverains ne l'eſt pas aux moindres.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de 4
Navarre: Au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre ſergent, le premier ſur ce requis, Salut. Comme le jour & date des préſentes, comparant judiciairement en notredite cour maître Pierre Pujon bourgeois de Lyon, appellant d'une ſentence rendue par notre ſénéchal dudit Lyon, ou ſon lieutenant le 7 août 1649, d'une part: Et damoiſelle Anne-Marie Voiret femme ſéparée de biens d'avec maître Denis Bernico tréſorier de France en notre généralité dudit Lyon, intimé, d'autre. Et encore ledit Pujon appellant d'une autre ſentence rendue par les gens tenant les requêtes de notre palais à Paris, le 2 décembre audit an 1649; d'une autre part; & ledit M. Denis Bernico auſſi intimé, d'autre: Et encore entre ladite damoiſelle Anne-Marie Voiret, èſdits noms, demandereſſe en requête du 5 du préſent mois, à fin d'être reçue partie intervenante avec ledit maître Bernico ſon mari, pour confirmer ladite ſentence dudit jour deuxième décembre, encore d'autre part; & ledit Pujon défendeur: oui les procureurs des parties, & ſans que les qualités leur puiſſent nuire ni préjudicier. Après que Gautier, pour l'appellant a dit, qu'encore que par le contrat de vente paſſé entre les parties de l'office en queſtion, il ſoit dit, que le prix en a été payé comptant, néanmoins la vérité eſt qu'il en reſtoit dû la ſomme de cinquante-trois mille livres, dont le pere ſeul fit une contre-lettre, de laquelle ayant fait demande au fils, conjointement acquéreur & pourvu dudit office, on a rendu la ſentence de laquelle eſt appel, & laquelle il ſoutient ne pouvoir ſubſiſter,

BIU Cujas

tant parce que le pere & le fils ſont préſumés une même perſonne, & que le ſoupçon de dol tombe facilement ſur l'autre, que parce que le fils eſt pourvu dudit office, & par conſéquent, obligé au payement du prix d'icelui, joint qu'il y eſt ſolidairement condamné. Et ne ſert l'inrervention de la femme du fils, que pour faire voir leur mauvaiſe foi, pour n'avoir été ledit office acquis que preſque un an après ſon mariage célébré, nonobſtant que le contrat ſoit poſtérieur, & que ledit office ait été baillé en déduction de la ſomme de cent mille livres promiſe par le pere, lors des articles. En un mot, que l'office étoit le gage, & la choſe propre de ſa partie, qui de bonne foi avoit ſuivi la volonté des intimés, & conſenti pour l'avantage du fils une déclaration de payement par le contrat, ſous la faveur d'une contre-lettre, laquelle, quoique du pere ſeul, ne laiſſoit pas de conſerver dans la vérité l'obligation du fils. Son mariage a été célébré ſans contrat, ſous la foi de ſimples articles, l'office acquis poſtérieurement, & baillé en déduction; & après on a paſſé le contrat, qui ne peut avoir été ainſi fait que par un deſſein formel de fraude, dont il y auroit de l'injuſtice de ſe prévaloir contre ledit appellant. C'eſt pourquoi il conclut à ce qu'il ſoit dit mal jugé, en émendant, l'intimé condamné payer ce qui reſte du prix dudit office, intérêts & dépens. Langlois, pour l'intimé, a dit, que le ſeul intérêt de ſa partie, ſans entrer en conſidération de l'intervention de ſa femme, auroit pu donner lieu à la ſentence dont eſt appel; & partant, qu'étant aujourd'hui conjoints, il ne pouvoit y avoir de doute à la confirmation, par trois raiſons principales: La premiere, que le contrat portant payement actuel, la conrre-lettre, qui n'eſt que du pere, & hors la préſence du fils, ne le peut obliger, ni donner hypothéque à l'appellant ſur ſes biens, & ne peut valoir ni avoir effet que contre ſon auteur, qui eſt le pere. En ſecond lieu, que quand bien il y auroit eu hypothéque ſur ledit office, il eſt certain qu'elle auroit été purgée par le ſceau. Enfin, la négligence de l'appellant à exiger ſon payement, pendant & au tems que la fortune du pere étoit plus floriſſante, ayant préféré un intérêt au denier dix, qui par conſéquent, ſe doit imputer, & non pas vouloir rendre reſponſable ledit intimé, duquel il n'a voulu ſuivre ni la foi ni la condition. Coignet, pour l'intervenante & intimée, a dit, que le contrat de mariage de ſa partie avoit été paſſé, & ſes conventions réglées & aſſurées ſur le titre de cet office, ſans lequel ſon pere ne ſe fût jamais déſaiſi de la ſomme par lui promiſe. Que les contrats de mariage ne pouvoient recevoir d'altération ſous prétexte d'une contre-lettre, qui alloit à en détruire la ſubſiſtance & la bonne foi; & partant, ſoutenoit qu'il avoit été bien jugé. Notredite cour a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant; émendant, a condamné la partie de Langlois, tant en ſon nom, qu'en qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire dudit défunt Bernico ſon pere, à payer le ſurplus du prix de l'office en queſtion, & les intérêts, ſans dépens. Si te mandons, à la requête dudit appellant, mettre le préſent arrêt à dûe & entiere exécution de point en point, ſelon ſa forme & teneur. De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour de parlement le 11 juillet, l'an de grace 1650, & de notre regne le huitieme. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

S'il eſt expédient de juger ſuivant l'équité, plutôt que ſuivant les regles.

L'Auteur, dans cette queſtion, rapporte un arrêt qui a jugé contre les principes; c'eſt pourquoi il dit qu'il ne le donne pas pour un préjugé certain que l'on doive ſuivre en toutes rencontres, mais pour vérifier ce que l'on dit, que les autres parlemens jugent preſque toujours ſuivant la rigueur des loix, & que le parlement de Paris juge toujours ſuivant léquité.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

JE me ſens obligé de faire voir que l'arrêt, tel qu'il eſt rapporté par M. Henrys & par M. Soefve, tom. 1, cent. 3, chap. 44, eſt contre les véritables maximes.

Voici l'eſpece. Un pere, par les articles du mariage de ſon fils, lui promet la ſomme de cent mille livres: pour effectuer ſa promeſſe, le pere, conjointement avec ſon fils, acheterent un office de tréſorier de France en la généralité de Lyon, pour la ſomme de 75000 liv. Le contrat de vente de la charge portoit quittance de la ſomme entiere, quoiqu'effectivement il n'eût été payé que 22000 liv. & qu'il fût encore dû la ſomme de 53000 liv. pour raiſon de laquelle le pere ſeul donna une contre-lettre au vendeur. En conſéquence, le fils reconnut avoir été payé par ſon pere de la ſomme de 75000 liv. faiſant le prix dudit office, en déduction de celle de 100000 liv. à lui promiſe par ſon pere par les articles de ſon mariage.

Quelque tems après, le vendeur ſe défiant des facultés du pere, fit aſſigner le fils en la ſénéchauſſée de Lyon, pour être condamné comme acquéreur de l'office, conjointement avec ſon pere, au payement de la ſomme de 53000 l. reſtante du prix de l'office. Le fils ſe défendit de cette demande au moyen de la quittance finale du prix du contrat. La cauſe portée à l'audience, il intervint le 7 août 1649 une ſentence contradictoire par laquelle le fils fut déchargé de la demande.

Le vendeur, dans le même tems, s'étant pourvu aux requêtes du palais, dans une inſtance de préférence des gages de la charge, il intervint une ſentence le 2 décembre de la même année, conforme à celle du ſénéchal de Lyon.

BIU Cujas

Le vendeur de l'office ayant interjetté appel de ces deux ſentences, la femme du fils intervint en cauſe d'appel ; & ſoutint que la contre-lettre donnée par le pere n'engageoit point ſon mari, & ne pouvoit nuire à elle qui s'étoit mariée ſur la foi de la quittance finale du prix de l'office, parce que toutes les contre-lettres qui donnent atteinte à la ſureté des conventions d'une femme, ne ſont pas valables. Cependant la cauſe portée à l'audience de la grand-chambre, & plaidée par trois célébres avocats, ſçavoir M. Gautier pour l'appellant, M. Langlois pour l'intimé, & M. Coignet pour la femme ; il intervint arrêt, au rôle de Lyon, le 11 juillet 1650, par lequel la cour mit les appellations au néant, émandant, condamna le fils tant en ſon nom, qu'en qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire de ſon pere, de payer le ſurplus du prix de l'office, avec les intérêts, ſans dépens.

Sur cela M. Henrys dit, que comme cet arrêt eſt en quelque façon contraire aux régles communes, il ne le donne pas pour un préjugé certain que l'on doive ſuivre, mais pour faire voir que ce que l'on dit eſt véritable, *ſçavoir qu'au lieu que les autres parlemens jugent ſelon la rigueur des loix, au contraire le parlement de Paris regarde toujours l'équité, & s'attache bien ſouvent aux circonſtances.*

Que l'on diſe tout ce que l'on voudra, ſi dans cette affaire il n'y avoit point d'autres circonſtances que celles qui paroiſſent dans le vû de l'arrêt, & qui ſont rapportées par M. Henrys & par M. Soëfve, l'arrêt bleſſe non-ſeulement les régles de la juriſprudence, mais auſſi celles de l'équité.

Dans les régles de la juriſprudence, ſur quel fondement condamner le fils à payer le ſurplus du prix de l'office, puiſque le vendeur lui en avoit donné une quittance finale, & que ce fils n'avoit point parlé dans la contre-lettre donnée par le pere ſeul, qui ne pouvoit pas engager ſon fils, ſuivant le titre du code *ne filius pro patre conveniatur?*

Suivant les régles de l'équité, le vendeur de l'office n'étoit point favorable. 1°. En donnant une quittance finale du prix du contrat, il étoit entré dans le deſſein qu'avoit le pere de faire voir qu'il avoit payé le prix entier de l'office de ſon fils, afin qu'il pût trouver un meilleur parti.

2°. Suppoſé que le fils aît été de concert avec ſon pere, pour faire donner dans le piége le vendeur, l'on ne ſçauroit juſtifier la facilité de ce vendeur, d'être entré dans ce myſtere d'iniquité : il avoit part au dol, ou du moins c'étoit une ignorance ſi craſſe de ſa part, qu'elle équipoloit à la fraude, *magna negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt*, l. 226, *de reg. jur.* Or quand il y a de la faude, ou du dol, ou de la turpitude des deux parties, la condition du demandeur eſt toujours la plus mauvaiſe, *melior eſt conditio poſſidentis*, l. 36, *de dol. mol.* l. 5, 8, *de calumn.* l. 3 & 8, *de condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.*

3°. Quand la cauſe du fils auroit été moins favorable que celle du vendeur, celle de ſa femme qui n'avoit aucune part à tout ce miſtère d'iniquité, qui s'étoit mariée ſur la foi de la quittance finale du prix de l'office, qui avoit un juſte ſujet de croire que cet office appartenoit à ſon mari franc & quitte, étoit ſans doute plus favorable que le vendeur qui avoit eu part à la tromperie, ſoit par complaiſance, ignorance, ou autrement.

D'ailleurs n'eſt-ce pas une maxime certaine & favorable, que les contre-lettres ne peuvent faire de préjudice aux conventions d'une femme, quoiqu'elles intéreſſent des perſonnes tierces? Cela a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts remarqués par M. Brodeau, ſur M. Louet, let. C, ch. 28.

Il y en a un du 16 juin 1636, rapporté dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 3, ch. 30, qui a beaucoup de rapport à l'eſpece dont il s'agit.

Le nommé Houdry, pour donner moyen à ſon frere de trouver un parti avantageux, lui donna par contrat de mariage l'office d'avocat du roi au grenier à ſel d'Erule, & le déclare franc & quitte ; mais dans le même tems, il oblige ſon frere de lui faire une promeſſe de 3000 liv. cauſée pour argent prêté, qui étoit à-peu-près la valeur de l'office. Quelque tems après Houdry étant décédé, ſa veuve fit aſſigner ſon beau-frere pour le payement de cette ſomme, lequel pour défenſes, ſoutint que cette promeſſe devoit paſſer pour une contre-lettre qui n'étoit pas valable, ce qu'il juſtifioit par une lettre miſſive du défunt ; mais craignant que ce moyen ne fût pas victorieux dans ſa bouche, il fit intervenir ſa femme, qui avoit intérêt que ſon mari fut déchargé du payement de cette ſomme, parce qu'elle avoit cru que la charge appartenoit à ſon mari, & qu'il étoit franc & quitte, ſans cela qu'elle ne l'auroit point épouſé. Par l'arrêt qui fut rendu au rôle de Paris, & prononcé par M. le préſident le Jay, la cour ayant égard à l'intervention de la femme, déchargea le mari du payement de la ſomme contenue en la promeſſe.

BIU Cujas

Ainſi dans l'arrêt rapporté par M. Henrys, pour allier l'équité avec la régle, il falloit en condamnant le fils au payement du ſurplus du prix de l'office, ordonner que le vendeur de l'office n'auroit hypothéque ſur les biens du mari, qu'après le payement des conventions matrimoniales de la femme, qui ne devoit pas ſouffrir de la fraude, ou de la facilité du vendeur.

Ce ſeroit ici le lieu de faire voir qu'il n'eſt pas permis de s'écarter de la loi pour juger ſuivant l'équité; mais cela demande une diſſertation particuliere qui me meneroit trop loin.

BIU Cujas

DES DOTS, RENONCIATIONS, ACTIONS, HYPOTHÉQUES, PRESCRIPTIONS, ET AUTRES DIVERSES MATIERES.

SUITE DU LIVRE QUATRIEME.

DE L'AUGMENT.

QUESTION CENT-QUINZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *L'augment eſt un troiſiéme genre de biens qui appartient aux enfans, quoiqu'ils ne ſoient pas héritiers de leur pere ou mere.*
2. *La mere qui ne ſe remarie pas, peut diſpoſer d'une portion virile de l'augment.*
3. *L'augment appartient aux enfans ſans qu'ils ſoient obligés de rapporter ce qu'ils ont reçu en avancement d'hoirie.*
4. *L'augment ne peut appartenir aux enfans ſi la mere ne ſurvit le pere, c'eſt un gain de ſurvie.*
5. *Savoir ſi en cas de faillite du mari, la femme doit avoir l'augment.*
6. *Raiſons de la femme.*
7. *Raiſons des créanciers du mari.*
8. *Arrêt du 18 juillet 1656, qui juge que la femme doit avoir l'augment, en donnant caution.*
9. *Dans les cas de la faillite, longue abſence, mort civile du mari, & de la ſéparation de corps & de biens, ou de biens ſeulement, la femme a droit de jouir de l'augment.*
10. *Convenances de l'augment avec le douaire.*
11. *Différences entre l'augment & le douaire.*
12. *Eſpece ſur laquelle eſt intervenu l'arrêt qui ſuit.*
13. *Arrêt du 19 août 1704, qui juge que l'acquéreur des biens du mari a droit de retenir par ſes mains le prix de l'augment.*

BIU Cujas

QUESTION CXV.

Si pour la faillite, mort civile, ou mauvais ménage du mari, la femme séparée de biens peut jouir de son augment.

Nous ne voulons pas rapporter ici les différences qui peuvent être entre la donation *ante, vel propter nuptias*, & l'augment qui est en usage parmi nous. Il nous suffit d'employer ce qu'en a dit monsieur Julien Brodeau, sur monsieur Loüet, en la lettre D, nombre 31, & d'y renvoyer le lecteur, & aux autres auteurs qu'il cite. Nous ne voulons non plus rechercher en quoi l'augment qu'on donne à la femme en pays de droit écrit, differe dû douaire des coutumes : s'il y a quelque différence, ils ne laissent pas d'avoir du rapport, même en ce que les enfans n'y peuvent rien prétendre, qu'après le décès des peres & me-
1 res, & que c'est un troisieme genre de biens qui leur advient par le bénéfice de la loi ou de la coutume, quoiqu'ils ne soient héritiers ni du pere ni de la mere.

2 Mais l'augment & le douaire different, en ce que la mere, qui ne se remarie pas, peut disposer de sa virile, l'engager ou la donner; au lieu que pour le douaire, les peres & meres ne le peuvent vendre,
3 engager ni hypothéquer au préjudice des enfans. De plus, au lieu que notre augment revient aux enfans, sans qu'ils soient obligés de rapporter ce qui leur a été donné & constitué en contrat de mariage, si l'augment n'y est expressément compris; au contraire, celui des enfans qui veut avoir le douaire, doit rendre & restituer ce qu'il a eu en faveur de mariage, ou par autres avantages du pere, ou moins prendre sur le douaire.

C'est parce qu'encore qu'en pays coutumier, ce soit la coutume qui défere le douaire, quand même il n'en auroit pas été parlé, il ne laisse pas pourtant d'être le propre héritage des enfans venans du mariage, ainsi que le déclarent les articles 249 & 255 de la même coutume de Paris; leur étant donc déféré à titre d'héritage, il oblige les enfans à rapporter ce qui leur a été donné en avancement d'hoirie.

4 Enfin, notre augment ne peut appartenir aux enfans, s'il n'est auparavant acquis à la mere; il faut une fois qu'elle le gagne, en survivant au mari, pour le faire passer aux enfans. Mais le douaire coutumier ou préfix est tellement le propre héritage des enfans, destiné pour leur légitime, qu'encore que la mere décede la premiere, il ne laisse pas d'appartenir aux enfans douairiers. Et parmi toutes les coutumes du royaume, il n'y a que celle de Sens, en l'article 162, qui décide le contraire, & se regle à la forme de notre augment; sçavoir, que si la femme douée de douaire coutumier, décede avant son mari, le douaire demeure éteint; c'est ce que nous avons jugé à propos d'expliquer, avant que d'entrer dans la question proposée. Qui en voudra sçavoir davantage, outre lesdits sieurs Loüet & Brodeau, peut voir Tronçon, sur la coutume de Paris, & les commentateurs des autres coutumes, au titre *du douaire*.

5 Titius ayant fait faillite, & par le moyen d'icelle, la femme s'étant fait séparer de biens, tâche de sauver ses droits du naufrage du mari; mais elle ne se contente pas de retirer sa dot, elle veut encore recevoir son augment avec la même préférence que pour la dot. Les créanciers y forment empêchement, & soutiennent que l'augment ne lui étant point encore acquis, & le droit demeurant en suspens pendant la vie du mari, ils doivent jouir dudit augment pendant cette suspension. Le sénéchal de Lyon l'ayant ainsi jugé, la femme en appelle, & releve l'appel au parlement.

Elle pouvoit dire qu'encore que l'augment soit 6
suspendu jusqu'à la mort du mari, le droit ne laisse pas d'être acquis en quelque façon à la femme pour elle & pour les enfans, que *dies cessit, sed non venit*, parce que dès la consommation du mariage, ou plutôt dès la bénédiction nuptiale, la loi, par une sage prévoyance, assure à la femme & aux enfans cette derniere table, en cas de naufrage; que c'est donc une portion distincte & séparée des autres biens du mari, laquelle n'est point susceptible d'hypothêque, & sur laquelle tous les postérieurs créanciers n'ont aucune prise; que s'il est vrai qu'elle ne puisse point souffrir d'atteinte de leur part, elle ne leur a jamais été affectée ni hypothéquée; & que quand le mari auroit eu l'intention de l'engager, il ne l'auroit pu faire. Il s'ensuit de-là que les créanciers ne peuvent jouir d'une chose sur laquelle ils n'ont point de droit, & sur laquelle ils ne peuvent se dire créanciers hypothéquaires.

Que s'ils opposent que l'augment étant encore au mari, étant censé lui appartenir, & faire part de ses biens *sub conditione*, ses créanciers se peuvent servir de son droit, sous la même condition, & dans l'attente d'un événement qui est incertain. La femme pouvoit répondre que le mari n'étoit censé maître de l'augment, que comme il étoit censé maître de la dot, c'est-à-dire, tout autant de tems qu'il pouvoit user des droits de mariage, & de la puissance que sa qnalité lui donne; mais non pas lorsqu'il s'en est rendu incapable, ou par son mauvais ménâge, ou par une mort civile. Que comme alors il ne peut plus satisfaire à l'entretien d'une femme & des enfans, aux charges du mariage, au maintien de la famille; aussi le droit qu'il avoit sur l'augment doit cesser, y ayant identité de raison, & étant très-juste que la même prévoyance que la loi a eu pour l'augment regarde aussi-bien les revenus d'icelui que le principal.

De plus, la femme pouvoit dire que ce n'est pas chose nouvelle en droit, qu'encore qu'une chose dépende de la mort du mari, & jusqu'à ce, soit incertaine, & même demeure en son pouvoir, elle soit néanmoins à l'abri de tous orages, c'est-à-dire, hors de prise pour les créanciers. Qu'il y en a un texte formel en la loi 13, *ff. de donationib. inter virum & uxorem*; car en l'espece de cette loi, après une donation à cause de mort, que le mari avoit faite au profit de sa femme, ce mari ayant été relegué, le jurisconsulte résout, *in casum deportationis donationem factam valere quemadmodum in casum divortii:* il conclut donc que *humanum est donationem quæ mortis causâ ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari, tanquam si mortuo marito rata habeatur*; & néanmoins, que le mari est en pouvoir de la révoquer, & qu'il faut attendre sa mort, *ut plenissimam habeat firmitatem*. Que c'est une chose que l'empereur confirme en la loi 24 du même titre du code, soit qu'il l'ait empruntée d'Ulpien, soit que Tribonien l'ait tirée de cette constitution impériale.

Quoi qu'il en soit, quoiqu'en ladite loi 24, l'empereur ait dit que la donation *in pendenti manet*, il ne laisse pas de l'exemter des poursuites du fisque, ce qui doit porter conséquence pour les créanciers. Bref, si l'empereur, pour établir cette prérogative contre les regles communes de la jurisprudence, n'en rap-

BIU Cujas

porte point d'autre fondement, que parce que *donatio maritalis ante tempus criminis collata, in uxorem pudicitiæ præmio cessit;* il y a bien plus d'apparence de l'établir pour l'augment constitué en faveur de mariage, & qui est la véritable récompense *delibatæ pudicitiæ*, le prix d'une fleur virginale, qu'en ce cas, tout ainsi qu'il est dit en la loi premiere, *c. de repudiis*, que par la mort civile, *dotis exactio ipso jure non competit, sed ex æquitate;* on en dise de même pour l'augment, puisque la loi le destine pour un remede subsidiaire contre la mauvaise fortune du mari.

Enfin, la femme pouvoit ajoûter qu'étant en pays de droit écrit, il falloit se regler par sa disposition & par ce que Justinien en a reglé: qu'en la loi *ubi adhuc 29, C. de jure dotium*, il a permis à la femme, *si maritus ad inopiam sit deductus*, de vendiquer, *non tantùm res suppositas pro dote, sed etiam pro donatione ante nuptias*, & permis de s'en servir pour la donation *propter nuptias;* & depuis, par sa novelle 97, il a étendu l'action, dont Irnerius a tiré l'authentique *donationem*, insérée au même titre du code *de jure dotium;* que si la femme peut de droit, *constante matrimonio, vindicare donationem propter nuptias.*, elle peut donc bien retirer l'augment, puisqu'il est subrogé à
7 ces donations *ante vel propter nuptias*, & leur répond.

Pour les créanciers, l'on pouvoit dire que c'est une regle certaine, que *dies incertus facit conditionem*, & qu'un bien qui ne peut écheoir que dans un terme incertain, & qui dépend d'une survie, ne peut être que conditionnelle; que de-là s'ensuit qu'on ne peut pas dire que l'augment soit acquis à la femme pendant la vie du mari, puisque non-seulement le terme de l'échéance est incertain, mais dépend encore d'un cas qui a plus d'incertitude, savoir, du prédécès du mari; que c'est pour ce sujet qu'on l'appelle un gain de survie, parce qu'il faut survivre pour le gagner, & que jusqu'à ce, il n'est point acquis; que c'est par cette raison qu'il passe pour maxime, que jamais le mari ne paye l'augment, parce que c'est une dette qu'il ne contracte, à proprement parler, qu'en mourant, & qu'en mourant le premier, quoiqu'il s'y soit déja obligé par prévention.

Que la femme n'ayant donc aucun droit acquis en l'augment, pour le prendre, ou en jouir, il s'ensuit qu'il est encore *in bonis mariti*, & par conséquent que ses créanciers en peuvent prendre l'intérêt & revenu, en attendant si la femme survivra, ou non: qu'encore que le droit soit en suspens, il faut pourtant qu'il réside en la personne de quelqu'un, & que la chose ait un maître, sinon absolu, du moins avec condition de la rendre; que ce ne peut pas être la femme, puisque c'est un avantage qu'elle ne peut gagner qu'en survivant au mari. C'est donc une conséquence que la propriété, quoiqu'imparfaite, appartient encore au mari, & que la possession lui en demeure durant sa vie: *Nec enim ideo minus rectè quid esse nostrum vindicabimus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio extiterit*, ainsi que dit le jurisconsulte en la loi *non ideo, ff. de rei vindicat.*

Que si même la dot n'est restituable pendant la vie du mari, que *æquitatis ratione, non ipso jure*, comme il est dit en la loi premiere, *C. de repudiis*, comment est-ce que l'augment qui n'est pas encore acquis, & dont le droit est en suspens, seroit exigible avant qu'il fût dû? Qu'en effet, sa faveur ne peut être égale, puisqu'en demandant la dot, la femme ne demande que le sien, qu'elle ne fait que répéter ce qui est venu d'elle, & dont elle a toujours eu *verum dominium;* au lieu que l'augment est un pur gain, qu'elle ne peut faire contre les termes de la convention, & avant l'événement de la condition. Nous voulons assister & favoriser les femmes, pour r'avoir le leur & les empêcher de perdre, mais non pas pour les faire profiter au préjudice d'un tiers. C'est ainsi que parle Justinien, en la loi *assiduis, Co d. qui pot.*

Enfin, les créanciers pouvoient dire que parmi nous, l'augment ne peut pas être plus favorable que le douaire établi par les coutumes, & qu'il répugne que celui qui est moins acquis & moins assuré, ait pourtant plus de privilége: par conséquent, qu'ayant été jugé par les arrêts, qu'encore que le douaire soit acquis, & passe aux enfans comme leur propre héritage, bien que la femme ne survive pas, il ne peut pourtant être demandé par elle qu'en cas de mort naturelle du mari, & non d'une mort civile; il n'y a pas d'apparence que la faillite du mari donne ouverture à l'augment.

A cela la femme pouvoit répliquer, qu'il est vrai que la cour a jugé par quelques arrêts cottés au recueil de M. Loüet & de son commentateur, en la lettre D, nombre 26, & en la lettre L, nombre 14, & encore en la même lettre, nombre 36, que les conventions conditionnelles qui regardent le prédécès de l'un des conjoints, se doivent entendre de la mort naturelle, & non civile, ni d'un divorce: que par conséquent, la femme ne peut demander son douaire ni autre préciput, que le mari ne soit décédé, *quia potest ipsa priùs mori*, ainsi qu'il est dit *in l. Statius Florus; § Cornelio Felici, ff. de jure fisci.* Mais si ces arrêts n'ont pas adjugé le douaire en cas de mort civile ou de divorce, ils ont adjugé à la femme chose équipollente, sçavoir, une provision qui lui tient lieu de douaire, & se regle par icelui; provision qui est continuée jusqu'à ce que le douaire ait lieu, & qui tire son hypothéque du jour du contrat de mariage, comme le remarque le même Brodeau sur ledit sieur Loüet, au nomb. côté de la lett. D. D'où la femme pouvoit inférer, que c'étoit plutôt *verbis duntaxat, quàm rebus, legem ponere*, & qu'il semble indifférent qu'elle ait le même revenu sous le nom de douaire ou de provision. Outre que Bacquet, au traité des droits de justice, chap. 15, rapporte un arrêt contraire au profit de la femme, & conclut qu'elle doit avoir son douaire, ou un pareil revenu.

La cause plaidée au rôle de Lyon l'année 1656, par les sieurs Langlois & Lambin, fameux avocats, la cour, en émendant, ordonna que la femme de Vaucher prendroit les revenus de son augment, contre les conclusions de monsieur l'avocat général Talon, qui avoit conclu à la confirmation de la sentence en faveur des créanciers.

Ainsi, cet arrêt semble contraire à divers autres arrêts, & introduire une jurisprudence nouvelle, mais pourtant équitable; puisqu'il est plus aisé & plus convenable de laisser jouir une femme de son augment, que de lui faire une provision qui en approche, & ait le même privilége; mais une provision qui ne soit pas pour un tems, mais comme perpétuelle, jusqu'à ce que l'augment ait lieu. Ainsi le docte d'Argentré, sur l'article 433 de sa coutume, dit à ce sujet, que *cùm separatio bonorum fit ex culpa mariti, ex quo accidit, ut maritus desinat uxorem alere, tunc aut doarium solvendum & repræsentandum est, aut mulier de bonis viri alenda.*

Vide Desider. Heraldum, lib. 2, de rerum judicatarum auctoritate, cap. 9, ubi agitat, an divortium quandoque pro morte mariti habeatur.

M. Maynard, liv. 4, ch. 56, traite amplement la question, si l'augment est payable, *marito vergente ad inopiam*: il cite à ce sujet plusieurs titres de notre droit, même la loi *fulcimus, § quibus ex causis in possess. eatur*, où il est dit, *nihil interesse debitor quis non sit, an nondum conveniri possit.*

On peut encore voir Cujas, *lib. 5 observat. cap. 4.*

BIU Cujas

Extrait des regiſtres du parlement.

8 Entre Jacques Rigioly, marchand, bourgeois & banquier de la ville de Lyon, appellant de l'appointement en droit, intervenu en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial dudit Lyon, le 30 mars 1656, ſur la demande y formée par l'intimée ci-après nommée, contre les créanciers de Joachim Vaucher, marchand, banquier audit Lyon, ſon mari, de la délivrance de ſa dot, & augment de dot, bagues & joyaux, & en conſéquence de ſa ſéparation de biens d'avec ſondit mari, jouir deſdits augment, bagues & joyaux par proviſion, en baillant caution, ſuivant l'uſage du droit écrit de la province du Lyonnois: Et encore ledit Rigioly demandeur en requête du 9 juin dernier, à ce que le principal différend qui étoit reſté pardevant le ſénéchal dudit Lyon, ſur les ſuſdites demandes de ladite intimée, fût évoqué, & y faiſant droit au jour que l'on plaideroit ſur ledit appointement, elle ſeroit déboutée de ſeſdites demandes, d'une part: Et damoiſelle Marie Mazenot, femme ſeparée de biens dudit Joachim Vaucher ſon mari, intimée, défendereſſe & demandereſſe audit principal, d'autre part: & Jacques Boucher, praticien au palais de Lyon, curateur créé par juſtice en l'abſence dudit Vaucher, intimé, auſſi défendeur audit principal, d'autre part: Et les créanciers dudit Vaucher, intervenans, auſſi d'autre, ſans que les qualités puiſſent nuire ni préjudicier aux parties.

Après que Lambin, pour l'appellant, a dit que toute la queſtion qui ſe préſentoit conſiſtoit à ſçavoir ſi l'intimée ſéparée de biens d'avec ſon mari, jouiroit de l'augment de dot à elle promis par ſon contrat de mariage, *præſenti die*, ou bien ſi elle attendroit l'événement du décès de ſondit mari, pour en recevoir le profit & l'utilité, l'inſolvabilité duquel, & ſa retraite du commerce public avoient donné lieu & ouverture à cette conteſtation. Sa partie eſt un créancier, lequel ſoutient que la ſomme de dix mille livres conſtitué à ladite intimée en augment de dot, doit être miſe entre les mains d'un notable bourgeois, pour en faire l'intérêt au profit des créanciers, juſqu'au décès de ſondit mari. La conteſtation portée devant le ſénéchal de Lyon, il a appointé les parties en droit, c'eſt l'appel: il y a requête pour l'évocation du principal, qui fait de préſent toute la difficulté. Qu'il falloit demeurer d'accord que la différence des tems avoit apporté du changement à la juriſprudence, & que les premiers arrêts avoient décidé la queſtion en faveur de l'intimée, ainſi qu'il paroît par celui rapporté par M. Bouguier, où il dit que l'on avoit ſuivi celui rendu en l'année 1616, en la cinquieme chambre, au rapport de M. Haſlé; mais avec cette obſervation, que cet avis avoit paſſé avec grande difficulté, & *multis contradicentibus*. Et auſſi que par les derniers arrêts, cette doctrine n'avoit point été ſuivie, y en ayant pluſieurs qui ont été rapportés en cauſe principale, & particulierement un dernier de l'année 1654, qui a préciſément & en termes formels, jugé la queſtion; de ſorte que s'il avoit à prendre droit par les arrêts, les derniers, comme les plus éclairés, devroient ſervir de déciſion. Et de fait, ſi l'on entroit dans le raiſonnement, ou y trouveroit que tout concourt, étant certain qu'en droit, il n'y avoit aucun veſtige de cet augment de dot, lequel ne trouve ſon fondement que dans quelques conſtitutions, où il eſt appellé du mot grec προγαμιον προικιον; c'eſt-à-dire, *additamentum, ſive additum eſt quid*, que Harmenopule dit être différent de la donation *propter nuptias*, & être une augmentation faite par le mari à ſa femme, pour en jouir par elle après ſon décès; ce qui eſt obſervé dans les termes par toutes les provinces où le droit écrit a lieu, comme Bordeaux, Dauphiné & Lyon, où jamais il n'en eſt autrement, & la femme n'en perçoit le profit & revenu que par le décès de ſondit mari, lequel n'étoit arrivé au particulier: ce ſeroit anticiper le tems, pour en faire profiter l'intimée, au détriment de ceux qui ont haſardé leur bien, pour lui ſubvenir dans ſes néceſſités. Partant, conclut à ce qu'il ſoit dit l'appellation & ce, évoquer le principal; & y faiſant droit, ordonner que ladite ſomme d'augment ſera miſe entre les mains d'un notable bourgeois, pour en faire l'intérêt au profit des créanciers.

Pouſſet, pour l'intimée, a dit que l'augment de dot a pris ſa ſource dans la pureté de la premiere juſtice des hommes, & que c'eſt une juriſprudence de tous les ſiécles; qu'il en eſt parlé dans le 34 chap. de la Geneſe, lorſque Sichem, demandant en mariage la fille de Jacob, promit à ſes parens de lui donner tout ce qu'ils lui demanderoient pour elle: *inveniam gratiam coram vobis: & quæcumque ſtatueritis dabo: augete dotem, & munera poſtulate, &c.* Surquoi Mercene remarque qu'il ne faut pas entendre la dot que la femme donne au mari, mais celle que le mari donne à la femme. Que par le droit des digeſtes la donation à cauſe de nôces eſt établie, qui n'eſt autre choſe que l'augment de dot, introduit par le code & par la novelle 97 de Juſtinien; que la loi 16 *adhuc* 29, *Cod. de jure dotium*, décidoit la queſtion, les empereurs ayant donné par cette loi l'augment de dot à la femme après la faillite de ſon mari, tout de même comme après ſa mort, pourvu qu'elle employât le revenu à l'entretien d'elle, de ſes enfans & de la commune famille: *attamen ut nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito, ſed fructibus earum ad ſuſtentationem, tàm ſui quàm mariti filiorumque ſi quos habet, utatur.* La raiſon portée par la loi, étoit la nourriture du mari & des enfans. Qu'à l'égard du mari, il étoit du courage & du devoir de la femme de faire l'objet de ſon ſecours & de ſes ſoins celui qui ne l'étoit auparavant que de ſes reſpects; d'honorer le mariage dans la chûte de ſon mari, de recueillir ſes débris & ſes ruines, & d'être le port de ce vaiſſeau battu du vent & de l'orage. Qu'à l'égard des enfans, les alimens leur ſont dûs par privilége, que c'eſt le reſte du naufrage de leur pere, que c'eſt une portion ſacrée, à laquelle les flots n'ont oſé toucher, que c'eſt la part des pauvres, dépoſée dans le ſanctuaire, comme dans un aſyle & un lieu de ſureté; que c'eſt l'uſage de la province de Lyon d'adjuger l'augment de dot aux femmes après la faillite de leurs maris, à l'excluſion des créanciers; qu'il y en avoit un arrêt rapporté par maître Jacques de Montholon, prononcé en robes rouges en l'année 1590, en pareille eſpece, & ſur un appel du ſénéchal de Lyon; qu'il y en avoit un autre rapporté par M. Bouguier, en la let. D, n. 14, qui jugeoit nettement la queſtion, conformément à un autre arrêt rendu en la cinquieme des enquêtes, au rapport de M. Haſlé en 1616, entre les créanciers de Bernardin Gleſſat, & Françoiſe Bara ſa femme, lequel ayant été publié au ſiége préſidial de Lyon, de l'ordonnance de la cour, il n'y avoit plus lieu de douter que le ſénéchal de Lyon n'ait toujours depuis jugé en faveur des femmes dont les maris avoient fait faillite; qu'il en avoit communiqué 20 ſentences rendues audit ſiége depuis 1634 juſqu'en 1655. Que ſi l'augment de dot ſe prend pour le douaire, & que l'on adjuge tous les jours aux femmes ſéparées de bien une penſion qui équipole le douaire: que l'intimée pouvoit bien dire qu'elle étoit veuve, & que ſon mari étoit mort, puiſque c'eſt être mort, que de perdre l'honneur & la réputation,

ration, qui eſt la vie civile de l'homme, que de craindre par-tout l'horreur des priſons, que d'être fugitif & vagabond, que de croire voir dans tous les hommes des créanciers, & la colere de la loi peinte ſur leur front : comme le premier coupable de la terre, qui ſe perſuadoit voir dans tous les hommes des ennemis, & toute la juſtice de Dieu imprimée ſur leurs viſages. Que celui-là étoit mort, au rapport de Ciceron dans l'oraiſon *pro Quintio*, qui voyoit mettre ſes biens à l'encan par édit du préteur, qui étoit préſent lui-même à ſes propres funérailles, qui voyoit aſſiſter à ſes pompes funebres, non pas ſes amis, mais ſes créanciers, & qui ne jouiſſoit pas encore du repos du ſépulchre, puiſqu'après ſa mort il voyoit déchirer ſes reſtes, frapper ſur ſes bleſſures, & enlever juſques à ſon tombeau : *ergo, hercule, cujus bona ex edicto poſſidentur, hujus omnis fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidentur : de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem certè tacitè obſcurèque conceditur, cui magiſtri fiunt, & domini conſtituuntur : qui qua lege & qua conditione pereat, pronuncient ; de quo homine præconis vox prædicat, & pretium conficit, huic acerbiſſimum vivo ; videndique funus indicitur : ſi funus id habendum ſit, quo non amici conveniunt ad exequias cohoneſtendas, ſed bonorum emptores, ut carnifices, ad reliquias vitæ lacerendas, & diſtrahendas.* Et concluoit à ce qu'il plût à la cour mettre l'appellation, & ce, & évoquant le principal, & y faiſant droit, adjuger l'augment de dot à l'intimée. Bignon pour le procureur général du roi a dit, qu'en la cauſe qui étoit à juger il s'agiſſoit de l'uſufruit & jouiſſance de l'augment de dot promis à l'intimée par ſon contrat de mariage, pour ſçavoir à qui il appartiendroit pendant la vie du mari, ou à ladite intimée ſa femme, ou à ſes créanciers : Que ce qui cauſoit la difficulté, étoit la différence des arrêts, dont la juriſprudence ſembloit avoir changé ſelon la différence & diverſité des tems. Que de la part de l'intimée on ſe ſervoit de la diſpoſition de la loi 29 au *Cod. de jure dot.* dans laquelle il eſt dit que la femme, arrivant que ſon mari tombe en indigence, eſt préférée à ſes créanciers, & jouit de la donation qui lui a été faite à cauſe de nôces, à condition de ne l'aliéner, & d'en faire l'emploi pour lui ſubvenir à elle & à ſa famille ; & par ce moyen confondant la donation à cauſe de nôces avec l'augment de dot, on en avoit fait l'application au particulier : on ajoute, ce qui eſt de la doctrine des arrêts, leſquels ayant été publiés à la ſénéchauſſée de Lyon pour faire loi, y ont été ſuivis & confirmés par l'uſage : & enfin, pour derniere conſidération, que la retraite d'un homme du commerce public, ayant la même honte & infamie que la mort civile, ou plutôt en étant une, elle devoit avoir les mêmes effets que la naturelle ; & ainſi que l'intimée étoit plus veuve, que ſi ſon mari étoit véritablement décédé. Que de la part de l'appellant, on diſoit que l'augment de dot n'avoit aucun fondement dans le droit civil ; qu'il y avoit grande différence d'icelui avec la donation à cauſe de nôces, que c'étoit ce que les interpretes grecs appelloient ὑπογολὴν, une augmentation & accroiſſement que le mari donnoit à la dot qui lui étoit portée par ſa femme ; mais qui ne devoit avoir lieu que pour en jouir par elle après le décès de ſon mari, ſuivant que l'a exactement expliqué Harmenopule, & après lui M. Cujas en pluſieurs endroits : que les derniers arrêts par une réflexion judicieuſe ſur les premiers, qui n'avoient été rendus que ſur des circonſtances particulieres, avoient abſolument décidé la queſtion en faveur dudit appellant ; & par conſéquent qu'ayant l'avantage du droit & des arrêts, la cauſe ne pouvoit recevoir atteinte : qu'ayant en leur particulier examiné les raiſons de part & d'autre, fait le diſcernement & l'application de chacun au ſujet de la conteſtation, & la régle en étant conſtante, & ladite intimée l'ayant elle-même établie dans la plaidoirie de ſon avocat, que l'augment n'appartenoit à la femme, que par le décès du mari, ce qui a été dit de la mort civile ne pouvant paſſer que pour un ornement, ou plutôt un paradoxe, qu'une vérité. Il eſtime qu'il y a lieu, mettant l'appellation, & ce, évoquant le principal, & y faiſant droit, ordonner que les deniers ſeront mis ès mains d'un notable bourgeois, pour en faire l'intérêt au profit des créanciers, juſques au décès du mari. LA COUR a mis l'appellation, & ce dont a été appellé, au néant, a évoqué & évoque le principal différend d'entre les parties ; & y faiſant droit, ordonne que les deniers en queſtion ſeront mis ès-mains de la partie de Pouſſet, en baillant par elle bonne & ſuffiſante caution, & ſans dépens. FAIT en Parlement, le 18 juillet 1656. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

AUGMENT DE DOT.

Si la femme a droit de jouir de ſon augment, en cas de ſéparation, faillite, mort civile, ou longue abſence de ſon mari.

L'Auteur rapporte ici un arrêt du 18 juillet 1656, qui a jugé que dans le cas de la faillite du mari, la femme a droit de jouir de ſon augment. * Cet arrêt eſt auſſi rapporté en forme par du Freſne dans ſon journal des audiences, liv. 8, chap. 46, & en abrégé par Soefve, tom. 2, cent. 1, ch. 37.

Cet arrêt eſt digne de remarque, il a été rendu en l'audience de la grand'chambre au rôle de Lyon, la ſubſtance des plaidoyers des avocats, & de celui de M. Bignon avocat-général y eſt rapportée ; enſorte que l'on ne peut pas ſe tromper dans l'eſpece ni dans les motifs.

Au ſurplus, la queſtion décidée par cet arrêt eſt à préſent certaine ; les femmes dans les pays de droit écrit jouiſſent de leur augment, ſoit en cas de faillite, mort civile, longue abſence, ou ſéparation, ſoit de corps, ou de biens ſeulement, en baillant par elle caution de le conſerver à leurs enfans, ou rapporter aux créanciers, au cas que la femme décéde avant ſon mari ; parce qu'en ce cas l'augment eſt perdu pour les enfans, car c'eſt un gain de ſurvie ; ainſi pour le faire paſſer aux enfans, il faut que leur mere ſurvive. 9

BIU Cujas

L'auteur rapporte toutes les autorités ſur leſquelles cette juriſprudence eſt fondée, ainſi je ne m'y arrêterai pas. J'obſerverai néanmoins que notre auteur touche ſeulement quelques-unes des convenances, & quelques-unes des différences qu'il y a entre l'augment des pays de droit écrit, & le douaire des pays de coutume. Je crois que le lecteur me ſçaura gré de les rapporter toutes ici.

10 A l'égard des convenances, le douaire & l'augment conviennent, 1, en ce que l'un & l'autre eſt une donation faite par le mari à la femme en conſidération de la dot, *contemplatione dotis.*

2. En ce que la propriété appartient aux enfans, & que la femme n'en a que l'uſufruit ſa vie durant.

3. En ce que l'augment, auſſi-bien que le douaire, eſt acquis aux enfans du jour du contrat de mariage, s'il y en a un, ſinon du jour de la célébration.

4. En ce que les biens du pere ne peuvent être aliénés ni hypothéqués au préjudice des enfans.

5. En ce que les acquéreurs des biens du pere ne peuvent preſcrire contre les enfans pendant le mariage.

6. Dans la province de Lyonnois, l'augment eſt dû de plein droit, quoiqu'il n'y ait point de contrat, ou qu'il n'ait point été ſtipulé.

11 Les différences ſont, 1, que l'augment eſt un troiſiéme genre de biens, qui n'eſt point compris ſous le nom de biens paternels ou maternels; c'eſt pourquoi la renonciation des enfans aux biens paternels & maternels ne comprend pas l'augment; cependant il ſe prend ſur les biens du pere, ainſi quand il s'agit de le ranger ſous une claſſe, c'eſt un bien paternel.

2. L'augment appartient aux enfans, ſoit qu'ils ſoient héritiers de leur pere, ou qu'ils renoncent à ſa ſucceſſion.

3. Les enfans qui ont été avantagés peuvent demander l'augment, ſans être obligés de rapporter.

4. La mere qui ne ſe remarie pas, a une portion en propriété dans l'augment égale à celle d'un des enfans; c'eſt pourquoi on l'appelle virile.

5. Quand il n'y a point d'enfans du mariage, ou qu'ils décédent tous avant la mere, l'augment entier lui demeure en propriété.

12 6. L'augment eſt ſujet au retranchement des ſecondes nôces, le douaire coutumier ne l'eſt pas.

Par rapport à la quatrieme convenance, j'ai fait juger la queſtion dans cette eſpece.

Le 20 février 1694, Antoine Couſon & Marie Badinand ſa femme, habitans de S. Etienne en Forez, vendirent aux religieuſes de ſainte Catherine de Sienne de la même ville, une maiſon & jardin ſitués au même lieu, moyennant la ſomme de 7750 liv. le mari s'obligea de faire ratifier ſa femme quand elle ſeroit majeure.

Par l'acte de ratification paſſé le 12 juin 1699, il fut ſtipulé qu'une partie du prix reſteroit entre les mains des religieuſes, pour la ſureté de l'augment de la femme.

Il faut obſerver, que par le contrat de mariage, l'augment étoit de 2000 livres, pour la dot apportée par la femme en ſe mariant, avec cette clauſe, *au cas qu'il advienne à la femme d'autres biens pendant le mariage, le mari lui fait augment de la moitié de ce qu'il recevra en deniers, & le tiers de ce qu'il recevra en immeubles.*

Les religieuſes payerent en différens tems & en différentes occaſions la plus grande partie du prix; enſorte qu'il ne leur reſtoit plus entre les mains que la ſomme de 2850 livres. Les vendeurs firent une ſommation aux religieuſes de leur payer 850 livres, offrant de leur laiſſer entre les mains 2000 livres pour la ſureté de l'augment; faute de payement, ils firent ſaiſir entre les mains des locataires & fermiers des religieuſes. Cela donna lieu à une inſtance qui fut portée pardevant le ſénéchal de ſaint Etienne. Pendant le cours de l'inſtance, les vendeurs révoquerent les offres par eux faites de laiſſer entre les mains des religieuſes la ſomme de 2000 livres pour la ſureté de l'augment; par la ſentence qui intervint le 23 février 1702, les religieuſes furent condamnées de vuider leurs mains de tout le prix, en paſſant par les vendeurs quittance conjointement & ſolidairement. Les religieuſes ayant interjetté appel de cette ſentence en la cour, le procès fut diſtribué à M. de Rolinde, conſeiller en la troiſiéme chambre des enquêtes, lequel ſçait fort bien le droit: ainſi je n'eus pas beaucoup de peine à lui faire comprendre le mal jugé de la ſentence, puiſqu'elle étoit directement contraire à la diſpoſition du droit, dans la novelle 22, ch. 24, dans lequel Juſtinien défend l'aliénation des biens du pere, au préjudice de l'hypothéque des enfans pour raiſon des gains nuptiaux, auſquels il permet de revendiquer les biens aliénés, ſans que les acquéreurs puiſſent oppoſer la preſcription, ſi ce n'eſt celle de 30 ans, à compter depuis que les enfans ont été en état d'agir.

BIU Cujas

Voici l'arrêt qui eſt intervenu, il eſt très-bien rédigé, & quoiqu'il ſoit court il explique bien tous les ſujets de la conteſtation. Sur cela je crois devoir remarquer deux choſes. La premiere, quand les écritures ſont faites par les avocats, elles ne ſont pas ſi monſtrueuſes, ni les procès ſi difficiles à décider, que quand les procureurs s'en mêlent, parce qu'ils les embrouillent à force d'écritures & d'incidens. La ſeconde, quand les rapporteurs ſçavent bien les principes du droit, ils ne ſont point embarraſſés dans leurs jugemens, & la bonne cauſe ne court point de danger; mais quand ils les ignorent, ils ſont toujours chancellans, ils ne ſçavent pas diſcerner les bons moyens d'avec ceux qui ſont plauſibles: c'eſt là où les procureurs & les ſolliciteurs triomphent; ils propoſent tant de moyens, & prennent des concluſions ſi différentes, que les lumieres de la vérité ſont obſcurcies par toutes ces fauſſes lueurs.

Extrait des Regiſtres du Parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: ſavoir faiſons, que comme 13
la ſentence donnée par le ſénéchal de ſaint Etienne du 23 février 1702, entre Antoine Couſon & Marie Badinand ſa femme, demandeurs aux fins de l'exploit du 23 avril 1701, d'une part; & les dames prieure & religieuſes du monaſtère de ſainte Catherine de Sienne, défendereſſes, d'autre part: Et encore entre André Salencins, le ſieur Bourlier, François Courtial, damoiſelle Antoinette Jacquier, Guillaume Deſſague, aſſignés pour déclarer à la requête deſdits Couſon & ſa femme défaillans, d'autre part: par laquelle, ſans avoir égard à ce qui avoit été dit & oppoſé par leſdites dames de ſainte Catherine, elles avoient été condamnées payer audit Couſon & ſa femme la ſomme de 3982 livres, reſtante de celle de 7750 livres, prix du contrat de vente, & ce paſſé le 20 février 1694, & le dernier payement qu'ils en avoient fait en l'acquit deſdits Couſon & Badinand, tuteurs des enfans Punctis, le 19 juin 1699, & en retenant néanmoins par leſdites dames les ſommes ſaiſies à la requête des mariés de Vignon, dont elles vuideroient leurs mains du conſentement deſdits mariés Couſon & Badinand, ayant donné bonne & ſuffiſante caution pour la réception de ladite ſomme, & le ſurplus de ladite ſomme de 3982 liv. adjugés auſdits mariés Couſon & Badinand, ſauf erreur, à défaut par leſdites dames d'en faire le payement dans la quinzaine, que pour le profit du défaut obtenu contre leſdits aſſignés, voir déclarer qu'ils ſeroient condamnés payer chacun ce qu'ils pouvoient devoir de leur louage auſdits mariés Couſon & Badinand, juſqu'à concurrence de ce qu'il leur ſeroit dû, en paſſant par leſdits mariés Couſon conjointement & ſolidairement quittance des ſommes qu'ils recevroient, leſdites dames condamnées aux deux tiers des dépens, l'autre tiers compenſé, & aux frais de levée de ladite ſentence, & aſſignés en ceux dudit défaut, chacun envers ſoi: Eût été appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu par arrêt du 28 juillet 1702, entre leſdites dames prieure & religieuſes du monaſtère de ſainte Catherine de Sienne, appellantes d'une ſentence rendue en la ſécéchauſſée de S. Etienne en Forez le 23 février 1702, d'une part; & ledit Antoine Couſon marchand de la ville de S. Etienne; & damoiſelle Marie Badinand ſa femme, intimés, d'autre part; & reçu pour juger en la maniere accoutumée, ſi bien ou mal avoit été appellé, les dépens reſpectivement requis par les parties, & l'amande pour nous, & leſdites parties appointées à fournir griefs & réponſes, faire production nouvelle, & contre icelle donner contredits, le tout dans le tems de notre ordonnance. Vu icelui procès, griefs deſdites dames prieure & religieuſes du monaſtère de ſainte Catherine de Sienne, du 20 février 1703, contre ladite ſentence du 23 février 1702, par leſquels elles avoient conclu à ce qu'il plût à notredite cour par l'arrêt qui interviendroit, mettre l'appellation & ſentence dont avoit été appellé au néant; émendant, ordonner que la ſomme de 2850 livres, reſtante à payer de celle de 7750 livres du prix de la vente d'une maiſon & jardin, faite par leſdits Antoine Couſon, & Antoinette Badinand ſa femme auſdites religieuſes, par contrat du 20 février 1694, demeureroit entre les mains deſdites religieuſes pour ſureté de l'augment de la femme dudit Couſon, juſqu'à ce leſd. religieuſes puiſſent valablement payer ladite ſomme de 2850 livres, aux offres par elles faites de continuer le payement des intérêts de ladite ſomme, ſuivant & conformément audit contrat de vente, & à l'acte de ratification d'icelui du 12 juin 1699, & en conſéquence faire main-levée auſdites religieuſes des ſaiſies faites ſur leurs fermiers & débiteurs à la requête deſdits Antoine Couſon & Marie Badinand ſa femme, avec dommages & intérêts, & les condamner aux dépens, tant des cauſes principales que de celle d'appel: Réponſes deſdits Couſon & Marie Badinand ſa femme du 19 mai 1703, aux griefs deſdites religieuſes; ſalvations deſdites religieuſes du 20 août 1703: requête deſdites religieuſes du 6 mars 1704, employée

BIU Cujas

pour plus amples ſalvations contre les réponſes à griefs dudit Couſon ; & par laquelle elles auroient conclu à ce qu'il plut à notre cour leur donner acte de ce qu'elles mettoient en fait que du mariage deſdits Couſon étoient iſſus deux enfans, qui étoient actuellement vivans, & leur adjuger leurs concluſions avec dépens ; ſur laquelle requête notredite cour auroit réſervé à faire droit en jugeant : requête deſdits Couſon & ſa femme du 30 juin 1704, contenant leur demande, à ce qu'il plût à notredite cour en procédant au jugement du procès d'entre les parties, où elle feroit difficulté de confirmer ladite ſentence du 23 février 1702, avec amende & dépens, & jugeroit à propos d'infirmer ladite ſentence, en ce que par icelle leſdites religieuſes avoient été condamnées à payer auſdits Couſon & ſa femme la ſomme de 2850 liv. reſtante du prix de ladite acquiſition, condamner audit cas leſdites dames religieuſes à payer auſdits Couſon & ſa femme la ſomme de 850 liv. ſauf à elles à retenir la ſomme de 2000 livres, pour ſureté de l'augment de ladite Badinand ; enſemble à payer les intérêts qui étoient dûs dudit principal, & ceux qui écherroient à l'avenir, aux dépens tant des cauſes principales que d'appel ; ſur laquelle requête notredite cour auroit réſervé à faire droit en jugeant : requête deſdites religieuſes du 28 juillet 1704, employée pour réponſes & défenſes à celles deſdits Couſon & ſa femme ci-deſſus énoncées ; & par laquelle elles auroient conclu à ce qu'il plût à notredite cour en procédant au jugement du procès d'entre les partie, leur donner acte de ce qu'elles ſe rapportent à notredite cour, comme elles auroient toujours fait, d'ordonner ſur les 850 liv. ce qu'il lui plairoit ; & attendu que ledit Couſon & ſa femme avoient donné lieu à tous les dépens faits juſqu'à préſent par leurs injuſtes prétentions, & qu'ils reconnoiſſoient le mal jugé de ladite ſentence, après avoir opiniâtrement ſoutenu le bien jugé, juſqu'au jour de la requête du 30 juin dernier, les condamner en tous les dépens, tant des cauſes principales que d'appel : ſur laquelle requête, notredite cour auroit donné acte & réſervé à faire droit ſur le ſurplus en jugeant : le mémoire imprimé deſd. religieuſes ſignifié ledit jour 28 juillet dernier. Tout vu & diligemment examiné : notredite cour par ſon jugement & arrêt, ſans s'arrêter à la requête deſdits Couſon & ſa femme du 30 juin dernier, a mis & met l'appellation & ſentence de laquelle a été appellé au néant ; émendant, ordonne que les 2850 liv. reſtantes du prix de la vente faite auſdites religieuſes, & dont eſt queſtion, demeureront ès-mains deſdites religieuſes, juſqu'à ce que l'augment de dot de ladite Badinand ait lieu, en payant par elles, conformément à leur contrat, l'intérêt de ladite ſomme au denier 20 ſuivant l'ordonnance ; & ſur le ſurplus des requêtes & demandes, met les parties hors de cour ; condamne leſdits Couſon & ſa femme aux dépens des cauſes principales & d'appel. Mandons, &c. Donné à Paris en parlement le 19^e^ jour d'oût 1704, & de notre régne le ſoixante-deuxiéme. Collationné. *Signé* par jugement & arrêt de notredite cour. Du Tillet.

Je crois devoir faire une petite obſervation pour les juges & les avocats des parlemens de droit écrit, qui diront peut-être que cette queſtion ne pouvoit pas faire la matiere d'un doute raiſonnable, puiſqu'elle eſt nettement décidée par la loi ; mais il faut obſerver que le roi, par une déclaration de 1664, que j'ai rapportée dans ce tome, liv. 4, queſt. 8, a abrogé la loi *Julia, de fundo dotali*, dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris. Ainſi la femme pouvant conſentir à l'aliénation de la dot, à plus forte raiſon peut-elle conſentir à celle de ſon augment ; d'ailleurs la dot marchant avant l'augment, & la femme, aux termes de la ſentence, paſſant quittance conjoinment & ſolidairement avec ſon mari, les religieuſes étoient ſubrogées à l'hypothéque de la femme pour ſa dot, & par conſéquent préférable aux enfans pour raiſon de l'augment. Cependant la cour ne s'eſt pas arrêtée à cette raiſon apparénte, qui pouvoit manquer par pluſieurs endroits.

BIU Cujas

DES DONATIONS AUX ENFANS A NAISTRE.

QUESTION CENT-SEIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait, qui a donné lieu à la queſtion.*
2. *Avis de l'auteur, que la donation faite à la fille aînée eſt tranſmiſe à ſes enfans, quoiqu'elle décéde avant ſes pere & mere.*
3. *Raiſons & autorités pour établir ſon opinion.*
4. *Sentence arbitrale de cinq avocats du parlement, qui juge que la donation doit appartenir à la fille puînée, qui s'eſt trouvée l'aînée lors du décès de ſes pere & mere.*
5. *Avis de l'auteur contre la ſentence.*
6. *Nouvelles autorités pour établir ſon avis.*
7. *Les juges affectent de ſe déterminer par de légeres circonſtances du fait, ou ſur de petits mots inſérés dans les actes.*
8. *La repréſentation a lieu dans toutes les diſpoſitions contractuelles en faveur des enfans, quoique le donataire ou l'inſtitué décéde avant le donateur ou l'inſtituant.*
9. *Eloge du recueil des arrêts de M. Catelan.*
10. *Arrêt du parlement de Toulouſe, du 31 mars 1651, qui juge que la donation doit appartenir à la fille de l'aînée, & non à la fille puînée.*

QUESTION CXVI.

Si dans un contrat de mariage, ayant été convenu que le tiers des biens appartiendra au premier mâle ſurvivant, qui deſcendra dudit mariage, en préciput & avantage, & au défaut des mâles, à la fille aînée, qui de même ſe trouvera en vie; la fille qu'elle a laiſſée la peut repréſenter, & exclure de ce tiers ſa tante, fille puînée des pere & mere, & qui leur a ſurvêcu.

CETTE queſtion étant importante, & pour le mérite & qualité des perſonnes qui l'ont fait naître, & pour le poids des raiſons qui la balancent, le lecteur nous permettra de la traiter avec autant d'étendue que nous le jugerons néceſſaire pour mieux établir ſa déciſion.

Par le contrat de mariage de meſſire Claude des Serpens, ſeigneur & comte de Gondras, & de dame Antoinette de Rochebaron, il fut convenu que pour la conſervation du nom & armes de Rochebaron, & après le décès de meſſire François & Annet de Rochebaron ſans enfans mâles, ledit ſeigneur de Gondras prendroit & porteroit le nom & armes de ladite maiſon, & après lui le premier mâle qui ſeroit procréé dudit mariage; & au défaut des mâles, la fille aînée, & que même ordre ſeroit obſervé à perpétuité pour les autres deſcendans & ſucceſſeurs; & à cet effet leſd. futurs auroient dès-lors fait donation pure, perpétuelle & irrévocable d'un tiers en préciput & avantage de tous & un chacun leurs biens préſens & à venir, au premier mâle ſurvivant qui deſcendroit dudit mariage; & au défaut de mâle, à la fille aînée qui de même ſe trouveroit en vie, en gardant l'ordre de primogéniture, afin que ladite maiſon de Rochebaron fût toujours maintenue en grandeur: Et que le tiers donné ſeroit pris ſur la terre de Rochebaron, y compris le château, pour porter le nom & armes, & le reſte pour parfaire ledit tiers ſur les autres terres de proches en proches. Enſuite il eſt dit, que leſdits ſeigneur & dame donateurs de ce tiers s'en démettent à leur profit; c'eſt-à-dire, de l'aîné ou de l'aînée, & les conſtituent vrais ſeigneurs & maîtres; confeſſant que la jouiſſance qu'ils en feront ci-après, ſera au nom & titre de precaire, termes qui ſont à peſer.

Sera remarqué, que n'y ayant eu que trois filles de ce mariage, Suſanne, l'aînée d'icelles, auroit été mariée avec le ſeigneur marquis de Polignac, & que par leur contrat de mariage le ſeigneur de Gondras & ladite dame de Rochebaron ſa femme, en cas que de leur mariage ne ſeroit procédé aucun enfant mâle; ou qu'étant procréé, il décederoit ſans avoir été marié: audit cas auroient chacun d'eux donné à ladite Suſanne par donation entre-vifs, & en faveur de noces, la moitié entiere de tous & un chacun leurs biens préſens & à venir; avec promeſſe de garantir, faire valoir & parfournir ladite donation en préciput & avantage de leurs autres enfans nés & à naître; en icelle donation compriſes toutes autres donations précédentes.

Sera pareillement remarqué, que ladite Suſanne, femme dudit ſeigneur marquis de Polignac, ſeroit venue à déceder du vivant des pere & mere, & auroit laiſſé une fille. Et qu'enfin ladite dame Antoinette de Rochebaron étant venue à déceder, auroit par ſon teſtament inſtitué ſon héritiere univerſelle Catherine ſa ſeconde fille, femme de meſſire Louis de la Rochefoucaud, ſeigneur de Laurac; inſtitué ſon héritiere particuliere en la ſomme de ſix vingt mille livres, Gabrielle ſa troiſiéme fille, & Antoinette de Polignac ſa petite fille & fille de ladite Suſanne, en ce qu'elle lui avoit donné par ſon contrat de mariage, & encore en ſon droit de légitime, & au par-deſſus icelle, en la ſomme de trois mille livres.

Voilà la ſource du différend. Ledit ſieur marquis

BIU Cujas

de Polignac, comme pere & légitime tuteur de sa fille, ayant insisté à la moitié de tous les biens de l'ayeule en préciput & à la légitime sur l'autre moitié, avec le legs de trois mille liv. Et la dame de Laurac ayant soutenu que le tiers des biens de ses pere & mere affecté par leur contrat de mariage à la fille aînée qui leur survivroit, lui appartenoit & lui devoit être distrait par un préalable, sauf à sa niéce à prendre la
2 moitié des biens restans, & sa légitime sur l'autre moitié. Ayant donc été consulté sur ce point, nous jugeâmes que l'intention du sieur marquis de Polignac étoit bien fondée, & que ce tiers qui faisoit la controverse étoit acquis à la fille, tant par droit de représentation, que parce qu'il avoit été compris en la donation de la moitié de tous biens faite à sa mere, & confirmé par le testament de l'ayeule.

3 Pour fonder notre opinion, nous dîmes, que si autrefois la contestation a été grande pour les principautés, & pour le droit d'aînesse, entre le neveu & l'oncle, lorsque l'aîné venant à mourir avant le pere, laisse un fils : à présent cette question célebre, & qui a tant travaillé les interprêtes, ne reçoit plus de doute, ayant été décidée & préjugée tant de fois en faveur du neveu, même par le sort des armes. De sorte qu'il est certain que l'aîné laissant un fils du vivant du pere, il ne le représente pas seulement pour une succession commune, mais encore pour le droit d'aînesse, comme lui ayant été transmis par cet aîné. En effet, l'article 324 de la coutume de Paris, porte, *que les enfans du fils aîné, soit mâles ou femelles, survivans leur pere & venans à la succession de leur ayeul, représentent leur dit pere au droit d'aînesse.*

C'est parce que cette représentation fait que l'enfant est censé la même personne que le pere qu'il représente ; c'est parce qu'il entre en son lieu & place, tient le même degré, *sicut pater si viveret*, comme dit Justinien, en sa Nov. 118. C'est enfin parce que le droit d'aînesse est acquis à l'aîné aussi-tôt qu'il vient au monde, soit que la coutume le défere, soit qu'il procede de la convention d'un contrat de mariage. Etant donc acquis à l'aîné, même du vivant du pere, c'est une conséquence que prémourant, il le transmet à ses enfans : & quand il ne le faudroit considérer que comme une simple espérance, ce droit ne laisseroit pas pour cela d'être transmissible.

C'est parce qu'il faut faire différence entre les contrats & les testamens, *& an quid debeatur in spe ex ultima voluntate sub conditione, an ex contractu.* Comme les dernieres volontés sont incertaines & ambulatoires, comme elles peuvent changer à tous momens, on n'y peut rien établir de certain. Mais ce qui dépend d'un contrat a plus d'assurance, puisque ce n'est pas un acte qui soit revocable. Aussi Justinien, au § *ex conditionali, instit. de verbor. obligat.* a décidé nettement, qu'encore que *ex conditionali stipulatione spes tantùm sit*, & que nous n'ayons rien d'acquis, néanmoins *eam ipsam spem in hæredem transmittimus, si priùs quàm conditio extet, mors nobis contigerit.* Et c'est d'où nos interprêtes tirent cette regle certaine, que l'espérance d'un droit qui est fondé sur une convention contractuelle, est transmissible aux enfans.

En effet, les arrêts ont jugé, que les institutions d'héritier, ou substitutions faites par contrat de mariage, non-seulement sont irrévocables ; mais de plus, que celui en faveur duquel elles sont faites, étant prédécédé, il en transmet le droit aux enfans qu'il laisse. Il y a eu sur cela un arrêt mémorable, pour la succession de messire Joseph Albiat, & il est rapporté par le sieur Brodeau, sur M. Louet, en la lettre S n. 9 & par M. le Bret, l. 3, c. 3 de ses décisions. En l'espece de cet arrêt, le neveu de cet Albiat, qu'il avoit institué son héritier en tous ses biens en se mariant, étant décédé le premier, il fut jugé, que cette institution avoit été transmise à ses enfans. Ce qui a été établi par le droit François en faveur des mariages, & n'est pas néanmoins éloigné du droit Romain, l'on ne considere ce qui est dit *in l. Cùm avus, ff. de condit. & demonstr. & in l. Cùm acutissimi, C. de fideicom.* où ce qui doit tomber à quelqu'un par la mort d'un autre n'a point de lieu, si cet autre laisse des enfans.

Que si l'on objectoit que les clauses des contrats sont *stricti juris*, que *tantùm valent quantùm sonant*, & qu'il falloit prendre les termes dans leur propre signification, sans y rien suppléer ni retrancher : nous répondions que ce sont les mêmes raisons qui avoient été alléguées au procès de la succession d'Albiat, ainsi qu'on peut l'apprendre du sieur Brodeau ; & néanmoins que la cour ne laissa pas de juger, qu'encore que l'institution d'héritier fut renfermée en la personne du neveu, & qu'il ne fut point parlé de ses enfans, le droit leur en avoit été transmis, quoique la représentation ne soit pas si favorable en ligne collatérale, qu'en ligne directe, ainsi qu'il se collige des articles 322 & 324 de la coutume de Paris.

Que si l'on vouloit subtiliser sur les mots de *survivant*, ou *qui seroit en vie*, nous disions que supposé que par la représentation l'enfant soit censé une même personne, & par conséquent qu'il succede *in locum & gradum patris & matris*, soit par une fiction de la loi, soit par une vérité naturelle ; il étoit vrai de dire, que la fille de Susanne représentant sa mere, avoit non-seulement la qualité d'aînée, mais encore de survivante, & partant devoit exclure sa tante. Que c'est par cette raison, qu'il est dit dans l'Ecclésiaste, *mortuus est pater, & quasi non est mortuus, reliquit enim similem sibi post se* ; & qu'en la Genese, Abraham nomme Loth son frere, quoiqu'il ne fût que son neveu, & que parlant de Sara, il dit, *verè soror mea est filia fratris mei.*

A quoi nous ajoutions que monsieur Tiraqueau, en son traité *de jure primogenitorum, quæst.* 40 après avoir agité *an nepos præferatur patruo*, & soutenu le parti du neveu, entre autres raisons qu'il en donne, il assure que *sicut pater est primogenitus, ita & filius*, & que puisque selon le dire des philosophes, *generatio habet secum concomitantiam*, il s'ensuit que la naissance du fils doit être référée à celle du pere, & que c'est plutôt une naissance reitérée ou renouvellée, qu'une naissance diverse, *non tam fictione juris, quàm veritate naturali*, suivant la loi derniere, *C. de impuber. & aliis substit.* Et afin qu'on ne dise pas que cette raison ne peut qu'établir la qualité d'aînée, mais non celle de survivante aux pere & mere : le même sieur Tiraqueau assure à l'endroit cotté, que l'aîné qui laisse un fils, *non censetur extinctus*, & qu'il est encore vivant en la personne de ce fils : ce que *Joannes Grivel, in decis. 146. Senatûs Dolani*, tient pareillement : car après avoir assuré qu'il ne faut pas établir une diversité de qualités entre l'aîné & son enfant, après avoir soutenu que *jus vel prærogativa ipsius primogenituræ transit à primogenito in suos filios descendentes*, & que pour cela, le fils *verè subintrat locum patris cum iisdem qualitatibus, juribus, & præeminentiis* ; il ajoute que le fils étant une portion du corps du pere, cette portion, quoique changée en un nouvel homme, à cause qu'il y a une ame nouvelle, fait pourtant *ut non videatur omnino extincta persona patris, sed adhuc quodammodo exstare & subsistere.* C'est parce que, dit-il, *ut aliquid dicatur extare & subsistere, sufficit quod quantulacumque pars ab eo extet, l. domum, § si verò, ff. de contrah. empt. l. proponebatur, ff. de judiciis.*

Nous ajoutions encore, qu'il ne falloit pas trouver étrange que l'enfant d'un aîné, après la mort d'i-

BIU Cujas

celui, en prenant sa place, prenne aussi sa qualité d'aîné, & qu'en sa personne le pere soit censé survivre, puisque la représentation fait & cause des merveilles plus grandes. En effet, il est certain qu'en ligne collatérale, non-seulement le frere qui a le double lien, est préféré aux freres uterins ou consanguins, mais encore que le fils de ce frere germain a la même préférence. Or en ce cas la représentation non-seulement fait que celui qui est en degré plus éloigné, soit censé plus proche; mais de plus, que ce neveu, qui ne touche à son défunt oncle, que du côté du pere, sera censé lui être conjoint *ex utroque latere*. Il y a pourtant plus de répugnance que le pere venant à mourir, transmette à son enfant cette conjonction du double lien, que la qualité d'aîné, ou de survivant; puisque, comme dit est, il est vrai, même naturellement, que le pere est censé vivre en son enfant, & que cet enfant en est un extrait & un double original.

A l'autorité des auteurs susdits, nous ajoûtions celle de *Berengarius Fernandus*, & du sieur Chopin. Le premier, au traité qu'il a fait sur le chapitre *de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto, in 7 capite*, sur la fin, résout que le fils aîné décédant avant le pere, & laissant des enfans, ils doivent avoir ce que leur pere auroit, par argument de la loi 1, *C. de his qui ante apertas tabulas*, & que cette transmission a lieu *à die pacti matrimonii, etiam in vita patris*; quoique l'effet en soit différé jusqu'à sa mort. Ce qu'il confirme au chapitre subséquent, où répondant à cette raison, que l'enfant de l'aîné n'a pas la qualité du premier né, & si l'on veut, de survivant, il dit, qu'en vertu de la convention, *dies cessit, sed non venit*. Bref, que l'enfant qui premier a donné & imposé le nom de pere à celui qui lui a donné l'être, reçoit en même tems & au même instant celui de fils aîné, mais le reçoit incommutablement, pour le transférer à son enfant, en cas qu'il meure le premier.

Le même Fernand, au chapitre 10, nomb. 10 de son commentaire, propose, qu'ayant été convenu par contrat de mariage que l'aîné des enfans seroit héritier; que s'il décédoit sans enfans, le second; & au défaut du second, le troisieme: il seroit arrivé que le second seroit décédé premier avec des enfans; & qu'après, le premier seroit décédé sans enfans: Il demande qui doit succéder, ou le troisieme, où les enfans du second; & il conclud pour ceux-ci: parce que, dit-il, c'étoit un droit transmissible, & que le second est censé vivant en la personne de ses enfans qui le représentent: *Per suorum filiorum existentiam censetur vivere, & in rerum natura esse*. Et il ajoûte que c'est enfin parce que, comme on a préféré le pere, on est censé vouloir préférer les enfans qu'il laisse; ce qui semble formel & décisif pour la damoiselle de Polignac; car outre que sa mere est censée vivante & survivanre en elle, on ne doit pas présumer que les seigneur & dame de Gondras ayent entendu que leur fille aînée laissant une fille, cette fille fût exclusé par sa tante.

Quant au sieur Chopin, en son commentaire sur la coutume d'Anjou, chap. 1 & titre 3 de la 3 partie, nomb. 19 & 20, parlant de cette institution d'héritier, ou de semblable convention, il remarque que le droit en est tellement acquis au fils, que son enfant, qui le représente, le tient plutôt de lui que de l'ayeul; & c'est de-là qu'il infere que ce petit-fils ne peut pas rejetter l'hoirie du pere, pour accepter celle de l'ayeul. Car encore, dit-il, que l'aîné, décédé avant son pere, n'ait pas été son héritier, si est-ce qu'il a transmis aux siens irrévocablement & pour toujours le droit de cette institution d'héritier, ou d'autre convention semblable.

Mais plus à propos de la question proposée, le même Chopin en agite une qui a quelque rapport plus précis. Si le fils aîné, dit-il, qui par contrat de mariage du pere, doit être son principal héritier, décede avant lui, & laisse une fille, cette fille pourra-t-elle succéder, nonobstant que par la coutume de Peronne, Mondidier & Roye, elle ne représente point son pere? Il tient que oui, & que cette fille se peut fonder sur la clause du contrat de mariage, pour faire que l'espérance conditionnelle lui demeure, comme héritiere de son pere, suivant les textes qu'il cite, & parce qu'aux contrats, l'espérance conditionnelle passe aux héritiers. Enfin, après avoir opposé les raisons contraires, il conclut que la disposition du pere, en faveur de son fils aîné, s'étend aux filles issues de lui, au défaut des mâles, & que la cour l'a ainsi jugé, suivant l'opinion d'Isernias, *ad cap. 1, de eo qui sibi & suis hæredibus*, & d'autres auteurs qu'il cotte. Il assure donc que la cour adjugea le droit d'aînesse à la fille unique du fils aîné, au préjudice des oncles, freres puînés de son pere, par arrêt remarquable du 27 janvier 1601, quoique la coutume y fît quelque obstacle: d'où on peut inférer qu'à plus forte raison on peut juger le même en cette rencontre, n'y ayant point de concours de mâle, & la controverse n'étant qu'entre la niece & la tante.

Attendu même que le droit de cette niece est d'autant plus favorable, qu'il est redonblé & confirmé par le contrat de mariage de sa mere, par lequel on lui a donné la moitié entiere de tous les biens, les donations précédentes y comprises, c'est-à-dire, le tiers donné par le contrat de mariage des pere & mere; & c'est pour le montrer, qu'on ne s'est pas contenté de dire la moitié de tous les biens, & qu'on a ajoûté le mot d'*entiere*, afin que ce qui n'appartenoit à l'aînée qu'en espérance, lui fût appliqué & attaché à sa personne, & lui fût encore mieux acquis, & par conséquent, plutôt transmissible à ses enfans. Car ce qui est donné en faveur de mariage à l'un des conjoints, le saisit dès-lors, & tant les mariés que leurs descendans, ainsi que la coutume d'Auvergne le dit en plusieurs articles.

Et ne faut pas dire que par cette donation de la moitié entiere de tous les biens, les pere & mere n'ont pu déroger au tiers affecté par leur contrat de mariage pour l'aîné ou pour l'aînée. Car cela pourroit être, s'il avoit été fait au préjudice d'une autre fille qui fût aînée au tems dudit contrat de mariage; mais cette donation n'ayant été faite qu'à la fille aînée, les pere & mere lui ayant voulu confirmer ce que déja elle avoit en espérance, ou qui lui étoit en quelque façon acquis, la fille puînée ne le peut débattre, ni s'en plaindre, pour vouloir ôter à sa niece, qui représente sa mere, ce qu'elle lui a transmis; niece qui tient lieu d'aînée, puisque le même Chopin, à l'endroit cotté, *n.* 3, ayant demandé si le fils aîné mourant avant le pere, & laissant plusieurs enfans, l'aîné desdits enfans aura seul en la succession de l'ayeul ce que nos coutumes appellent préciput, il conclut que ce préciput n'est point sujet à partage, suivant l'art. 222 de la coutume d'Anjou; d'où s'ensuit que cet aîné des petits-enfans emportant seul ce préciput, il faut que ce soit en qualité d'aîné, & parce que la qualité d'aîné qu'avoit son pere, passe en sa personne, & non pas en qualité d'héritier, parce que tous les autres petits-enfans y auroient leur part.

A quoi sera ajoûté que les pere & mere ayant expressément compris le tiers porté par leur contrat de mariage à la donation faite à leur fille aînée en la mariant, quand ils n'auroient pu disposer de ce tiers, toujours auroient-ils été obligés de le suppléer sur les biens restans, sans en pouvoir disposer au profit de leurs autres filles, leur légitime en tout cas distraite,

BIU Cujas

attendu même les termes auſquels la donation eſt conçue, les donateurs s'étant obligés de maintenir, faire valoir & parfournir ce qu'ils donnoient.

Après tout, nous eſtimions que le teſtament de la mere confirmoit le droit de la fille de l'aînée, puiſqu'elle lui avoit légué la ſomme de trois mille livres, outre ce qu'elle avoit donné à ſa mere par ſon contrat de mariage, & outre ſa légitime, car elle avoit entendu par-là que la donation de la moitié entiere de tous les biens ſubſiſtât; l'ayant donc confirmé par ce teſtament, ſon héritiere n'y peut pas contrevenir; il faudroit au moins qu'elle renonçat au bénéfice qu'elle en peut tirer, y ayant de la répugnance qu'elle s'en puiſſe ſervir, & combattre l'intention de ſa mere, établie dans la donation & dans un contrat ſi ſolemnel, & confirmée par ſon dernier éloge.

Nonobſtant ces raiſons, la damoiſelle de Polignac perdit ſa cauſe par ſentence arbitrale de cinq anciens & fameux avocats du parlement. Ils firent leur fondement, ſur-tout celui qui emporta la balance ſur ces mots, *qui ſe trouveroit en vie*, & ils crurent que c'étoient des mots taxatifs & limitatifs; que cette qualité & condition de ſurvivance ſe devoit prendre & référer au tems du décès des pere & mere, & que de droit, *qualitas adjecta verbo aut principio*, ſe doit regler par le tems, *quod ineſt verbo vel principio cui adjicitur*. Qu'en effet, étant parlé de prendre après le décès des peres & meres, & de recueillir le tiers de leurs biens, cet avantage ne pouvoit s'entendre que de l'aîné ou de l'aînée qui auroit cette qualité lors de la ſucceſſion échue. C'eſt ce qu'on peut inférer des termes de leur ſentence que nous voulons inſérer ici.

4 Vû par nous Edme Didier, Barthelemy Auzanet, Jean-Marie Lhoſt, Jean Martinet, & Michel Langlois, avocats en la cour, le compromis paſſé pardevant Valla & Payſant, notaires au Châtelet de Paris, le 23 juin 1654, entre meſſire Melchior de Polignac, conſeiller & aumônier du roi, abbé de Montbourg, demeurant au château de la Voûte-Polignac, diocèſe du Puy, au nom, & comme ayant charge, & ſe faiſant fort de meſſire Louis de Polignac, marquis de Chalançon, tant en ſon nom, que comme tuteur de damoiſelle Antoinette de Polignac ſa fille, & de défunte dame Suſanne des Serpens, à laquelle il a promis faire ratifier, d'une part; & meſſire Louis de la Roche-Foucault, comte de Laurac, demeurant au château de Cluzel, paroiſſe de Saint Elbe, diocèſe de Saint Flour, tant en ſon nom, que comme ſe faiſant fort de dame Catherine des Serpens ſon épouſé, à laquelle il a pareillement promis faire ratifier la préſente ſentence dans quinzaine, d'autre: par lequel pour juger & terminer les prétentions & différends qui étoient entr'eux, à cauſe des biens des ſucceſſions de défunt meſſire Claude des Serpens, vivant, ſeigneur comte de Gondras, & de puiſſante dame Antoinette de Rochebaron; & en exécution d'autre compromis paſſé par leſdites parties, pardevant Martinon, notaire royal en la ville de Riom le 16 avril 1654, & ratifié par leſdits ſieur & dame de Laurac le 28 dudit mois, ils ont convenu de nous pour arbitres des demandes & prétentions de ladite comteſſe de Laurac, ſur les biens deſdits ſieur & dame de Rochebaron ſes pere & mere, contenant quelle aura, premierement, le tiers deſdits biens en préciput & avantage de leurs autres enfans, en vertu de la donation qu'ils en ont faite par le contrat de leur mariage du 23 décemble 1628, en faveur de leur fille aînée, en cas qu'il n'y eût enfans mâles, comme étant ladite dame comteſſe de Laurac leur fille aînée, & qui leur a ſurvécu. En ſecond lieu, que la demoiſelle Antoinette de Polignac ſa niece ne peut prétendre qu'un ſixieme des biens de ſon ayeul & ayeule en préciput, en vertu de la donation par eux faite à ſa défunte mere au contrat de ſon mariage avec meſſire Louis de Polignac, marquis de Chalançon, du 14 février 1638, nonobſtant que ladite donation ſoit de la moitié des biens deſdits donateurs, parce qu'ils ont ajoûté qu'ils comprenoient en la donation qu'ils faiſoient de ladite moitié de leurs biens toutes donations précédentes, & ainſi qu'ils ont entendu demeurer maîtres abſolus de l'autre moitié de leurs biens: de ſorte que leſdits des Serpens & de Rochebaron mariés n'avoient point fait d'autre donation de leurs biens précédente, que celle dudit tiers en faveur de l'aîné de leurs mâles ſurvivans, & par le défaut de mâles, en faveur de leur fille aînée qui ſeroit vivante, l'ordre de primogéniture gardé: la donation duquel tiers toutes les parties eſpéroient avoir effet en la perſonne de ladite marquiſe de Polignac, comme étant la fille aînée des donateurs, laquelle, par l'ordre de la nature, leur devoit ſurvivre: ſi bien que ſi cet ordre a été perverti par l'événement, & que le premier tiers donné à la fille aînée ſurvivante, n'ayant pu paſſer à la perſonne de ladite dame marquiſe de Polignac, par la défaillance de la condition; c'eſt un cas fortuit, duquel les donateurs ne ſont point reſponſables n'y ayant rien de leur fait, ſi la condition de leur premiere donation n'a eu effet en la perſonne de ladite dame de Polignac leur fille aînée. Mais quoiqu'il en ſoit, que leſdits pere & mere n'ont eu volonté que de donner la moitié de leurs biens par leſdites deux donations. Et puiſque la premiere du tiers cédé au profit de la dame de Laurac, la demoiſelle de Polignac ne peut eſpérer, en vertu de la ſeconde, que le reſte du tiers en la moitié, qui eſt un ſixieme du total. En troiſieme lieu, que ladite dame comteſſe de Laurac aura la moitié des biens de ſadite mere, en qualité de ſon héritiere teſtamentaire, enſuite de ſon teſtament fait le 7 février 1654. En quatrieme lieu, demande le tiers de l'autre moitié des biens de ſondit feu pere, en qualité de ſon héritiere *ab inteſtat*, concurremment avec damoiſelle Gabrielle des Serpens ſa ſœur, & ladite damoiſelle de Polignac ſa niece. En cinquieme lieu, que meſſire Louis, marquis de Polignac, pere de ladite damoiſelle Antoinette, ſera tenu de rapporter, ou moins prendre ſur ce qui écherra à ſa fille, la ſomme de quarante cinq mille livres qu'il a reçue en avancement d'hoirie, ſuivant ſon contrat de mariage, tant en principal, qu'intérêts. Ce qui a été ſignifié le dernier jour du mois de juin dernier. Réponſes auſdites demandes fournies par ledit ſeigneur marquis de Polignac, & autres piéces & mémoires deſdites parties, & icelles ouies, nous déclarons le tiers des biens qui ont appartenu à meſſire Claude des Serpens & à dame Antoinette de Rochebaron, & qui a été par eux donné par leur contrat de mariage à la fille aînée qui ſe trouvera en vie, appartenir à dame Catherine des Serpens dame de Laurac, qui s'eſt trouvée l'aînée des filles ſurvivante au jour du décès dudit ſeigneur Claude des Serpens & dame de Rochebaron; & qu'en vertu de la donation portée par le contrat de mariage de meſſire Louis de Polignac & dame Suzanne des Serpens du vingt-quatre février 1638, damoiſelle Antoinette de Polignac, comme héritiere de ladite dame des Serpens, doit avoir la moitié des deux tiers reſtans des biens dudit meſſire Claude des Serpens, & de la dame de Rochebaron. Fait & prononcé auſdites parties aux domiciles par eux élus, piéces rendues le vingt-unieme jour de juillet mil ſix cent cinquante-quatre.

Conſulté de rechef ſur ce differend, quelque reſpect

pect que nous ayons pour ces meſſieurs, nous ne pûmes pas nous rendre, & nous crûmes que pour s'attacher trop aux mots, ils avoient jugé contre l'intention préſumée des pere & mere, & même contre nos maximes.

5 Nous dîmes donc par un ſecond avis, qu'il eſt hors de doute que pour le droit de primogéniture, & pour la ſucceſſion des royaumes & des fiefs, le fils de l'aîné eſt préférable au puîné, & que le neveu l'emporte ſur l'oncle; bref, que ſi cette fameuſe queſtion a été autrefois controverſée, elle ne l'eſt plus à préſent.

Que c'étoit donc de l'hypotéſe que dépendoit le bien ou mal jugé, parce que la clauſe du contrat ou des articles, porte que la donation du tiers en préciput eſt faite au premier mâle ſurvivant, qui deſcendra du mariage, & à défaut de mâle, à la fille aînée, qui de même ſe trouvera en vie. C'eſt donc par ces conditions de ſurvivance que leſdits ſieurs arbitres ont crû que Suzanne des Serpens fille aînée étant décedée du vivant de ſes pere & mere, la donation du tiers a été rendue inutile à ſon égard; que la condition ſous laquelle ce tiers a été donné & affecté à l'aînée, n'a pû ſe vérifier en ſa perſonne; bref, qu'elle n'a pû tranſmettre à ſa fille ce qui ne lui avoit été acquis qu'à condition de ſurvivre; il n'y a donc qu'à détruire ce fondement pour établir le mal jugé, & cela par trois ou quatre raiſons qui ſont puiſſantes.

La premiére, que quand il ne s'agiroit que d'une ſimple eſpérance, elle auroit été pourtant tranſmiſſible, ſuivant la diſpoſition formelle du droit *in* § *ex conditionali inſtit. de verbor. obligat.* & la diſtinction commune que font nos interpretes, *inter ſpem quæ deſcendit ex contractu, & ſpem quæ deſcendit ex teſtamento.* Celle-là eſt tranſmiſſible, notamment aux enfans, & non celle-ci, la condition d'un contrat ayant plus de force que la diſpoſition d'un teſtament, dont l'effet eſt ſuſpendu.

La ſeconde ſera tirée, de ce que s'agiſſant d'un préciput attaché à la primogéniture, & ſe devant regler comme le droit d'aîneſſe ſe regle communément, il eſt vrai de dire que ce n'eſt pas un ſimple eſpoir qu'a eu Suzanne des Serpens, mais plutôt que le droit lui a été acquis; que c'eſt par ſa naiſſance & par la prérogative d'icelle qu'il a été attaché à ſa perſonne; & par conſéquent qu'elle la peut tranſmettre à ſa fille, parce que *quod uni primò collatum fuit, ablatum fuiſſe à ſecundo non dubitatur, l. quod in rerum*, § *ſi quis poſt ff. de leg.* 1. Que ſi dans l'écriture ſainte Eſaü a pû vendre ſon droit de primogeniture, c'eſt une conſéquence que c'étoit un droit acquis, & partant qu'il ſe peut bien tranſmettre aux enfans, cette tranſmiſſion étant plus favorable que la vente. Auſſi tous nos auteurs qui traitent du droit d'aîneſſe, donnent pour regle certaine, que dès-lors que l'aîné vient au monde, ſa naiſſance lui donne ce droit: & *Fernandus* parlant de ce droit en l'eſpece que nous traitons, *ex vi pactorum contractûs matrimonii*, tient que le droit eſt acquis à l'aîné, *mox ut natus fuit.* Que c'eſt au tems de ſa naiſſance que l'effet de cette convention ſe doit régler par argument de la loi *donationes quas parentes* C. *de donat. inter vir. & uxor.* Bref, qu'il ne faut pas regarder, *quis ſit primogenitus, dum moritur diſponens, ſed dum naſcitur primus*; c'eſt ainſi que le réſout cet auteur au chap. 8 du commentaire que nous avons déja allégué.

Ce qui ſemble recevoir d'autant moins de doute en cette rencontre, que la même clauſe du mariage établit ce fondement. Car après la donation du tiers au profit du fils aîné ou de la fille aînée, pour la conſervation de la maiſon de Rochebaron, il eſt dit enſuite que les donateurs s'en dévêrent à leur profit, & les conſtituent vrais ſeigneur & maîtres, confeſſant que la jouiſſance qu'ils en feront ci après, ſera au nom & titre de précaire, avec promeſſe de garantir; au moyen de quoi il faut qu'on avoue que dès lors que Suſanne eſt née, ce droit lui eſt échû & lui a été acquis, & de ſa perſonne à ſa fille: autrement cette clauſe ne ſeroit pas ſeulement inutile, mais encore contradictoire. Les donateurs ne pouvoient ſe déſaiſir dès-lors au profit de celui ou celle qui leur ſurvivroit; & ſi l'effet dépendoit du prédecès deſdits donateurs, en vain ſtipuloient-ils d'en faire, de leur vivant, l'aîné ou l'aînée vrais ſeigneurs & maîtres. Enfin, c'eſt en vain que les mêmes donateurs réduiſoient dès-lors la jouiſſance qu'ils feroient ci-après au nom & titre de précaire, s'il n'eſt véritable que ce préciput dût être acquis à l'aîné ou à l'aînée au moment de ſa naiſſance.

La troiſieme raiſon, c'eſt parce qu'en ligne directe & en faveur des deſcendans, la repréſentation eſt ſi favorable, ſi largement étendue, que la fille prenant la place & rang de la mere, y entre avec les mêmes qualités & prérogatives, *non tàm fictè, quàm verè & naturaliter*; mais ſi c'eſt avec les mêmes qualités & conditions, ce doit être entiérement & ſans exception: autrement ce ſeroit une repréſentation fauſſe & défectueuſe, ce qui ſeroit contre l'intention de la loi.

Et c'eſt pourquoi l'on ne peut pas faire un fondement contraire ſur ces mots, *qui ſe trouvera en vie*; car la fille repréſentant la mere, & la repréſentant en qualité d'aînée, il eſt vrai de dire qu'elle s'eſt trouvée la fille aînée lors du décès des pere & mere; qu'elle leur a ſurvêcu; & que la condition de ſurvivance a été accomplie en ſa perſonne: autrement il ne ſeroit pas vrai qu'elle repréſente ſi bien la mere, & a pris ſi bien ſon rang & ſon grade, que la mere eſt cenſée vivre en la fille: autrement il faudroit rejetter cette maxime commune, que *tantumdem operatur fictio in caſu ficto, quod veritas in caſu vero*: outre que cette repréſentation n'eſt pas tant une fiction de la loi, qu'un effet de la nature.

Enfin, pour quatriéme raiſon, le droit qui avoit été acquis à l'aînée *mox quo nata fuit*, a été confirmé en ſa perſonne, par la donation qui lui a été faite par ſes pere & mere lors de ſon contrat de mariage; car la moitié entiere de tous leurs biens lui ayant été donnée, ils y ont compris les donations précédentes; de ſorte que n'y en ayant point eu d'autre que celle du tiers, il s'enſuit que ce tiers lui a été d'abondant donné, que ce qui ne ſembloit être qu'en eſpérance, a été fait un droit acquis: en un mot, que la donation du tiers a eté déterminée & fixée encore mieux en la perſonne de Suſanne, par ſon contrat de mariage, les pere & mere en ayant voulu avancer & anticiper l'effet, & en rendre le droit plus certain & plus immuable & fixe en la perſonne de leur fille aînée; & cette raiſon eſt d'autant plus forte, que le docteur *Fernandus* au ch. 8. *num.* 4, du commentaire qui a été déja cité, y fait un fondement conſidérable. Il dit donc que la choſe reçoit moins de doute, *ſi quidem parens diem reſtitutionis præveniſſet, quia in vita ſua filio primogenito tradidit bona pactis comprehenſa, quo caſu melior facta videretur nepotis conditio, propterea quòd pactum effectum ſumpſiſſet, dùm primogenitus viveret.* Et ajoute le même auteur, que le pere peut anticiper le tems de la convention ou donation, par argument de la loi *poſt mortem, C. de fideicom.*

Il ne faut donc pas dire que les pere & mere n'ont pû comprendre ce tiers en la donation de la moitié, & par ce moyen l'aſſurer encore mieux en la per-

BIU Cujas

ſonne de leur fille aînée : car ils n'ont fait qu'exécuter la convention précedente ; & il ſuffit que lors de l'exécution, au lieu d'y déroger, ils y ayent plus amplement ſatisfait ; qu'ils n'ayent donné qu'à celle qui étoit la fille aînée, & en laquelle ils établiſſoient le maintien de la maiſon : outre que les pere & mere s'étant obligés de faire valoir la donation de la moitié, & d'en garantir l'effet, l'héritiere de la mere n'y pourroit pas contrevenir : *& quam de evictione teneret actio, eamdem agentem repellet exceptio*, ou du moins elle ſeroit obligée à récompenſer ce qu'elle voudroit ôter, & le remplacer d'ailleurs.

Ne ſervant rien de dire que les pere & mere n'ont entendu comprendre en la donation le tiers, que dans la créance qu'ils en pûſſent diſpoſer ; car les termes y repugnent, *de la faire valoir & la parfournir :* outre que par cette objection, on reconnoît que les donateurs ont bien entendu que ce tiers fût acquis à leur fille aînée, pour la conſervation de la maiſon de Rochebaron en ſon entier, & afin de la maintenir en ſa grandeur ; ç'a été le but de leur intention, & ils ont témoigné qu'ils appréhendoient que cette maiſon ne fût diviſée & affoiblie, comme elle ſeroit, ſi la puînée emportant le tiers, l'aînée avoit le ſurplus. Il faut donc croire que quand en la donation du tiers, ils ont parlé de la fille aînée qui ſeroit en vie, ils n'ont entendu par-là qu'exclure cette même fille aînée, ſi elle venoit à mourir premiere, ſans avoir été mariée, ou ſans enfans : mais qu'ayant été mariée & laiſſant un enfant, ils ayent entendu l'exclure, c'eſt ce qui ne peut être préſumé, puiſque cela choqueroit ouvertement leur intention & le motif de la donation d'une moitié des biens. C'eſt ainſi qu'eux-mêmes auroient détruit leur deſſein, & la penſée qu'ils avoient de conſerver leur maiſon en ſon ancien luſtre ; auquel cas, quand même il y auroit plus de doute, la clauſe devroit recevoir cette interprétation favorable, puiſqu'il faut plutôt accommoder les paroles à une volonté préſumée, que d'aſſujettir la volonté aux paroles.

Le juriſconſulte dit bien en la loi 69, *ff. de leg.* 3, *non aliter à ſignificatione verborum recedi oportere, quàm cùm manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem ;* mais auſſi ſa volonté paroiſſant contraire, elle doit être preferée à la rigueur des paroles. Or qui pourroit interroger les donateurs, il eſt ſans doute qu'ils diroient que quand ils ont parlé de la fille aînée qui ſeroit en vie, ils n'ont pas entendu exclure l'aînée qui ſeroit mariée de leur vivant, & laiſſeroit un enfant, d'autant qu'ils ne pourroient pas l'avoir mariée, ſans lui faire quelque notable avantage, auquel ce tiers fût compris. Ils ont donc entendu que l'enfant repréſentât la mere, & qu'elle fût cenſée vivre en lui ; que la condition de la ſurvivance s'expliquât de cette ſorte, parce qu'en effet, *veriſimile eſt eos in hunc quoque caſum proſpicere voluiſſe*, comme il eſt dit, *in l. extraneus, ff. de cond. cauſ. dat.* Et c'eſt pourquoi comme on ne doit pas croire qu'ils ayent voulu diviſer leur maiſon, lorſqu'ils ne ſongeoient qu'à la conſerver : auſſi doit-on juger que s'ils euſſent prévû le prédecès de leur fille aînée, mais mariée, & qui auroit laiſſé une fille, ils auroient déclaré que c'étoit leur intention, que cette fille tînt la place de ſa mere.

Enſuite de notre avis, & de celui d'autres avocats, le ſeigneur marquis de Polignac, pour & au nom de ſa fille, ayant appellé de la ſentence arbitrale, & relevé l'appel en la cour, comme la cauſe fut en état d'être plaidée, les parties ne voulurent point ſe ſoumettre au ſort d'un arrêt. Elles jugerent donc à propos de tenter un accommodement ; & pour cet effet, y ayant eu aſſemblée dans la ville d'Ambert, où nous eûmes l'honneur d'être appellés, la queſtion y fut encore agitée & débattue ; enfin, chacun ayant un peu relâché de ſes prétentions, il y eut tranſaction paſſée, & partage ayant été fait des bien de la ſucceſſion, chacun y eut à peu près ſon compte.

Nous oublions de dire que les ſieurs arbitres, en donnant le tiers à la dame de Laurac, & la moitié des deux autres tiers à la demoiſelle de Polignac, auroient dû, ce ſemble, adjuger à cette derniere ſa part ſur le tiers reſtant pour ſa légitime, tant à cauſe que la donation faite à ſa mere, étoit en préciput & avantage des autres enfans, que parce que la mere par ſon teſtament, a voulu qu'elle eût cette légitime, & ne fût pas obligée à rapporter.

Il nous ſemble encore qu'on peut tirer un argument de la premiere diſpoſition en faveur de l'aîné mâle qui ſe trouveroit en vie ; car s'il avoit laiſſé un enfant mâle, voudroit-on pareillement décider qu'il n'auroit pû repréſenter le pere, à cauſe de la même qualité de ſurvivant, & que par ce moyen il auroit été exclus par un frere de cet aîné qui ſe ſeroit trouvé en vie lors du décès des pere & mere : c'eſt ce que nous ne croyons pas, parce que les mâles étant préferés, & l'aîné plutôt que l'autre, tant qu'il y a des mâles deſcendus de lui, on ne paſſe jamais à une autre branche, que la premiére ne manque ; que ſi l'on a établi cela pour l'aîné mâle & ſes deſcendans, il faut l'établir de même pour la fille aînée & ſes deſcendans, y ayant identité de raiſon ; & étant vrai que le même verbe ou la même qualité qui détermine deux choſes, *debet æqualiter determinare.*

Primogenitus eſt nomen juris, non facti, il ſe regle 6
par la naiſſance ou par la repréſentation, & non par la ſurvivance : c'eſt pourquoi celui-là *dicitur primogenitus, non tantùm qui verè ante alios genitus eſt, ſed etiam qui fictè id eſt repræſentativè, ut nepos ex primogenito ; quia licet inſpectâ ſui perſonâ, & veritate non ſit genitus ante patruum, tamen quia repræſentat perſonam patris ſui, qui erat ante fratrem genitus, ideo ſecundùm ſenſum juris, dicitur ipſe primogenitus, & jus primogenituræ obtinet.* Il a donc du chef du pere, & parce qu'il le repréſente, qu'il eſt le premier né, & qu'il a de ſon chef propre, qu'il ſe trouve en vie au tems que la condition arrive. Diſons mieux, que la mere & la fille ne ſont cenſées qu'une même perſonne, & que la condition d'aînée & celle de ſurvivance ſont concurrentes en elles.

Or pour montrer que notre opinion n'eſt pas ſolitaire, & que c'eſt avec quelque raiſon que nous nous y ſommes attachés, il nous ſera facile à prouver qu'elle n'eſt pas ſans partiſans.

Cravetta magni inter Italos nominis in conſilio 306 ayant agité la queſtion, il la réſout en faveur du neveu, & conclut qu'encore qu'on ait parlé *de ſupervivente, ſeu ſuperſtite*, la repréſentation ou la tranſmiſſion ne laiſſe pas d'avoir lieu : Il dit donc que *quando ſupervivens vocatur, non ſequitur ; ergo tranſmiſſio prohibetur*, parce que, ajoute-t-il, *teſtator ideò ſuperviventem vocavit, quia cogitabat eum fore ſuperſtitem.*

Anton. Gabriel. in concluſ. 2, *de hæredib. inſtituend. l.* 4, tient de même, que *licet teſtator ſubſtituerit ſuperviventes pendente conditione, fideicomiſſum poteſt tranſmitti.*

Craſſus in § fideicommiſſum in quæſt. 68, après avoir demandé, *an fideicommiſſum tranſmittatur, etiamſi teſtator dixerit, ſuperviventes ſubſtituo*, & ſi nonobſtant que la ſignification de ces termes ſemble repugner, le droit peut paſſer & être tranſmis aux enfans du premier ſubſtitué ; après avoir rapporté les deux opinions diverſes, il ſe déclare pour l'affirmative,

BIU Cujas

& pour la représentation ou transmission *in favorem nepotum, & asserit hanc opinionem esse magis communem & veriorem.*

Le cardinal Mantica, *lib.* 11, *tit.* 20, *n°.* 28, *de conjecturis ultimar. volunt.* agite pareillement si la représentation ou la transmission peut avoir lieu, lorsque le testateur a substitué *superviventem aut superstitem.* Enfin, après avoir rapporté diverses opinions, il demeure d'accord que ce terme n'est pas exclusif des enfans du premier substitué : *Nec tamen inficior,* dit-il, *quin si simpliciter superstites fuerint substituti, testator possit videri sensisse de filii nepotibus qui sunt superstites tempore expletæ conditionis :* Et il cite Hierôme Gabriel, *consil.* 121.

Et quoique Cancerius, célebre avocat de Barcelone, chancelle sur ce point, il avance pourtant deux mots décisifs ; sçavoir, que cela se fait, *non vi extensionis, sed comprehensionis,* ce que d'autres disent *per interpretationem comprehensivam non extensivam ;* parce que c'est plutôt donner à la clause le sens qu'elle doit avoir vraisemblablement, que l'étendre ; & déclarer plutôt ce qu'elle comprend, que le suppléer. En effet, il est vrai de dire que cette qualité de survivant, *vi ipsa inest,* ainsi qu'il est dit *in l.* 1. *ff. de conditionib. & demonstrat.*

Et quoique *Antonius Faber,* Decade 55, *de erroribus pragmaticor, cap.* 3, *& sequentibus,* s'attache à combattre l'opinion des interprétes, aussi-bien pour la transmission que pour la représentation, quoiqu'il allegue pour fondement la loi *hæredes mei,* § *cum ita, ff. ad Trebell.* quoiqu'enfin cet auteur soit ennemi déclaré des interprétations de nos maîtres, quoiqu'équitables, & tirées le plus souvent *ex visceribus naturæ ;* il est pourtant contraint de reconnoître au ch. 6 de cette Decade, *non semper verum esse adjectam dictionem superstitum impedire quominus præmortuorum liberi possint succedere jure repræsentationis, si modo sub aliquo nomine vocati sunt.*

Quoiqu'il en soit, il ne décide ce point que pour le fideicommis, & sur les dispositions & conditions d'un testament ; ce qu'on ne peut étendre aux institutions contractuelles & conventions semblables, suivant la distinction que nous avons remarquée, tirée du § *ex conditionali intitutione, de verbor. obligat.* & même ce fameux auteur au livre 6 de son Code, *tit. de fideicomm. cap.* 7, 24 & 37 établit une doctrine contraire.

Mais pour un partisan plus formel de notre sentiment, nous pouvons mettre en avant Molina, grand jurisconsulte espagnol ; car au traité qu'il a fait *de primigeniis Hispanor. lib.* 3, *cap.* 8, sur la fin, il dit que par cette condition du survivant, la représentation n'est point exclue, *cùm hæc conditio à jure insit, sicut prædiximus, vi ipsa, & per consequentias,* ainsi qu'il est dit *in l.* 1. *ff. de auctorir. tutorum :* outre qu'il ajoute que cette condition *verificatur in nepote, patre prædefuncto,* parce que représentant le pere, il est vrai de dire qu'il est survivant, *sicut in l. sed. & si in conditione,* § *nepos, ff. de hæredib. instituend. nepos redigitur ad conditionem filii ;* ce qui se fait, comme nous avons dit, *non per extensionem,* qui seroit pourtant favorable, *sed per comprehensionem,* en développant le sens caché dans les termes d'une clause, pour en tirer ce qu'ils enferment.

En effet, il est véritable que le fils est une portion du pere, & la fille de la mere, *pars viscerum matris,* ce qui est une même chair ; & que la mere est par conséquent survivante en la personne de la fille ; que c'est par cette raison que la condition *si sine liberis ex corpore suo natis,* se vérifie aussi-bien aux petits-enfans qu'aux enfans ; *l. Lucius, ff. de hæredib. instituend.*

Mais cette premiere raison que nous avons touchée, mérite que nous nous y arrêtions davantage ; car il est certain qu'on n'appelle pas les morts, & que c'est aux vivans seuls qu'on entend donner ou laisser quelque chose : ainsi cette qualité de survivant est toujours sous entendue par la propre signification des termes, & jamais un donateur ou testateur ne dispose au profit de quelqu'un après lui, qu'il n'entende qu'il le survivra, & que ce ne soit une condition inherente d'elle-même, *& vi ipsa ;* elle ne peut donc opérer davantage étant inserée ; & il est certain que *quod inest ipso jure, non magis operatur si sit expressum ;* que *expressio eorum quæ tacitè insunt, si adjecta sint, nihil novi inducant, l.* 3, *ff. de legat. & l.* 3, *C. de fiaejusforib.* parce qu'il y a des choses qui sont superflues, *& quædam conditiones etiam supervacuæ sunt,* ainsi qu'il est dit *in l.* 22, *quando dies legati cedat :* D'où il s'ensuit que comme la qualité de survivant sousentendue, ne peut pas faire obstacle à la représentation, elle n'y peut pas aussi nuire étant exprimée.

Mais pour revenir à Molina, il est vrai qu'il ne se déclare pas pour l'une ni pour l'autre opinion, & qu'il se réserve à une seconde édition, parce qu'il y avoit alors des procès pendans & indécis sur ce point ; mais outre qu'il semble pencher pour nous, il y a sujet de croire qu'il s'est depuis déclaré pour l'affirmative, puisque Cancerius le cite pour icelle. Quoiqu'il en soit, le même Molina allegue plusieurs auteurs pour cette même opinion.

Enfin, pour ne rien obmettre, nous voulons reconnoître que *Ludovicus à Pegnera,* aussi docteur Espagnol, & conseiller au sénat de Catalogne, a plus amplement qu'aucun autre traité notre question, & qu'après avoir rapporté plusieurs raisons de part & d'autre, il se déclare pour la négative, & tient qu'étant parlé du survivant, *de superstite,* c'est une condition & qualité limitative, qui empêche la représentation, & rend l'oncle préferable. Nous laisserons donc au lecteur d'en faire son jugement, ainsi qu'a fait Molina.

Franciscus de Tonduti, lib. 2, *resolution. juris, cap.* 51, dit que le pouvoir d'élire ayant été restraint aux enfans *qui tunc erunt viventes,* il se pouvoit étendre *ad nascituros.*

Le même au ch. 89, parlant du droit de primogeniture, *& utrum frater secundo genitus, mortuo fratre primogenito, succedat, exclusis filiis fratris primogeniti,* dit à notre sujet, *non obstat etiam vox illa superstes, quia sic intelligenda est, ut singula singulis referantur, & quòd in bonis succedat primogenitus, si supersit alius, eo mortuo, ipsius primogeniti descendentes, & citat decision. Rotæ* 395.

OBSERVATIONS.

Si la représentation a lieu dans les dispositions contractuelles, en faveur des enfans de l'institué, quand il décéde ayant ceux qui ont fait la disposition.

L'Auteur traite ici amplement une question, sur laquelle il avoit été consulté par le comte de Polignac. Elle consiste à savoir, si dans un contrat de mariage les futurs con-

BIU Cujas

joints ayant ſtipulé une donation perpétuelle & irrévocable du tiers de tous leurs biens, au profit du premier mâle ſurvivant, qui naîtroit de leur mariage, & au défaut de mâles, au profit de la fille aînée qui ſe trouveroit en vie, n'y ayant point eu de mâle, & la fille aînée étant décédée avant ſes pere & mere, mais ayant laiſſé une fille de ſon mariage; ſavoir ſi la donation devoit avoir ſon effet en faveur de cette fille, ou ſi la fille puînée des donateurs devoit en profiter au préjudice de ſa niéce.

Notre auteur établit par pluſieurs autorités & par des raiſons très-puiſſantes, que la repréſentation doit avoir lieu en ce cas, & que la fille de l'aînée doit exclure ſa tante; cependant il rapporte une ſentence arbitrale rendue par cinq fameux avocats du parlement, qui a jugé en faveur de la fille puînée, au préjudice de la fille de ſa ſœur aînée: il dit que les arbitres fonderent leur jugement ſur un mot inſéré dans la donation: *Et au défaut de mâle, à la fille aînée, qui de même ſe trouveroit en vie.*

Notre auteur fait voir par pluſieurs raiſons, que ces termes ne ſont pas capables de faire changer la maxime, qui veut que dans les diſpoſitions contractuelles, les enfans de l'aînée ſuccédent à tous ſes droits.

J'ajouterai aux raiſons de notre auteur une réflexion qui me ſemble déciſive. La clauſe de ſurvie appoſée à la diſpoſition qui appelle la fille aînée eſt ſemblable à celle du premier mâle ſurvivant. Peut-on dire ſi l'enfant mâle eût laiſſé des enfans, que ces enfans euſſent été exclus par leur tante? Il falloit donc entendre ces mots: *de mâle ſurvivant, & à ſon défaut, à la fille aînée, qui de même ſe trouveroit en vie*, en cas que le mâle ou la fille aînée mouruſſent ſans enfans; mais ayant laiſſé des enfans ſurvivans à leurs ayeul & ayeule, il n'y avoit pas de difficulté à leur adjuger la donation.

7 Ce jugement me remet en mémoire les motifs de la plupart des arrêts. Les juges affectent de ſe déterminer par de légeres circonſtances de fait, ou ſur de petits mots qu'ils trouvent dans les actes, ſans prendre garde que ces mots, le plus ſouvent, ſont inſérés dans les actes contre l'intention des parties, par inadvertance, ou par l'ignorance des notaires. Le parti le plus ſur eſt de s'attacher aux principes; il ne faut point s'en écarter, à moins que l'évidence du fait ne ſoit très-ſenſible, & les clauſes des actes très-préciſes, comme l'établit fort bien M. d'Argentré dans ſa préface, ſur le titre *des appropriances*, n. 2.

8 Pour revenir à la queſtion, c'eſt une maxime certaine que la repréſentation à lieu dans toutes les diſpoſitions contractuelles en faveur des enfans, quoique le donataire ou l'inſtitué décede avant le donateur ou l'inſtituant. Il faut joindre aux auteurs qui ſont cités par le nôtre, ceux qui ont écrit depuis. Ricard, des donat. part. 1, ch. 4, ſect. 2, diſt. 3, nomb. 1072 & ſuivans. Cambolas, dans ſes déciſions notables du droit, liv. 4, ch. 26, n. 2, & liv. 6, ch. 20, n. 4. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 374, col. 1. Boniface dans la ſuite de ſon recueil, tom. 2, liv. 8, ch. 1, n. 8. Duperier, dans ſes queſtions notables, liv. 4, queſt. 6, où il traite la queſtion ſolidement & en peu de mots, & établit que la repréſentation paſſe aux petits-enfans. M. le Brun traite fort bien toute la matiere des inſtitutions contractuelles dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, dans les nombres 33, 34, 35 & 36, il parle de la préſente queſtion. Je ne veux pas oublier le judicieux Coquille, dans ſes queſtions, ch. 172, & ſur la coutume de Nivernois, ch. des donat. art. 12, vers le milieu.

9 L'on vient de donner au public un recueil d'arrêts du parlement de Toulouſe, recueillis par meſſire Jean de Catelan, conſeiller au même parlement, & donnés au public par les ſoins de meſſire François de Catelan, préſident en la premiere chambre des enquêtes, ſon neveu. Ce recueil eſt très-bon, il a toutes les qualités néceſſaires pour le rendre recommendable: les faits ſur leſquels les arrêts ſont intervenus y ſont expliqués en peu de mots, & fort clairement; les principes du droit y ſont très-bien ſuivis, le raiſonnement eſt juſte & ſolide, la déciſion eſt certaine, puiſque la plupart des arrêts ont été rendus à ſon rapport, ou à celui de ſon pere, qui étoit doyen du même parlement, il avoit auſſi un frere & deux neveux conſeillers au même parlement, en différentes chambres: par ce moyen il étoit parfaitement inſtruit des motifs de tous les arrêts qu'il rapporte, ou dont il fait mention. Pour mériter quelque éloge dans ce genre d'écrire, il faut être un magiſtrat conſommé, & avoir aſſiſté au jugement des procès, afin d'être parfaitement inſtruit des circonſtances qui ont déterminé les juges. L'on m'objectera peut-être que par-là je diminue le mérite de l'ouvrage de mon auteur, qui demeurant en province n'a pu ſavoir les motifs des arrêts qu'il rapporte: auſſi ce n'eſt pas par cet endroit qu'il eſt ſi eſtimable; c'eſt parce qu'il traite parfaitement bien les queſtions de droit, & en véritable juriſconſulte. A mon égard, je ne rapporte que les arrêts qui ſont intervenus dans les cauſes où j'ai plaidé, ou dans les procès où j'ai écrit; d'ailleurs, quand j'ai cru que les circonſtances du fait pouvoient avoir déterminé la cour, j'ai pris ſoin de m'informer des rapporteurs, des motifs ſur leſquels l'arrêt étoit intervenu;

BIU Cujas

mais nonobſtant toutes ces précautions, je ne me flatte pas de ne m'être point trompé.

Mais pour revenir à la queſtion, je l'ai trouvé décidée dans le recueil de M. Catelan, tom. 1, liv. 2, ch. 15, par un arrêt du 31 mars 1651, par lequel il fut jugé que la donation devoit appartenir à la fille de la fille aînée prédécédée, & non pas à la fille puînée ſurvivante. Ce judicieux magiſtrat ajoute à la fin, que l'arrêt adjuge les biens à la fille de l'aînée, non par tranſmiſſion ou repréſentation, mais comme lui appartenant de ſon chef, d'autant que les petits-enfans, par le prédécès de leur pere, ſont appellés aux droits qui lui ont appartenus en qualité de fils. 10

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEpuis j'ai trouvé la queſtion traitée dans une eſpéce toute ſemblable à celle propoſée par M. Henrys, c'eſt dans Bouvot, part. 1, ſur le mot *inſtitution d'héritier*, queſtion 5, meſſire François de Nanton par ſon teſtament avoit inſtitué héritier le premier fils ſurvivant de meſſire Jean de la Chambre, & dame Claude de Nanton ſa fille, & où il n'y auroit point de fils ſurvivant, *la fille la plus aînée ſurvivante ſes pere & mere.* Voilà les mêmes termes; la fille aînée décéde avant ſes pere & mere, laiſſant des enfans, la fille puînée prétend exclure les enfans de ſa ſœur, parce qu'elle ſe trouve la fille la plus aînée ſurvivant ſes pere & mere; cependant cet auteur établit que les enfans de la fille aînée doivent être préférés à la fille puînée.

Le premier arrêt qui a jugé que l'inſtitution contractuelle ne devient point caduque par le prédécès de l'inſtitué, & qu'il tranſmet ſon droit à ſes enfans, eſt du 16 juillet 1613, il a été rendu à l'audience de la grand'chambre, ſuivant les concluſions de M. le Bret; ainſi il eſt bien juſte de rendre à ce ſavant magiſtrat l'honneur qui lui eſt dû: il établit deux maximes. La premiere, que l'inſtitution contractuelle ne devient pas caduque par le prédécès de l'héritier inſtitué. La deuxiéme, que cela a lieu auſſi-bien en ligne collatérale, qu'en ligne directe, c'eſt-à-dire, ſoit que l'inſtitué deſcende de l'inſtituant en ligne directe, ou qu'il ne ſoit que l'un de ſes héritiers en collatétale; il faut dire la même choſe, quand l'inſtitué ſeroit étranger à l'inſtituant, parce que cela eſt introduit, non pas en faveur du ſang ou de la parenté de l'inſtituant, mais en faveur du mariage & des enfans de l'inſtitué.

M. Julien Brodeau dans ſon commentaire ſur M. Louet, let. S, ch. 9, depuis le nombre 10 juſqu'au 14, rapporte l'eſpece de cet arrêt, avec les raiſons des parties, fort au long, & fort exactement.

M. Antoine Mornac, ſur la loi 40, § dernier *de pact.* fait auſſi mention de cet arrêt; mais il ne rapporte pas fidelement l'eſpece; car il dit qu'après la mort de l'inſtitué, ſon oncle avoit révoqué l'inſtitution & inſtitué d'autres héritiers: tout au contraire, l'oncle après le décès de ſon neveu avoit déclaré expreſſément, qu'il vouloit que les enfans de ſon neveu héritaſſent de ſes biens, & en tant que de beſoin, il leur en avoit fait don, mais cette donation ayant été faite durant la maladie, dont l'oncle décéda, ne pouvoit ſervir qu'à faire connoître que ſon intention avoit toujours été, que ſes biens paſſaſſent aux enfans de ſon neveu. Auſſi ce ne fut pas ſur cette donation que la cour ſe fonda pour adjuger les biens aux enfans de l'inſtitué, puiſque par l'arrêt elle ordonna que les biens délaiſſés par l'oncle, appartiendroient à ſes petits neveux, ſuivant l'inſtitution portée par le contrat de mariage de leur pere; ainſi qu'il eſt rapporté par M. le Bret, & par M. Brodeau.

J'ai dit dans mes premieres obſervations, que dans les inſtitutions contractuelles, la repréſentation a lieu en faveur des enfans de l'inſtitué; mais ce n'eſt pas une véritable repréſentation, non plus qu'une véritable tranſmiſſion: les enfans, comme l'ont fort bien remarqué MM. Catelan & le Brun y viennent de leur chef *jure ſuo*; c'eſt pourquoi ils ne ſont point tenus des dettes de l'héritier inſtitué, ainſi que le remarquent Brodeau & le Brun, parce qu'ils ſont cenſés tenir leur droit de la main de l'inſtituant plutôt que de l'inſtitué. Par cette même raiſon, il faut dire avec M. le Brun que dans les coutumes qui n'admettent pas la repréſentation, les enfans de l'héritier inſtitué ne laiſſent pas de recueillir les biens compris dans l'inſtitution contractuelle, comme un droit qui leur eſt acquis par le contrat de mariage de leur pere, de la même maniere que ſi c'étoit une donation entre-vifs; parce que l'inſtitution contractuelle participe de la donation entre-vifs, elle prend ce qu'il y a de plus avantageux dans les différens genres de donation.

BIU Cujas

DE LA STIPULATION DE PROPRES.

QUESTION CENT-DIX-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpece de la queſtion.*
2. *La premiere diſtinction, eſt que la ſimple deſtination ne ſuffit pas, il faut que les deniers ayent été effectivement payés.*
3. *Seconde diſtinction, il ne ſuffit pas de la ſtipulation de propres, il faut que les deniers ſoient employés en héritages ou rentes.*
4. *La ſimple ſtipulation de propres ſuffit à l'égard des conjoints.*
5. *Pour rendre la ſomme ſtipulée propre immeuble à l'égard des collatéraux, il faut ajouter ces mots*, de côté & ligne.
6. *Autrefois, quand la ſomme avoit paſſé au petit-fils, elle reprenoit ſa nature de meubles.*
7. *A préſent il faut qu'il ait paſſé en collatérale.*
8. *Récit du fait.*
9. *Avis de l'auteur, que les deniers ſtipulés propres, reprennent leur nature de meubles, quand ils ont une fois paſſé en collatérale.*
10. *Arrêt du 10 avril 1629, qui l'a ainſi jugé.*
11. *Avis de l'auteur, que dans les pays de droit écrit une ſemblable ſtipulation n'eſt pas un immeuble ſur lequel les créanciers puiſſent être colloqués par ordre d'hypothéque.*
12. *Une ſemblable ſtipulation n'empêche pas celui au profit de qui elle a été faite, de diſpoſer des deniers ſtipulés propres, comme d'un meuble.*
13. *Celui qui fait une ſemblable diſpoſition, ne peut pas s'en interdire la diſpoſition.*
14. *Ces ſortes de ſtipulations ne peuvent être faite que par des contrats de mariage.*
15. *En pays de droit écrit, une ſemblable ſtipulation n'empêche pas la mere de ſuccéder aux deniers ſtipulés propres, comme à un meuble.*
16. *Il faut diſtinguer entre les perſonnes qui ont fait la ſtipulation.*
17. *Ces ſortes de ſtipulations ne ſont guères en uſage dans les pays de droit écrit.*
18. *Quand il s'y en rencontre on les régle comme à Paris.*
19. *Au parlement de Bordeaux, elles ſont en uſage.*

QUESTION CXVII.

Si les deniers conſtitués en faveur de mariage, avec ſtipulation d'emploi, pour demeurer propres, doivent être cenſés meubles ou immeubles.

1 QUOIQUE cette queſtion ſoit plus fréquente en pays coutumier, à cauſe de la diverſité d'héritiers, elle peut tomber en pays de droit Ecrit. Suppoſons que Titius ſoit entré gendre dans la maiſon d'une femme fonciere (*a*); qu'un oncle lui ait conſtitué une ſomme pour lui tenir lieu de propre du tout ou en partie; que Titius étant décédé, & auſſi-tôt après l'enfant qu'il avoit laiſſé, la ſucceſſion de cet enfant ſoit diſputée entre la mere & les parens du côté du pere: ſi cette ſomme qui avoit été conſtituée au pere, retient la nature de meubles, c'eſt la mere qui ſuccede: ſi la convention & ſtipulation fait qu'elle ſoit cenſée immeuble, la mere n'y peut prétendre que l'uſufruit que l'édit lui donne, & les parens paternels ſuccedent quant à la propriété; c'eſt ſur quoi nous avons été conſultés.

Or, ſi jamais queſtion a été diverſement agitée & jugée, c'eſt celle que nous propoſons, à cauſe des diverſes opinions de nos interprétes, & des diſtinctions qu'ils ont recherchées pour s'en démêler. Nous tâcherons d'en faire un recueil ſommaire, & d'établir la regle que la cour a preſcrite par ſes arrêts.

La premiere diſtinction faite par nos interprétes, & même par M. le préſident le Maître, en ſon traité des criées, ch. 1, eſt que la ſimple deſtination ne ſuffit pas, & que ſi les deniers ont été ſimplement promis, & n'ont pas été payés, ils ſont toujours cenſés meubles. C'eſt pourquoi M. Louet en la let. D. nomb. 66, rapportant les mots de l'article 93 de la coutume de Paris: *deniers donnés par pere & mere*, dit qu'il y faut ajouter, *& payés*, parce qu'autrement s'ils demeurent entre les mains de celui qui les a promis, ce n'eſt que meubles, & l'action qu'on a pour iceux, n'eſt que mobiliaire, ſuivant l'opinion de le Feron ſur la coutume de Bordeaux.

(1) C'eſt-à-dire, dont les biens conſiſtent en fonds.

BIU Cujas

Mais le mari ayant touché les deniers, comme il eſt chargé de l'emploi, s'il ne le fait, il ne peut pas profiter de ſa négligence, ſoit pour confondre les deniers dans la communauté, ſoit pour y pouvoir ſuccéder aux coutumes où le pere ſuccede aux meubles; autrement il dépendroit de lui de rendre une convention illuſoire.

3 La ſeconde diſtinction eſt, que ce n'eſt pas aſſez d'avoir ſtipulé que la ſomme convenue ſortira nature de propre, il faut paſſer plus avant & ſtipuler un emploi d'icelle en héritages ou rentes, au défaut de quoi les deniers ne ſont réputés immeubles ou propres, ſinon à l'égard des conjoints & des enfans ſeulement, pour empêcher que ces deniers n'entrent dans la communauté, & que l'autre des conjoints n'y puiſſe prétendre part; mais hors cela, c'eſt un propre impropre, comme dit le ſieur Brodeau, c'eſt un propre fictif qui retient ſa premiere nature & appartient aux héritiers mobiliaires.

4 La troiſiéme diſtinction, c'eſt que quand il n'y auroit pas ſtipulation d'emploi en héritages ou rentes, il ſuffit qu'on ait ſtipulé que les deniers ſortiront nature de propres au profit de celui des conjoints aux quels ils ſont conſtitués, & de ſes héritiers ou ſucceſſeurs, ou bien qu'ils demeureront propres à lui & à ceux de l'eſtoc & ligne. Tous ces termes qui regardent non-ſeulement les enfans, mais encore les parens collatéraux, ont trait à perpétuité, & préſuppoſent un emploi en héritages ou rente, & que juſques à ce, ils en auront la nature.

5 Mais il ne ſuffiroit pas qu'on eût dit *pour lui & les ſiens*, ce mot n'a pas aſſez d'étendue, & les arrêts ont jugé qu'il ne pouvoit être entendu que des enfans & non des collatéraux: ce qui eſt conforme à la doctrine de M. Charles du Moulin ſur la queſtion premiere de *Joannes Galli*, en ces termes: *Secùs ſi fuiſſet cautum nedum uxori, ſed etiam hæredibus ejus non ſimpliciter, ſed hæredibus lateris dictorum hæredio-rum.* Ainſi cet auteur ne ſe contente pas qu'on ait dit, *au profit d'elle & de ſes héritiers*, il veut qu'on ajoute, des *héritiers de ſon eſtoc & ligne.*

6 On avoit fait autre diſtinction, ſi les deniers deſtinés auroient fait diverſes ſouches, c'eſt-à-dire, ſi de la mere ou du pere ils avoient paſſé au fils, & de ce fils à un petit-fils; car en ce cas on tenoit qu'ils reprenoient leur premiere nature de meubles; que comme c'étoit un propre fictif, cette fiction ne pouvoit pas s'étendre ſi avant, & demeuroit bornée en la perſonne des conjoints & des enfans; qu'en effet, Baſmaiſon ſur la coutume d'Auvergne, au titre des ſucceſſions, n'eſtime pas qu'une ſomme promiſe par contrat de mariage, puiſſe eſtoquer plus que d'une fois, c'eſt-à-dire, qu'ayant fait plus que d'une ſouche, elle puiſſe être reverſible à ceux de l'eſtoc & ligne.

7 Mais pourtant cette diſtinction a été rejettée par les derniers arrêts, & même par l'arrêt du 12 juillet 1642, que Brodeau a remarqué ſur M. Louet en la let. R. n. 44: car en l'eſpece de cet arrêt, la ſomme ſtipulée à Gabriel Gondy & aux ſiens, de ſon eſtoc & ligne, avoit paſſé de la mere au fils majeur, & de lui au petit-fils décedé ſans enfans; nonobſtant tous ces changemens, elle fut adjugée aux héritiers collatéraux du côté maternel, à l'excluſion de l'ayeul & ayeule, héritiers mobiliaires du petit-fils.

C'eſt parce que, comme dit le même Brodeau, telles conventions & ſtipulations appoſées en contrat de mariage, affectent la choſe, la réaliſent, lui donnent & impriment la qualité d'immeuble: de ſorte qu'ayant une fois pris ce caractere, il devient perpétuel, & ſubſiſte non-ſeulement à l'égard de la femme ou de ſes enfans & petits enfans, mais encore des héritiers de la ligne, afin de conſerver les deniers en ſa famille, *uno & perpetuo quaſi familiæ fideicommiſſo*, ſuivant l'article 93 de la coutume de Paris.

Et quoiqu'on diſe communément, que *mutatione perſonæ, mutatur rei qualitas, l. 9, ff. de acquirend. hæredit. & lege ultima, Finali, C. de inoffic. teſtament.* cette regle n'a lieu, comme a fort bien remarqué Brodeau, que lorſque la qualité de la choſe dépend de quelque condition attachée à la perſonne de celui qui la poſſede, mais non lorſque cette qualité eſt réelle & affecte la choſe.

C'eſt par cette même conſidération, qu'au lieu qu'autrefois on faiſoit diſtinction entre les conjoints & les héritiers & les créanciers, elle a été rejettée par les derniers arrêts. C'eſt parce que la ſtipulation eſt réelle, qu'elle affecte la choſe, & qu'elle paſſe aux créanciers, leſquels d'ailleurs ont les mêmes droits & actions que leurs débiteurs. C'eſt pourquoi la diſtribution de ces deniers ſe doit faire entr'eux ſuivant l'ordre de leur hypotéque: ce qui eſt contre l'opinion de du Moulin en pluſieurs endroits, même ſur l'art. 17 du titre 23 de la coutume de Nivernois, où il dit que cette ſtipulation a lieu contre le mari, *contra maritum, non reſpectu aliorum.*

Pour confirmation des regles que nous venons de marquer, nous en voulons donner quelque exemple & préjugé.

Dame Jacqueline de Murat porte en dot au ſieur 8
Piſcop quarante-cinq mille livres, & par ſon contrat elle ſtipule, que de ladite ſomme il y en auroit trente mille livres qui lui demeureroient propres à elle & aux ſiens de ſon eſtoc & ligne.

Etant prédécédée & ayant laiſſé un fils, qui depuis ſeroit décedé, cette ſomme de trente mille livres fut adjugée par arrêt aux oncles & tantes maternels. Cet arrêt a été remarqué par Brodeau, ſur monſieur Louet, en la lettre R. nombre 44 & daté du 15 juin 1638. En l'eſpece de cet arrêt il n'y avoit point de ſtipulation d'emploi, il n'étoit point parlé d'héritages; mais il étoit dit, que *la ſomme demeureroit propre à elle & aux ſiens de ſon eſtoc & ligne*, mots qui ſont eſſentiels, qui appellent tous les parens de ce côté, & leur affectent ce propre à l'excluſion de tous autres: s'il n'y eût eu qu'une ſimple ſtipulation de propre, ſans parler d'eſtoc & ligne, la cour auroit autrement jugé, la convention reſtrainte à la femme & aux enfans n'auroit pas été étendue aux collatéraux.

Enſuite de cet arrêt, il y a eu autre conteſtation pour raiſon de la même ſomme: car les oncles & tantes auxquels elle avoit été adjugée, l'ayant tranſportée ou partie d'icelle au ſieur de Machaud, préſident des tréſoriers de France à Amiens, il fut colloqué pour cette ſomme cédée par la Sentence de diſtribution des biens dudit ſieur de Piſcop, dont quelques créanciers appellerent.

Ces créanciers, non pas du ſieur de Piſcop, mais d'Octavian de Murat, l'un des oncles, ſoutenoient que la ſomme de dix mille livres qui lui avoit été adjugée pour ſon tiers, tenant lieu d'immeubles & de propres, n'avoit pû être tranſportée au préjudice de ſes créanciers: qu'elle avoit été ſtipulée propre, & comme propre avoit été adjugée, & par conſéquent avoit ſuite par hypotéque; de ſorte que la difficulté conſiſtoit à ſçavoir, ſi une ſomme ſtipulée propre, étant par ce moyen échue à un parent collatéral, retient encore cette qualité de propre & doit paſſer pour immeuble.

Les créanciers ſoutenoient que ce propre fictif & conventionnel, ayant ſubſiſté pour tel en la perſonne de la mere, en la perſonne du fils, & comme tel adjugé à l'oncle, il ceſſoit de l'être en ſa perſonne: que par le changement de tant de perſon-

BIU Cujas

nes la convention n'avoit plus lieu, qu'elle demeuroit éteinte & ſon effet terminé : qu'autrement la choſe s'en iroit à l'infini, & ce ſeroit établir un fideicommis perpétuel.

Ils ajoutoient que la ſomme n'avoit été ſtipulée propre, que contre le mari ſeul, & pour l'exclure d'y pouvoir prétendre aucun droit, ou par la communauté, ou par ſucceſſion, & par conſéquent que cette ſtipulation n'avoit pû produire aucun effet, que contre lui, que pour cela il avoit fallu recourir à une fiction qui ne pouvoit plus durer contre la qualité véritable & naturelle.

Que du Moulin, ſur le §. 8 de la nouvelle coutume de Paris, parlant d'une ſemblable ſtipulation, faite par une femme en ſon contrat de mariage, aſſure que telle convention, *facta eſt ad commodum ipſius mulieris, utque mulier poſſit liberius diſponere & teſtari, & ſic non poteſt trahi in ejus odium, nec contra eam retorqueri :* d'où s'enſuivoit que Jacqueline de Murat avoit pû diſpoſer de cette ſomme par teſtament comme d'un meuble ; qu'il avoit été ainſi jugé en cas pareil par arrêt du parlement de Provence du 11 mars 1644, après enquêtes par Turbes faites au châtelet, au profit de la veuve & heritiere de feu M. le préſident Vialard, légataire des meubles du défunt ſieur de la Curée, contre le ſieur de Savignac ; que celui-ci diſoit, comme héritier dud. ſieur de la Curée, qu'il n'avoit pû diſpoſer que du quint de ſes meubles, parce qu'il avoit ſtipulé par ſon contrat de mariage, que tous ſes meubles lui demeureroient propres à lui & aux ſiens de ſon eſtoc & ligne : que les trente Turbiers ouis en trois enquêtes avoient été d'avis, que telle ſtipulation n'avoit été faite que contre la dame de la Curée ſeule, & qu'il n'y avoit point d'apparence que ledit ſieur de la Curée qui avoit la liberté de diſpoſer par teſtament de tous ſes meubles eût entendu en ſon contrat de mariage ſe priver de la faculté de diſpoſer par teſtament des quatre quints de ſes meubles.

Que ſi Jacqueline de Murat avoit pû diſpoſer de trente mille livres, comme meubles, au profit d'autres que de ſon mari, à l'égard duquel elle avoit ſtipulé qu'ils lui ſeroient propres ; à plus forte raiſon un oncle qui en a recueilli le tiers, non-ſeulement après la mere, mais encore après le fils, en a pû diſpoſer & le tranſporter comme choſe mobiliaire, & pour laquelle il n'y avoit plus de ſuite, la ſtipulation ayant été terminée & conſommée.

Nous penchons de ce côté, & quoique la cour ait jugé, que ſemblables deniers ayant paſſé de la mere au fils, & du fils au petits-fils, n'ayent pas laiſſé de retenir la qualité de propre, nous ne voyons pas pourtant qu'ayant encore paſſé à un parent collatéral, ils puiſſent tenir cette même qualité : comme ce n'eſt qu'une qualité feinte, comme elle n'eſt qu'extrinſéque, ainſi que dit du Moulin, ſur l'article de la coutume d'Anjou, il faut enfin qu'elle s'évanouiſſe & que la feinte cede à la vérité, lors même que ce n'eſt pas au préjudice d'un autre parent collatéral de l'eſtoc & ligne ; ce qui ſeroit plus diſputable ; mais à l'égard de ſimples créanciers, auxquels on n'a point ſongé lors de la ſtipulation. 9

Nous avons bien dit, que ce droit étant une fois échû & acquis à un parent collatéral, ſes créanciers s'en pouvoient aider & s'y faire ſubroger tout ainſi qu'à tout autre droit ſucceſſif ; mais cela n'a rien de commun avec la queſtion propoſée, & il ne s'en ſuit pas pour cela qu'auparavant que ces créanciers s'y ſoient oppoſés, ce parent collatéral n'ait pû recevoir la ſomme, en paſſer quittance ou la tranſporter.

En effet, la cour l'avoit ainſi jugé par arrêt donné en la grand'chambre, au rapport de M. Pidoux, le dixiéme avril mil ſix cent vingt-neuf : car par cet arrêt la cour ordonna, que les créanciers de la dame d'Athis ſeroient mis en ordre ſur les deniers de la terre d'Athis, pour ſes conventions matrimoniales, qui étoient mobiliaires, ſelon l'ordre des exploits de ſaiſies & arrêts. Mais comme Brodeau fait mention de cet arrêt, il aſſure auſſi que la juriſprudence a changé, & en cotte d'arrêts contraires qui ont jugé, que les créanciers ſeroient colloqués ſelon l'ordre des hypothéques. Or comme ils n'ont été donnés qu'en faveur des créanciers de la femme ou de la veuve, nous doutons qu'ils ſe puiſſent appliquer à notre hypotheſe & au profit des créanciers d'un parent collatéral qui a ſuccédé à la femme ou à ſes enfans. 10

Mais ſelon les regles de notre droit ecrit, je ferois difficulté de ſuivre ces préjugés, & d'établir pour maxime, que la dot d'une femme qui conſiſte en deniers, quoiqu'il y ait ſtipulation d'emploi en héritages, puiſſe paſſer pour immeuble, & ſouffrir une diſtribution par ordre des hypotéques ; c'eſt contre la déciſion formelle de la loi, *cùm in fundo*, § *ſi fundus*, *ff. de jure dotium*, de la loi, *ſi forte*, *ff. de caſtrenſi peculio*, & de la loi, *in rebus*, *C. de jure dotium*. 11

OBSERVATIONS.

De la ſtipulation des propres.

L'Auteur parle ici de l'effet de la ſtipulation de propres. De ſon tems cette matiere n'étoit pas encore bien débrouillée, elle n'a été bien éclaircie que par une mercuriale faite par la cour, après avoir pris l'avis des avocats. Elle eſt rapportée par M. Ricard ſur l'article 93 de la coutume de Paris : toutes les queſtions qui peuvent tomber ſur cette matiere ſont bien expliquées par M. du Pleſſis, dans ſon traité *des droits incorporels*, titre deuxieme, & par M. de Renuſſon, dans ſon traité des propres, chapitre ſixieme. Ainſi, ſuivant la régle que je me ſuis preſcrite, de ne pas m'étendre ſur les queſtions qui ſont ſuffiſamment éclaircies, je n'en dirai pas davantage. Je dirai ſeulement un mot de la queſtion qu'examine notre auteur, ſur la fin ; ſavoir, ſi la ſtipulation de propres aux ſiens de ſon côté & ligne, empêche celui qui l'a faite, ou au profit de qui elle a été faite, de diſpoſer de la ſomme ou de la choſe : à préſent c'eſt une maxime certaine, qu'une ſemblable ſtipulation n'empêche point celui au profit de qui elle a été faite, de diſpoſer, ſoit entre-vifs, ou à cauſe de mort ; c'eſt la déciſion de l'article dernier de la mercuriale, & le ſentiment des auteurs ci-deſſus cités. * C'eſt auſſi la déciſion des arrêts remarqués par M. Ricard, au même endroit. 12

Savoir, ſi l'on peut ſtipuler que l'on ne pourra diſpoſer de la choſe ſtipulée propre, que comme d'un véritable propre, ou même que l'on n'en pourra point diſpoſer du tout. M. de Renuſſon, au chapitre ci-deſſus cité, ſect. 6, nomb. 18 & 19, ſoutient que cela ſe

BIU Cujas

ſe peut faire. Pour moi, je crois qu'il faut diſtinguer entre les parens qui ſtipulent que les ſommes par eux données ſeront propres à leurs enfans & à leurs deſcendans, ou collatéraux, & les conjoints qui font eux-mêmes la ſtipulation. Dans le premier cas, j'eſtime que les parens peuvent étendre la ſtipulation auſſi loin que bon leur ſemble; parce qu'un chacun peut impoſer telle loi qu'il veut à ſa libéralité : mais à l'égard des conjoints, je ne crois pas qu'ils puiſſent s'interdire la liberté de diſpoſer de ce genre de biens, non plus que des autres. 13

Je crois devoir encore obſerver, que ces ſortes de ſtipulations ne peuvent être faites que par des contrats de mariage, parce qu'ils ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes qui ne ſont point contre les bonnes mœurs; mais elles ne peuvent pas être faites par des actes privés, ni par des teſtamens. Dans un procès où j'avois écrit aux requêtes du palais pour le ſieur Renaud, tréſorier de France en la généralité de Soiſſons, il fut jugé au rapport de défunt M. Depinoy, qui étoit très-habile, qu'une ſemblable diſpoſition ne peut pas être faite par un teſtament, contre l'avis de nos anciens, à qui j'avois propoſé la queſtion, & qui eſtimoient que le teſtateur ayant pu aſſurer cette ſomme dans ſa famille par la voie de la ſubſtitution, il avoit pu auſſi le faire par une ſtipulation de propre. Mais il y a bien de la différence : la ſubſtitution eſt une voie naturelle qui ne change point la qualité des biens, elle empêche ſeulement l'aliénation : au lieu que la ſtipulation de propre eſt une fiction qui change la nature des biens; en un mot, *fecit quod non potuit, & non fecit quod potuit.* 14

Si dans les pays de droit écrit la mere ſuccéde aux deniers ſtipulés propres.

Notre auteur propoſe cette queſtion, mais il ne la décide pas, & même il ne la traite pas. Il traite à la vérité la queſtion générale de l'effet de la ſtipulation de propre; mais à la fin il perd de vue celle ſur laquelle il avoit été conſulté. Dans le deſſein que je me ſuis propoſé de ſuppléer les queſtions que notre auteur n'a pas traitées, je ſuis obligé d'examiner celle-ci qui peut ſouvent ſe préſenter.

Suivant la diſpoſition du droit, la mere ſuccéde à tous les biens de ſes enfans, ſans aucune diſtinction. L'édit des meres a excepté les patrimoines anciens de la famille, afin qu'ils ne ſortent point de l'eſtoc, tige & ſouche d'où ils ſont venus : ſuivant cet eſprit, la mere doit ſuccéder aux deniers ſtipulés propres, parce qu'une ſemblable ſtipulation n'opere qu'un propre fictif & nouveau; d'ailleurs, cet édit fait en conſidération d'un particulier ne doit point être étendu hors de ſon cas, *quod contra rationem juris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias, l. 14, de legib. & 141, de reg. jur.* 15

Cependant comme un premier abus en entraîne ſouvent pluſieurs autres, ſi l'on veut conſidérer les propres fictifs comme de véritables propres, & les régler ſur le même pied, il faut en ce cas diſtinguer entre les différentes perſonnes qui ont fait la ſtipulation, ſavoir les parens, ou le mari, ou les enfans. Dans les deux premiers cas, la mere pourroit être excluſe, parce que les parens ont pû impoſer à leur libéralité la loi que bon leur a ſemblé, & le mari a pû donner la loi à ſon contrat de mariage; les uns & les autres ont eu en vue d'exclure la mere : mais dans le dernier cas, quand c'eſt l'enfant qui ſe marie, il ne peut par aucune clauſe priver la mere de ſes biens, il ne peut pas lui-même changer l'ordre de ſa ſucceſſion; & dans ce cas, je ne crois pas qu'il faille conſidérer ſi l'enfant étoit mineur quand il a été marié, ou majeur; parce que ſon tuteur ne peut non plus que lui changer l'ordre de ſa ſucceſſion : ſouvent il le feroit en haîne de la mere, avec laquelle il a preſque toujours quelque choſe à démêler. Il ne faut pas non plus conſidérer ſi l'enfant eſt décédé majeur ou mineur; cette différence n'eſt bonne que pour conſerver ou éteindre la fiction, mais elle eſt inutile pour l'ordre des ſucceſſions. 16

A l'égard de la ſtipulation de propres dans les pays de coutume, je ne m'y arrêterai pas, le progrès de la juriſprudence ſur cela eſt connu de tout le monde, tous les commentateurs de la coutume de Paris en parlent amplement; la juriſprudence ſur ce point a reçu ſa perfection dans la mercuriale qui eſt rapportée par M. Ricard, dans ſa conférence ſur la coutume de Paris, art. 93.

Ces ſortes de ſtipulations ne ſont guères en uſage dans les pays de droit écrit; parce que la communauté conjugale n'y eſt pas reçue ſans une clauſe expreſſe : d'ailleurs dans ces pays les peres & meres ſuccédent aux anciens propres; à plus forte raiſon ils doivent ſuccéder aux ſommes de deniers, quelque qualité qu'on leur imprime. Cependant quand par haſard dans un contrat de mariage paſſé dans un pays de droit écrit, il s'y rencontre une pareille clauſe, on la régle comme ſi le contrat avoit été paſſé à Paris, ainſi qu'il a été jugé au ſujet d'un contrat de mariage paſſé à Lyon, par un arrêt prononcé en robes rouges par M. le premier préſident de Harlay, le 22 décembre 1600, qui eſt rapporté par M. Louet, let. R, ch. 44. 17 18

Au parlement de Bordeaux ces ſortes de ſtipulations ſont fort en uſage, & l'on donne 19

BIU Cujas

à ces propres fictifs le même effet qu'aux véritables propres, ſuivant la doctrine de M. le Ferron, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bordeaux, § 6, cette juriſprudence eſt encore aujourd'hui obſervée, ſuivant le témoignage de M. Poitevin, célebre avocat de ce parlement. Dans un procès qui a pris naiſſance dans l'uſance de Saintes, & qui eſt pendant en la troiſieme chambre des enquêtes du parlement de Paris, j'ai vu une requête de ſa façon, par laquelle il convient que dans ſon parlement il eſt permis aux contractans de faire des pactes pour eux & pour leurs héritiers, donner à ce genre de biens la nature que bon leur ſemble, les affecter à l'eſtoc & ligne, & les perpétuer dans leur famille; il ſe ſert toujours du mot d'*immobiliſer*, qui me ſemble plus convenable que celui de *réaliſer*, dont nous nous ſervons.

DES RENONCIATIONS DES FILLES.

QUESTION CENT-DIX-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sçavoir ſi la renonciation de la fille s'étend à ſes enfans, & comprend les biens provenans des freres.*
2. *Sentence du bailli de Montbriſon, qui déclare la petite-fille non-recevable.*
3. *Moyens d'appel de la petite-fille.*
4. *Réponſes de l'héritier de l'oncle.*
5. *Arrêt du 3 avril 1635, qui confirme la ſentence.*
6. *Arrêt du 29 mars 1650, qui appointe ſur la queſtion, ſi la renonciation s'étend aux acquêts faits par un frere.*
7. *Arrêt définitif du 24 mars 1651, qui juge que la renonciation de la fille à toutes ſucceſſions, s'étend à la ſucceſſion du frere, quoique compoſée d'acquêts.*
8. *Avis de l'auteur, qu'en pays de droit écrit la renonciation des ſœurs ne s'étend pas aux ſucceſſions des freres, ſur-tout aux acquêts & biens adventifs.*
9. *Les enfans de la fille qui a renoncé ſont exclus, auſſi-bien que leur mere.*
10. *Cette régle n'a lieu que tandis qu'il y a des deſcendans du pere ou de la mere qui ont ſtipulé la renonciation.*

QUESTION CXVIII.

De la renonciation des filles aux ſucceſſions collatérales, & ſi elle peut avoir lieu en pays de droit écrit.

EN notre recueil & en divers endroits, nous avons parlé de la renonciation des filles, comme étant une matiere fréquente, & même en la queſtion 106 de ce livre 4, nous avons propoſé l'hypothèſe de la ſucceſſion du ſieur Hardier, décédé dans la ville de Paris, & la controverſe qu'elle a fait naître; nous y avons joint le plaidoyer de M. l'avocat général Talon. Et parce que la cauſe, qui pour lors fut appointée au conſeil, a depuis été jugée, nous voulons inſérer ici l'arrêt: & afin que ce ſoit plutôt une queſtion nouvelle, qu'une répétition, après avoir agité ce point ſur la coutume d'Auvergne, nous voulons traiter la queſtion pour le pays de droit écrit, ſur une autre hypothèſe, qui a été jugée par arrêt.

1 Barthelemy Mirail étant décédé ſans enfans & ſans teſter, & ayant laiſſé Aubin Mirail, ſon frere, Anne & Jeanne ſes ſœurs, & Marguerite Ramier ſa niece, comme fille de Marguerite Mirail, ladite Ramier vouloit participer à ſa ſucceſſion. Elle fit donc aſſigner devant le bailli de Forêts Eſtienne du Mondey, héritier de Triſtan Mondey, ſon fils qui étoit héritier de Jean Mirail ſon frere utérin, pour ſe voir condamner à lui faire délivrance de ſa quote part en la ſucceſſion dudit Barthelemy Mirail.

A cette demande, on oppoſa une clauſe du contrat de mariage de Marguerite Mirail, par laquelle, moyennant la conſtitution réelle faite par ſes pere & mere, elle auroit quitté, cédé & tranſporté à leur profit, & des leurs, à l'avenir, tous & un chacun ſes biens, droits, noms, raiſons & actions, préſens & à venir quelconques qui lui pouvoient compéter & appartenir, maintenant & pour l'avenir, ſur les biens, hoirie & ſucceſſion de ſeſdits pere & mere, freres & ſœurs, qu'autres quelconques, à elle ſauve loyale échûte, dons & légats, ſi aucuns lui étoient faits à l'avenir.

Au moyen de cette renonciation, on ſoutint que lad. Marguerite Ramier, qui repréſentoit ſa mere, & venoit de ſon chef, ne pouvoit rien prétendre en la ſucceſſion de Barthelemy Mirail: ſur quoi le bailli de Forêts l'ayant déclarée non-recevable en ſa demande, elle en appella à la cour. 2

Pour ſes moyens d'appel, elle diſoit qu'elle ne vouloit pas révoquer en doute que les renonciations 3 des filles dotées ne fuſſent valables pour les ſucceſſions des pere & mere; mais que ne s'agiſſant pas d'une ſucceſſion paternelle ou maternelle, mais de celle d'un frere décédé après eux, la renonciation ne s'y pouvoit pas étendre.

Que cette renonciation ou ceſſion pouvoit bien valoir pour le regard des ſucceſſions des pere & mere; mais non pour les ſucceſſions des freres & ſœurs, & autres quelconques, quelques termes qu'on ait gliſſés dans la clauſe de cette renonciation; parce

BIU Cujas

que c'eſt un pacte de ſucceſſion future, qui ne peut être fait en l'abſence & ſans le conſentement de ceux à la ſucceſſion deſquels on renonce, ſuivant la loi derniere, *C. de pactis*, & la doctrine des interprétes, même d'Alexandre, ſur la loi *ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat.* & entre les modernes, *Antonius Bellonius, conſil. 71.*

Que maître Charles du Moulin, qui mieux qu'aucun autre a ſçu l'uſage du droit françois, a tenu en ſon conſeil 55, que la renonciation n'eſt pas valable, ſi ceux, à la ſucceſſion deſquels on renonce, ne ſont préſens & conſentans, *ad validitatem*, dit-il, *& ſubſtantiam hujus renunciationis, requiritur præſentia, conſenſus, acceptatio illius de cujus futurâ ſucceſſione renunciandâ agitur, & ita per plura arreſta judicatum fuit, ut in ſucceſſione defuncti Ludovici* Doreil. Et ſi dans ce même conſeil il conclud en faveur de la renonciation faite à la ſucceſſion d'une mere qui n'avoit pas été préſente au contrat de mariage; c'eſt parce qu'elle avoit été préſente & conſentente aux articles & traités du mariage, & lorſqu'il avoit été convenu que la fille renonceroit à tous droits ſucceſſifs de pere & de mere; ce qui doit ſuffire.

Par conſéquent, que les freres & ſœurs de Marguerite Mirail, n'ayant ſtipulé ni aſſiſté à la renonciation de leur ſœur, elle étoit nulle & de nul effet à leur égard; & qu'en tout cas, cette clauſe ne pouvoit ſervir que pour les enfans qui décéderoient du vivant du pere ou de la mere, afin que leur portion demeurât acquiſe au ſurvivant; mais non pour exclure la ſœur de la ſucceſſion des freres & ſœurs qui décéderoient après la mort des pere & mere : car cette ceſſion & remiſe n'étant faite qu'à leur profit, elle ne pouvoit marcher en arriere pour un droit qui n'étoit échu qu'après leur décès.

Que comme ſemblables renonciations ſont odieuſes, *& ſtricti juris*, comme contraire au droit commun, il falloit plutôt les reſtreindre que les étendre, attendu même qu'elles n'ont été introduites que pour exclure les filles dotées du ſurplus des biens des pere & mere qui les ont dotées, & leur ont aſſuré une portion de leur ſubſiſtance contre l'incertain événement de leur fortune; mais qu'on n'a jamais entendu exclure une fille du droit ſucceſſif de ſes freres & ſœurs ſurvivans aux pere & mere, & que le ſang & la nature leur donne, tant aux propres qu'aux acquêts.

Paſſant plus avant, on diſoit que ſi Marguerite Mirail ne pouvoit pas être excluſe de la ſucceſſion de Barthelemy ſon frere, décédé après ſes pere & mere, moins le pouvoit être la niece; car encore qu'elle y vienne par repréſentation de ſa mere, à cauſe du concours des oncles, elle ne laiſſe pas d'y venir de ſon propre chef, d'autant que ſuivant la commune réſolution de nos interprêtes, la renonciation de la mere eſt perſonnelle, & reçoit cette condition tacite, *au cas qu'elle ſurvive à ſes pere & mere.* De maniere que venant à les prédécéder, ſa fille doit être admiſe de ſon chef, ſans que la renonciation faite par ſa mere, quoique dotée & appanée, lui puiſſe faire aucun préjudice : Qu'outre les anciens docteurs, tel avoit été le ſentiment de Guy Pape, en ſa déciſion 228, & de ſes apoſtillateurs, de *Benedictus ad cap. Raynutius, in verbo, duas habens filias, num, 280*; de *Rebuf. Concil. 190*; d'Imbert, en ſon Enchiridion, ſous le mot, *fille qui a renoncé.*

Enfin, que la réſerve de loyale échûte ne pouvoit avoir autre ſens que pour les ſucceſſions des freres & ſœurs, comme celle des dons & légats ſe devoit référer aux pere & mere, qui nonobſtant la renonciation, peuvent léguer ou donner: Qu'autrement cette réſerve ſeroit inutile, & auroit en vain été appoſée, puiſqu'il eſt certain que la renonciation des filles ne lie point les mains aux peres & meres, & n'a lieu qu'en tant qu'ils la veulent faire ſubſiſter. Que cette clauſe étant donc la derniere, elle devoit expliquer la précédente, ou plutôt y déroger.

Au contraire, & de la part de l'intimé, on ſoutenoit que la renonciation étant conçue en termes clairs & autant étendus qu'ils le pouvoient être, il n'y avoit rien à gloſer. Que la mere ayant renoncé aux ſucceſſions des freres & ſœurs & autres quelconques, celle de queſtion y étoit compriſe; & que c'étoit en vain que pour cela on vouloit recourir au droit romain, puiſque les renonciations étoient purement du droit françois, & ſe régloient par nos maximes, & non par celles du droit civil. 4

Que pour les biens provenus du pere & de la mere, il n'y avoit rien à douter, d'autant que cette renonciation étoit une eſpece de ſubſtitution qu'ils faiſoient en mariant & dotant une fille au reſte de leurs biens, dont ils vouloient qu'elle fût excluſe en faveur des autres enfans : que comme alors ils en étoient les maîtres, ils pouvoient impoſer cette loi & condition; & que par ce moyen, cette excluſion étoit plutôt réelle que perſonnelle.

Qu'il n'étoit pas néceſſaire que les freres fuſſent préſens & conſentans; car outre que c'étoit à leur bénéfice, & qu'ils s'en devoient prévaloir, il ſuffiſoit que le pere le ſtipulât & l'acceptât pour eux, & qu'il entendît que ſa ſucceſſion ne leur advînt qu'avec cette charge & condition que la fille qui auroit renoncé n'y pourroit pas ſuccéder.

Qu'au reſte, la mere étant excluſe, la fille l'étoit pareillemeut, parce qu'elle ne pouvoit y venir que par repréſentation, & que la repréſentation d'une perſonne excluſe étoit inutile. Que la fille ne pouvoit entrer en ſon lieu & prendre ſon degré, que le même défaut ne lui fût commun : que ſi autrefois on avoit douté de ce point, il n'y avoit plus lieu d'en douter, après divers arrêts, par leſquels la cour a jugé que la mere ayant renoncé, ſes enfans, après elle, n'y peuvent venir : qu'entr'autres arrêts, celui du 5 avril 1569, donné pour perſonnes de cette province de Forez, avoit mis fin à cette queſtion.

Enfin, que la réſerve de la loyale échûte ne pouvoit détruire uue renonciation ſi expreſſe, & qu'il falloit plutôt concilier les clauſes, que les faire choquer, *potiùs ut valeant, quam ut pereant;* par conſéquent, que cette loyale échûte n'opéroit autrechoſe, ſiuon qu'advenant le prédécès des freres du vivant du pere, la fille qui a renoncé, lui ſuccéderoit à l'excluſion des parens collatéraux, *ut notat Guido Papa, quæſtione* 191; ou bien, qu'après le pere, elle pourroit ſuccéder au dernier des freres, s'il décédoit ſans enfans & ſans teſter : car comme la fille n'eſt excluſe qu'en faveur des autres enfans, auſſi, *illis deficientibus & non extantibus debet admitti.*

Par l'arrêt ci-après inſéré, la ſentence fut confirmée au rapport de M. Viole en la quatrieme chambre des enquêtes; & ainſi la niece ayant été déclarée non-recevable à demander ſa part en la ſucceſſion de l'oncle, on a jugé deux queſtions : l'une, que la renonciation aux ſucceſſions collatérales des freres & ſœurs étoit bonne & valable, quoique faite en leur abſence & ſans leur conſentement; & l'autre, que la mere ayant été excluſe, ſa fille, qui la repréſentoit, n'y pouvoit venir.

Voyez Brodeau, ſur ſes queſtions, en la lettre R, nombre 17 du recueil de monſieur Louet, & Maître Anne Robert, *lib. 2 rerum judicatarum, cap. 2.*

Il faut remarquer qu'en la ſucceſſion de Barthelemy Mirail, il n'y avoit point d'acquêts ni de biens adventifs, & qu'elle n'étoit compoſée que de la

BIU Cujas

légitime & quarte Trébellianique, qu'il avoit pu distraire des biens du pere, & aux biens de la mere à laquelle il avoit succédé.

5 Comme de certaine sentence donnée par notre bailli de Forez, ou son lieutenant, le 26 juin 1631, au profit d'Etienne du Mondey, pere & légitime administrateur de Tristan du Mondey, héritiers de Jean Mirail, défendeur à l'encontre de Marguerite Ramier, demanderesse; & concluant à ce que le défendeur fût condamné payer à ladite demanderesse le quart des droits de légitime de défunt Barthelemi Mirail son oncle, avec les intérêts & fruits dudit quart, depuis le décès dudit Barthelemy, jusqu'à l'actuel payement, & encore à ce qu'il fût condamné payer le quart de l'hoirie de Marguerite de la Roche, son ayeule, consistant en meubles & immeubles, avec restitution de fruits & les dépens; par laquelle notredit bailli, ou son lieutenant, auroit déclaré ladite demanderesse non-recevable en sa demande, & par icelle, renvoyé ledit défendeur absous avec dépens: Eût été de la part de ladite demanderesse appellé en notre cour de parlement, en laquelle lesdites parties ouies en leur cause d'appel, & le procès par écrit conclu, & reçu pour juger si bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle de ladite appellante, qu'elle pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, ausquels griefs & prétendus moyens de nullité, ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle, bailler contredits aux dépens de ladite appellante: icelui procès, griefs, réponses à iceux: forclusion de produire de nouveau par ladite appellante; incident sur l'entérinement de certaines lettres de nous par ladite appellante obtenues le 21 mai 1633, tendantes à fin d'être restituée & relevée de la renonciation faite par Marguerite Mirail sa mere, par contrat de mariage, a tous droits successifs de pere & de mere, freres & sœurs. Vû & diligemment examiné: Notredite cour, par son jugement & arrêt, sans s'arrêter ausdites lettres, a mis l'appellation au néant, sans amende: ordonne que la sentence de laquelle a été appellé, sortira son plein & entier effet, sans dépens de la cause d'appel dudit incident de lettres, la taxation des adjugés pardevers elle réservée. Prononcé le 3 avril 1635. Extrait des registres du parlement. *Signé*, GUYET.

Extrait des registres du parlement.

6 Entre Salomon Ardier, écuyer, sieur de Prévalon & de Boissac, appellant des ordonnances apposées au bas de deux requêtes présentées, tant au lieutenant général de Dijon, qu'au lieutenant civil du Châtelet de Paris, par l'intimé ci-après nommé; les 16 & 26 juillet 1647, portant permission de saisir; saisies faites en conséquence des biens & effets de la succession de défunt Pierre Ardier, sieur de Boissac, qui sont tant en cette ville de Paris, qu'en la ville de Dijon; ensemble de deux appointemens & ordonnances dudit lieutenant général de Dijon, en date des 7, 21 & 26 août audit an 1647, & de ce qui s'en est ensuivi, & demandeur en requête par lui présentée à la cour le septieme jour de septembre 1649, tendante à fin d'évocation du principal différend d'entr'eux; & y faisant droit, qu'il sera maintenu & gardé en la possession & jouissance de tous les biens délaissés par le décès dudit défunt Pierre Ardier, avec défenses audit intimé de le troubler, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, d'une part; & maître Jean Guerin, ancien président en l'élection d'Issoire, au nom de pere & légitime administrateur de la personne & biens de damoiselle Anne Guerin sa fille, & de défunte damoiselle Susanne Ardier sa femme, ladite damoiselle Anne Guerin, niece dudit appellant, intimé & défendeur, d'autre: sans que les qualités puissent nuire ni préjudicier aux parties. Après que Langlois, pour l'appellant & demandeur, & Pucelle, pour l'intimé & défendeur, ont été ouis sur l'appel, ensemble Langlois & Pucelle en repliques: Talon, pour le procureur général du roi, a dit que la décision de la cause ne dépend pas des maximes de la jurisprudence romaine, laquelle reprouve les renonciations aux successions à échéoir, comme aussi est inutile la question du domicile, pour sçavoir en quelle coutume le défunt, des biens duquel il s'agit, doit être réputé avoir été domicilié, soit à Paris, soit en Bourgogne; mais il s'agit seulement de l'exécution des termes portés par le contrat de mariage de défunte Susanne Ardier, laquelle a renoncé aux successions de pere & de mere, & aux successions fraternelles & autres directes en faveur de ses pere & mere, & des descendans mâles d'icelle. Or l'un des freres étant décédé, l'autre, qui est survivant prétend que la succession entiere lui appartient, à l'exclusion de la niece, laquelle n'y peut rien prétendre, à cause de la renonciation de la mere, qui est, par les termes de ce contrat de mariage, forclose de rien prétendre en la succession; contre laquelle prétention la niece se défend par trois raisons principales. La premiere, qu'elle demande la succession de son oncle, de son chef, en qualité d'héritiere légitime par la loi, non par la transmission de la personne de la mere, mais par le droit & représentation qui lui est acquise de son chef; qui est la différence établie par maître Charles du Moulin sur la coutume de Paris: que ceux qui succedent en vertu du droit d'autrui, ils ne sont pas héritiers immédiats, mais ceux qui succedent de leur chef, en vertu d'un droit que la loi a établi à leur avantage, quoiqu'ils y viennent par représentation, ils ne sont pas responsables des défauts, des vices des promesses & obligations de la personne représentée; en telle sorte qu'un petit-fils, quoique son pere soit déshérité, quoique par la mort civile il soit incapable de succéder peut venir de son chef à la succession de son ayeul, quoique son pere en eût été incapable. Ainsi une niece vient à la succession de ses oncles, qnand sa mere est décédée, de son chef propre, en vertu d'une représentation légale qui l'établit dans la place & dans le degré de sa mere. Elle ajoûte pour un second moyen, que par les termes du contrat, qui porte la renonciation, on ne la peut priver de l'espérance des biens de la famille de ses pere & mere: qu'ils ont introduit une substitution au profit des enfans mâles, & même une substitution mutuelle & réciproque entre les freres, parce que le pere commun des parties a été le maître de ses biens, & en a pu disposer, principalement ayant doté sa fille, laquelle il a pu exclure du reste de sa succession, en telle sorte qu'elle ne puisse rien prétendre à l'hérédité paternelle & maternelle; mais le pere n'a pu disposer des biens ni de la succession de ses enfans ès choses qu'ils ont acquises par leur industrie, & desquelles il n'a jamais été propriétaire. C'est la grande maxime de droit, que personne ne peut gréver son héritier de restituer plus grande somme que celle qu'il laisse dans la succession; de fait, la disposition canonique qui autorise la renonciation de cette qualité, au chapit. second au Sexte, approuve les renonciations des filles, quoique contraires au droit civil, en telle sorte qu'elles ne puissent avoir aucun regret à la succession pater-

BIU Cujas

nelle. Ainſi en la loi *ex facto*, au *ff. ad Trebellianum*, celui qui prie Mævius de faire Titius ſon héritier, ſa diſpoſition n'eſt pas obligatoire, ſinon juſqu'à la concurrence de ce qu'il a reçu de ſa ſucceſſion. Et de fait, M. Charles du Moulin, en ſon conſeil, 15 n. 19, ayant traité cette queſtion ſur la clauſe d'un contrat de mariage, dans laquelle une mere avoit renoncé à la ſucceſſion future de ſes enfans, il ſoutient que cela ne doit avoir lieu que pour les biens des enfans qu'ils ont recueilli de la ſucceſſion de leur pere & mere. Mais ſi ces mêmes enfans acquierent quelque choſe de leur chef, cela ne peut être compris dans la renonciation ſtipulée par le contrat de mariage; de ſorte qu'en ce cas, il faut faire ſéparation des biens, diſtinguer les propres d'avec les acquêts, pour ne pas donner à une renonciation plus de droit qu'elle en doit avoir, & ne s'étendre qu'aux biens deſquels il a été penſé lorſque le contrat a été fait. C'eſt la penſée de tous les docteurs qui ont traité cette queſtion, & des arrêts intervenus en cas ſemblables, nommément celui du mois de juillet mil cinq cent ſoixante-neuf, rendu en la famille du Bellay, qui a jugé la queſtion en termes précis, & cela fondé ſur une autre penſée plus générale; ſçavoir, que les ſtipulations des contrats n'ont jamais lieu qu'à l'égard des perſonnes contractantes, & non pas à l'égard des abſentes, auſquelles une diſpoſition de cette qualité ne peut nuire ni préjudicier, ſoit à leurs perſonnes, ſoit à leurs biens. Par exemple, ſi la dot qui a été donnée à Suſanne Ardier eût conſommé la meilleure partie de la ſucceſſion paternelle, ſi le pere fût tombé en néceſſité, & que mourant il n'eût point laiſſé de biens, les freres euſſent voulu demander la légitime ſur ce qui avoit été donné à leur ſœur en mariage, & euſſent ſoutenu que la renonciation portée par icelui ne leur eût point fait de préjudice, parce qu'ils n'y avoient point été préſens, & qu'ils n'étoient ſtipulans ni acceptans à ce contrat de mariage, lequel, par même conſidération, ne peut faire préjudice à la fille qui a renoncé, à laquelle le pere n'a pu donner autre excluſion, ſinon de ne pouvoir rien prétendre à la ſucceſſion de ſes pere & mere, ſoit par leur décès, ſoit par le décès de ſes freres, leſquels ſont cenſés par ce moyen être reſpectivement ſubſtitués les uns aux autres dans les biens paternels & maternels; mais ſi ces mêmes freres ont fait quelques acquiſitions d'autres biens, la fille n'en peut pas être privée, puiſque toutes ſortes de conjectures & de préſomptions réſiſtent à faire croire que le pere n'ait pu ni voulu diſpoſer d'autres choſes que des biens qui lui appartenoient.

A ces moyens, les parties adverſes repliquent & ſoutiennent qu'une cauſe de cette qualité doit être terminée par les maximes de la juriſprudence françoiſe, en laquelle autrefois les filles ne ſuccédoient point avec les mâles, principalement quand elles avoient été colloquées en mariage, & que par la dot qui leur avoit été donnée, elles avoient paſſé dans une famille étrangere; dont nous avons encore des veſtiges dans pluſieurs coutumes du royaume, & principalement dans celle d'Auvergne, qui eſt le pays auquel le contrat de mariage a été paſſé, qui témoigne que tel eſt l'eſprit de la province, & que le contrat de mariage dont eſt queſtion eſt conforme au droit commun du même pays. Mais depuis que les mœurs des anciens François ſe ſont adoucies, & que les filles ſont entrées en partage avec leurs freres, les docteurs ont inventé les renonciations dans les contrats de mariage, par le moyen deſquelles les filles étant appanées & mariées, ſont excluſes de la ſucceſſion à laquelle elles ont renoncé, & ſont préſumées avoir vendu les biens de la ſucceſſion à laquelle elles avoient renoncé, tant pour elles que pour leurs enfans; parce qu'il y a grande différence entre les diſpoſitions pénales de la loi, leſquelles ſont de droit étroit, pleines de rigueur, & ne ſouffrent point d'extenſion; & les diſpoſitions contractuelles des hommes, leſquelles doivent être exécutées de bonne foi dans toute leur latitude & étendue raiſonnable. Comme au particulier de cette clauſe, Suſanne Ardier ayant renoncé par ſon contrat de mariage, & ſa fille étant née dans l'exécution de la vérité de ce contrat, qui n'a été fait qu'à cette condition, la renonciation regarde non-ſeulement celle qui l'a faite, mais même ceux qui ſont iſſus & deſcendus de ce mariage, mais principalement la renonciation étant faite au profit des mâles, lequel privilége eſt capable d'introduire la préſomption d'une ſubſtitution dans une famille, parce que les peres ont une amitié naturelle pour leurs ſucceſſeurs légitimes, pour perpétuer leur nom & revivre en leurs enfans par une eſpece de fantaiſie & d'imagination d'immortalité; ce qui ſe rencontre non-ſeulement dans les grandes familles, mais même dans les hommes de condition médiocre. De ſorte que Suſanne Ardier, qui a renoncé, l'ayant fait non-ſeulement aux ſucceſſions directes de pere & mere, mais même aux ſucceſſions fraternelles, & ayant marqué que c'étoit non-ſeulement au profit de ſes pere & mere, mais même des deſcendans mâles de ſes pere & mere; c'eſt une affectation qui juſtifie que cette renonciation eſt générale, conçue en termes univerſels, dans leſquels on a compris tous les cas qui pourroient arriver, ſelon la penſée de Boërius, en ſa déciſion 147, n. 12 & 13; & tout ainſi que dans la vente d'une hérédité, le vendeur ne ſe peut retenir aucune choſe directement ni indirectement, ainſi celui qui renonce à toutes ſucceſſions de pere & de mere, même aux fraternelles, l'on préſume qu'il l'a fait ſans réſerve, ſans limitation & ſans équivoque, parce que les termes des contrats doivent être interprétés ſelon leur ſignification naturelle & ordinaire; en telle ſorte que celui qui renonce à la ſucceſſion fraternelle n'eſt pas préſumé avoir de retention mentale, pour diſtinguer la qualité de ſes ſucceſſions, faire ſéparation des biens paternels, d'avec ceux qui procedent d'acquiſition. Et quant à ce que l'on a dit que les freres n'étoient point préſens au contrat de mariage, qu'ils n'y ſont point ſtipulans ni acceptans; cette propoſition ſemble être de petite conſéquence, parce que la piété & la prévoyance d'un pere qui diſpoſe dans ſa famille comprend les intérêts de tous ſes enfans nés & à naître, principalement dans un contrat de mariage, lequel eſt ſuſceptible de toute ſortes de clauſes entre-vifs & à cauſe de mort, dans lequel, lorſqu'un pere ſe dépouille pour marier ſa fille de ſon vivant, qu'il lui donne le plus beau & le plus net de ſon bien, par le moyen des deniers comptans, il peut ſtipuler telle clauſe que bon lui ſemble pour l'avantage de ſa famille, & ce, principalement dans l'eſpece particuliere de cette affaire, en laquelle la renonciation eſt faite non-ſeulement au profit du pere & de la mere, mais même au profit des enfans mâles qui deſcendront du pere & de la mere; en telle ſorte que ſi le pere vivoit à préſent, il ſeroit ſans difficulté héritier de la ſucceſſion de ſon fils, à l'excluſion de ſa fille & des enfans de ſa fille, quand bien même ſon fils ſeroit décédé en pays de droit écrit, où la ſucceſſion eſt déférée aux freres, conjointement. Or, ce que le pere a ſtipulé pour lui, il l'a ſtipulé pareillement pour ſes enfans mâles, leſquels, en toutes ſortes de cas, ſont préférables à la fille qui a renoncé, laquelle, bien qu'elle y vienne de ſon chef, & en vertu de la repréſentation, qui eſt un droit de la loi,

BIU Cujas

néanmoins elle entre en la place & au degré de sa mere, & ne peut pas prétendre plus de droit, que si elle étoit vivante. C'est la doctrine de M. Charles du Moulin, en son apostille sur la coutume de Montargis, en l'article qui porte que représentation n'a point de lieu en ligne collatérale, sinon du consentement de ceux qui y ont intérêt; mais au cas qu'ils y ayent consenti, M. Charles du Moulin soutient que ce consentement est obligatoire à l'égard d'iceux héritiers, *si hæredes eorum qui consenserunt, postea præmoriuntur, ligantur pacto.* Si bien qu'il reste de satisfaire à deux objections; l'une regarde les termes de la renonciation, qui porte, *Successions de pere, de mere & successions fraternelles, & autres directes:* par le moyen desquels termes on prétend que l'intention de ceux qui ont renoncé n'a été qu'à l'égard des successions directes seulement. Mais il est aisé de connoître que c'est un vice & un style de notaires, que ces renonciations ordinaires qui sont faites aux successions de peres & de meres ayant accoutumés d'y ajoûter, *& autres directes*, bien que l'on ait stipulé en ce contrat une renonciation précise aux successions fraternelles, les notaires n'ont pas laissé d'y ajoûter, *& autres directes*, parce que tel est leur style & leur usage ordinaire. La seconde difficulté regarde la disposition des arrêts, principalement celui de l'an 1569, & l'autorité des docteurs qui en ont écrit, lesquels semblent avoir incliné à cette jurisprudence moyenne, de faire séparation des biens & de comprendre dans la renonciation tout ce qui a appartenu au pere, & ce qui est échu à ses enfans, par succession; mais à l'égard des acquisitions faites par les freres, cela ne peut être compris en la renonciation, parce que le pere n'en a pu disposer. Pour satisfaire à ce moyen, il faut faire cette réflexion en notre jurisprudence françoise, que depuis que nos coutumes ont été rédigées par écrit, & qu'elles ont été différentes, même sur ce sujet, les opinions des docteurs ont été pareillement fort diverses, & se sont excitées plusieurs questions sur lesquelles, ni leurs avis, ni les arrêts n'ont pas été d'accord. Par exemple, s'il faut faire différence entre le droit écrit & le pays coutumier, entre les coutumes qui les autorisent & celles qui n'en parlent point, entre les renonciations directes & collatérales; & à l'égard de ceux, lesquels étoient présens ou absens au contrat de mariage. Sur toutes lesquelles questions il y a eu différentes résolutions de docteurs, & différens arrêts rendus dans les parlemens. Par exemple, en l'année 1557, on a jugé qu'une renonciation faite à une succession fraternelle étoit inutile, si le frere en étoit absent; & par l'arrêt de l'an 1569, on a cru qu'il falloit faire une séparation des biens; & tout cela fondé sur les maximes du droit écrit, & sur les argumens qui étoient tirés de la jurisprudence romaine; mais depuis, par les arrêts prononcés en robes rouges en ce parlement, les actes ont été autorisés & estimés favorables; en telle sorte qu'une fille renonçant à la succession de son pere, a été jugée incapable de pouvoir prétendre à la succession de son ayeul, quoique son pere fût prédécédé, & qu'elle fût appellée à cette succession de son chef, & qu'il fût vrai de dire que les biens de l'ayeul n'eussent jamais fait portion de la succession du pere, à laquelle elle avoit renoncé. Depuis ce tems, les renonciations des filles ont été estimées favorables, susceptibles de toutes sortes d'extensions raisonnables, comme un moyen de conserver les familles, une vente d'hérédité, un établissement de l'ancien droit des Gaulois, par lequel les filles, si-tôt qu'elles sont dotées & mariées, sont présumées être étrangeres en la famille de leur pere, & être dottées en la maison de leurs maris. De sorte que l'arrêt du Bellay, qui est le seul qui peut avoir jugé cette question, ne doit pas être considérable, selon nos mœurs d'à présent, & ne peut pas avoir lieu dans une succession collatérale, puisqu'il ne l'auroit pas en une directe, & qu'en effet, l'opinion des docteurs, lesquels ont introduit cette distinction, & qui ont pu donner lieu à l'arrêt de l'an 1569, étant fondé sur les préjugés qui ont changé; l'on peut dire qu'ils sont contraires à nos mœurs & à la jurisprudence du tems présent, en telle sorte qu'ils estiment qu'il y a lieu de mettre les appellations, & ce; évoquer le principal, & y faisant droit, maintenir & garder le frere seul en la succession dont est question. La cour, sur l'appel, appointe les parties au conseil; a évoqué le principal, & sur icelui en droit & joint. Fait en parlement le 29 mars 1650.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huissiers de notre cour de parlement, ou autre notre huissier ou sergent sur ce requis, Salut. Sçavoir faisons que le 7
jour & date des présentes, comparant en notredite cour Salomon Ardier, écuyer, sieur de Prévalon & de Boissac, appellant des ordonnances apposées au bas de deux requêtes présentées, tant au lieutenant général de Dijon, qu'au lieutenant civil du Châtelet de Paris, par l'intimé, les 16 & 24 juillet 1647, portant permission de saisir : saisies faites en conséquence des biens & effets de la succession de défunt Pierre Ardier, sieur de Boissac, étant tant en cette ville de Paris, qu'en la ville de Dijon, en date des 7, 21 & 26 août audit an 1647, & de ce qui s'en est ensuivi, défendeur au principal évoqué par arrêt du 29 mars 1650, & demandeur en requête par lui présentée à notre cour le 7 septembre 1649, d'une part, & maître Jean Guerin, ancien président en l'élection d'Issoire, au nom de pere & légitime administrateur de la personne & biens de damoiselle Anne Guerin sa fille, & de défunte Susanne Ardier sa femme, ladite Anne Guerin, niece dudit Salomon Ardier, intimé, demandeur au principal évoqué, suivant les requêtes par lui présentées à notre bailli de Dijon, ou son lieutenant général, les 25 juillet & 26 août 1647, défendeur, d'autre. Et entre ledit Guerin, appellant de deux appointemens rendus par notre lieutenant général de Dijon, les 21 août & 3 septembre 1647, & des assignations à lui données aux requêtes de notre hôtel, par exploit du 4 dudit mois de septembre, d'une part; & ledit Ardier, intimé, d'autre. Encore entre ledit Guerin, appellant d'une sentence rendue ausdites requêtes de notre hôtel le 16 septembre 1647, d'une part, & ledit Ardier, intimé, d'autre. Vu par notredite cour, en laquelle les procès & différends des parties ont été renvoyés par arrêt du conseil privé des 4 août & 29 décembre 1648, & retenus en icelles par arrêts des 12 août 1648, 12 avril 1649 & 4 mars 1650 : Lesdites ordonnances des 16 & 24 juillet 1647, portant permission de saisir, & saisie faite en conséquence des biens & effets de ladite succession dudit défunt Pierre Ardier, des 7, 21 & 26 août 1647, dont est appel : Lesdites requêtes présentées audit bailli de Dijon, ou son lieutenant général, les vingt-six juillet & vingt-cinq août 1647, & demande au principal dudit Guerin, à ce qu'il fût maintenu aud. nom en la possession & jouissance de la moitié de tous les meubles & acquêts advenus & échus à ladite Anne Guerin sa fille, par la succession dudit défunt Pierre Ardier son oncle; ce faisant, que partage & division fût faite entre les parties des meubles & acquêts, que les cautions & gardiens d'iceux seroient

BIU Cujas

contraints à la représentation, par toutes voyes dûes & raisonnables, comme dépositaires des biens de justice, ledit Ardier condamné en tous les dépens, dommages & intérêts dudit Guerin: Ladite requête dudit Ardier dudit jour 7 septembre 1649, à ce qu'il fût maintenu & gardé difinitivement en la possession & jouissance de tous les biens immeubles & effets de la succession dudit défunt Pierre Ardier son frere, que défenses fussent faites audit Guerin, audit nom, & tous autres de le troubler, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, & en tous les dépens, même en ceux réservés par ledit arrêt du 19 août, & par les arrêts du conseil des 4 août & 29 décembre 1649: Ledit arrêt d'évocation dud. jour 29 mars 1650, donné à l'audience, par lequel, sur ledit appel desdites permissions de saisir, & saisies faites en conséquence, les parties auroient été appointées au conseil, & sur ledit principal évoqué, & requêtes dudit Ardier en droit: requêtes employées pour causes d'appel & réponses, productions des parties: contredits respectivement fournis: lesdits appointemens de notredit lieutenant général de Dijon des 21 août & 3 septembre 1647, dont est appel: celui dudit jour 21 août, donné entre ledit Guerin, demandeur, d'une part, & ledit Ardier, défendeur, d'autre, par lequel la cause auroit été remise à deux mois, & celui dudit jour troisieme septembre donné entre les parties, par lequel auroit été ordonné que ledit Ardier défendroit à la huitaine sur le partage requis par ledit Guerin des effets de la succession dudit défunt Pierre Ardier: arrêt d'appointé au conseil, du sixieme mai 1650: requêtes employées pour cause d'appel & réponses: productions des parties: contredits dudit Ardier: salvations d'icelui Guerin: requête dudit Ardier, employée pour salvations: ladite sentence rendue ausdites requêtes de notre hôtel, dudit jour seizieme septembre 1647, dont est appel, par laquelle tout ce qui auroit été fait, tant pardevant notredit bailli de Dijon, qu'au parlement dudit lieu, depuis & au prejudice du renvoi fait de la cause, même l'ordonnance du neuvieme septembre audit an 1647, auroit été cassée: Défenses faites audit Guerin de s'y pourvoir, & audit bailli & parlement de Dijon de connoître du différend, à tous huissiers & sergens de mettre aucuns jugemens à exécution, à peine de nullité, cassation de procédures, mille livres d'amende, & de tous dépens, dommages & intérêts: Arrêt d'appointé au conseil, du sixieme septembre dernier: requêtes employées pour cause d'appel & réponses: productions des parties: contredits dudit Ardier: réquête dudit Guerin, employée pour contredits: production nouvelle dudit Guerin: requête dud. Ardier, employée pour contredits contre icelle: conclusions de notre procureur général: Tout joint & considéré: Notredite cour, faisant droit sur le tout, a mis & met les appellations respectivement interjettées & ce dont a été appellé, au néant; émendant, a maintenu & gardé, maintient & garde ledit Ardier en la possession & jouissance de tous les biens meubles, immeubles & effets de la succession dudit défunt Pierre Ardier son frere; fait mainlevée pure & simple audit Ardier des choses saisies, les cautions données en exécution de l'arrêt du dix-neuf août mil six cent quarante-sept, déchargées, & en conséquence, sur la demande dudit Guerin, audit nom, les parties hors de cour & de procès, sans dommages, intérêts & dépens. Si te mandons, à la requête dudit Ardier, mettre le présent arrêt à dûe & entiere exécution, selon sa forme & teneur, de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre parlement, le ving-quatrieme jour de mars, l'an de grace mil six cent cinquante-un, & de notre regne le huitieme. Par la chambre. *Signé*, GUYET. Scellé & contre-scellé. Et plus bas: Le trente-uniéme mars mil six cent cinquante-un fut le présent arrêt signifié, & baillé copie à maître Guy, procureur desdites parties, en son domicile, parlant à sa personne. *Signé*, LE BLANC.

Quoiqu'en la question 106 de ce livre 4, le plaidoyer de monsieur l'avocat général Talon se trouve inséré, nous l'avons encore voulu joindre pour ne pas séparer des choses qui ne font qu'un corps; il est comme le fondement de l'arrêt, & est d'autant plus nécessaire, que c'est comme un précis & abrégé des raisons qu'on pouvoit alléguer de part & d'autre.

Au reste, & à cause de l'arrêt que nous y avons joint, nous sommes obligés de reconnoître que comme nos regles sont différentes, & que régulierement parmi nous les renonciations des filles ne s'étendent qu'aux successions de pere & mere, nous avions cru jusqu'à présent que c'étoit du style des notaires, & abusivement qu'elles renonçoient aux successions de freres & sœurs, & même qu'une fille ne pouvoit pas renoncer à la succession de la mere, si la mere n'avoit été présente, si elle n'avoit parlé, & donné quelque chose du sien: ce que nous estimions encore plus nécessaire pour les freres, même pour les biens provenus du pere, à cause que de droit, *mutatione personæ, mutatur rei qualitas*, & que ce qui étoit un bien paternel, devient fraternel. 8

Mais il faut pour ceux-là changer de note, à cause que la renonciation enferme une tacite substitution & condition aux autres biens du pere, pour en être la fille exclusé à perpétuité, en quelques mains qu'ils passent. Mais pour les acquêts & biens adventifs, nous trouverions trop rude qu'en pays de droit écrit, la renonciation eût cette étendue, chacun pourtant prendra garde désormais en quels termes on renoncera, sans s'en remettre aux notaires.

Ludovicus à Pegnera, in decis. 146, dit qu'encore que la fille qui a renoncé à la succession du Pere, *dote contenta, nullum regressum habeat ad bona paterna*, cela ne se doit pas étendre aux droits qui lui viennent d'ailleurs, *extrinsecus à bonis paternis*; par conséquent, que si les biens du pere sont échus au frere, elle les peut demander *tanquam fraterna, & quia paterna esse desierunt*, sans que sa renonciation, quoique générale, lui puisse nuire, ne se pouvant entendre que *secundùm materiam subjectam*; mais cet auteur ne dit rien, lorsque la renonciation est étendue aux freres & sœurs.

Covarruvias, ad caput quamvis, in 3 parte, § 3, traite de cette matiere.

Et Guy Pape, *in decis.* 192, traite amplement de la clause, sauf loyale échûte, *salvâ legali echeutâ & quid valeat.*

Mais plus expressément *Berengar. Fernandus*, docteur Tolosain, au traité qu'il a fait, *de pacto non succedendo*, en sa question 1, *num.* 5, agite ce point: si la fille ayant renoncé *bonis paternis, maternis & fraternis*, la renonciation la peut exclure des biens maternels & fraternels, & tient que non, & que cette renonciation n'est valable que pour celui qui dote la fille.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si les enfans de la fille qui a renoncé peuvent venir de leur chef à la ſucceſſion de leurs ayeuls.

L'Auteur, dans cette queſtion, parle des renonciations des filles aux ſucceſſions collatérales; il rapporte le plaidoyer de M. Talon, & l'arrêt rendu en conſéquence, qui établiſſent, que ces renonciations ſont valables. Dans ce liv. 4, queſt. 106, il a traité la même queſtion, ſur laquelle j'ai fait pluſieurs obſervations, que le lecteur prendra la peine de voir, s'il lui plaît.

Il propoſe ici une ſeconde queſtion, ſçavoir, ſi les enfans de la fille qui a renoncé, ſont exclus des ſucceſſions de leurs ayeuls & ayeules, & de leurs oncles & tantes; mais il ne la traite pas.

9 C'eſt aujourd'hui une maxime certaine, que les enfans de la fille qui a renoncé ne peuvent après le décès de leur mere, venir aux ſucceſſions auſquelles elle a renoncé, ſoit directes ou collatérales, ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés par Papon dans ſes arrêts, liv. 16, tit. 4, art. 17. Robert, *de autor. rer. jud.* l. 2, c. 5. Montholon, arr. 11 & 79. Louet, lett. R, ch. 17, & Brodeau, *ibid.* n. 14. Coquille, queſt. 127. Chenu dans ſes queſt. q. 26, le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 1, nomb. 30 & ſuivans, & liv. 3, ch. 8, ſect. 1, n. 61 & 62.

* La même juriſprudence eſt obſervée au parlement de Dijon, ſuivant les arrêts remarqués par M. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 21, not. 2.

10 Ce qui doit s'entendre, quand il y a d'autres enfans, freres ou ſœurs de la fille qui a renoncé, ou des enfans des freres & ſœurs qui n'ont pas renoncé: car à l'égard des collatéraux qui ne deſcendent pas des pere & mere qui ont ſtipulé la renonciation, ils n'excluent pas la fille qui a renoncé, ni ſes enfans, ſuivant la doctrine de Coquille, au même endroit, & ſur la coutume de Nivernois, titre *des droits appartenans aux gens mariés*, art. 24, où il traite la queſtion fort doctement: c'eſt un excellent auteur, & c'eſt avec raiſon qu'on l'appelle Judicieux. * Taiſand, au même endroit, not. 3, eſt du même ſentiment.

SI LA RENONCIATION COMPREND L'AUGMENT.

QUESTION CENT-DIX-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Savoir ſi l'augment eſt un bien paternel ou maternel.*
2. *C'eſt un troiſiéme genre de bien qui n'eſt ni paternel ni maternel.*
3. *L'augment n'eſt pas compris en la renonciation des droits paternels & maternels.*
4. *L'augment eſt compris dans la renonciation générale de tous les droits & prétentions que la fille peut avoir.*
5. *Sentiment de Faber, conforme à cette derniere opinion.*
6. *Sentiment d'Expilly conforme.*
7. *Cela doit avoir lieu, principalement quand lors de la renonciation l'augment étoit acquis.*
8. *La queſtion jugée à Montbriſon, conformément au ſentiment de Faber.*
9. *Pendant la vie du pere, il faut une renonciation expreſſe pour comprendre l'augment.*
10. *Après la mort du pere, la renonciation à tous les biens & droits paternels comprend l'augment.*
11. *Exception, quand la mere eſt remariée, & que la renonciation eſt à ſon profit, ou à celui de ſes enfans du ſecond lit.*
12. *La renonciation faite après le décès du pere ou de la mere à tous droits paternels & maternels, comprend l'augment.*
13. *Limitation, pourvu que la dot conſtituée par le frere à ſa ſœur, égale à-peu-près ſa légitime, & ſa part dans l'augment.*
14. *Diſtinction entre les ſucceſſions échues ou à écheoir.*
15. *Toutes ces diſtinctions ne ſont néceſſaires que par rapport aux renonciations qui ſont odieuſes.*
16. *Dans les partages entre freres & ſœurs, l'expreſſion de l'augment n'eſt pas néceſſaire.*

BIU Cujas

17. Idem, *dans les transactions générales.*
18. *De même pour les cessions & transports de tous droits, ainsi jugé par sentence du châtelet de Paris, du 8 avril 1702.*
19. *L'institution universelle comprend l'augment.*
20. Idem, *de la donation universelle.*
21. *Les enfans, après le décès de leur pere, & pendant la vie de leur mere, peuvent disposer de leur part dans l'augment, comme bon leur semble.*
22. *Premiere distinction, si la mere est remariée ou non.*
23. *Deuxieme distinction, si la disposition est expresse ou générale.*
24. *Troisiéme distinction, si la disposition est au profit des freres & sœurs, ou de leurs enfans, ou au profit des étrangers.*

QUESTION CXIX.

Quelle renonciation est requise pour la portion qu'un enfant peut espérer en l'augment gagné par la mere.

1 Nous ne voulons pas agiter ici si l'augment, ou quelque autre avantage qui revient aux enfans, est un bien paternel ou maternel, & quel il doit être plutôt censé. On peut bien soutenir que c'est un bien paternel, si l'on considere sa source, plutôt que le canal par où il passe.

La loi 4, *C. de secundis nuptiis*, le décide de la sorte, & en ces termes: *quod mulier, mariti liberalitate percepit, id ex eo tantùm conjugio liberi procreati sibi speciale tanquàm paternum noverint patrimonium vindicandum.* Aussi le sieur Brodeau, sur M. Loüet, en la lett. N, nomb. 3, ayant agité ce point, rapporte avoir été jugé par arrêt, que c'est un propre paternel, & qu'après la mort des enfans, il appartient aux parens paternels. C'est l'opinion de maître Charles du Moulin, qui dit que le douaire, ou autre semblable avantage appartient aux enfans, *tanquàm hæredium paternum, quia capiunt illud, non à matre, sed à patre, per consuetudinem vel legem.*

2 Il est vrai que parmi nous, qui n'établissons qu'un patrimoine, l'augment a été pourtant considéré comme un troisiéme genre de biens; & comme c'est la loi qui le défere, & que c'est par son bénéfice, on a cru jusqu'à présent qu'il faisoit une espece différente.

C'est pourquoi nous avons tenu que pour y renoncer, il falloit en faire une expression particuliere; & que comme l'augment n'est proprement ni bien paternel, ni bien maternel, il ne suffisoit pas pour en être exclus, de renoncer aux biens paternels & maternels.

Mais lorsque la renonciation est conçue en termes plus étendus, elle peut aussi comprendre l'augment; c'est parce qu'il y a différence de renoncer simplement aux droits paternels & maternels, & de renoncer à tous droits & prétentions qu'on peut avoir de présent, ou pour l'avenir, sur les biens & en l'hoirie du pere & de la mere.

Au premier cas, si l'augment n'est ni paternel ni maternel, il ne peut être compris en la simple renonciation aux droits paternels & maternels. 3

Mais au second cas, on ne peut renoncer à tous les droits qu'on a sur les biens, qu'on ne renonce à l'augment, puisque c'est un droit qui se doit prendre sur les biens du pere ou de la mere. 4

C'est l'opinion du docte *Antonius Faber*, président au sénat de Chambery, grand jurisconsulte, & qui après l'incomparable Cujas, a le plus mérité de notre jurisprudence. C'est en son cod. l. 5, tit. 5, défin. 15, qu'il fait cette distinction, & il ajoûte: *licèt enim neque paternum sit, neque maternum, justamen est ad paterna bona, ex quibus utique jus illud solvi debet.* 5

Monsieur le président Expilly, au chap. 14 de ses arrêts, semble suivre ce sentiment, car il tient, qu'encore que la renonciation aux droits paternels & maternels n'exclue pas, elle exclud pourtant si elle est étendue à tous droits qu'on peut avoir & prétendre sur les biens du pere & de la mere: lors même, dit-il, qu'il n'y a point d'autre réserve que de loyale échûte; car qui n'excepte qu'une chose, comprend tout le reste, *exceptio in uno, in cæteris firmat regulam.* Tout ce qu'on peut opposer, c'est que cette distinction peut venir du style des notaires; mais cela ne semble pas recevable, parce qu'en matiere de contrats, on doit s'attacher aux mots, & croire que c'est suivant l'intention des parties, *quorsum enim verba, nisi ut monstrent mentem dicentis?* ainsi qu'il est dit en la loi *Labeo, § Servius, ff. de suppellectili legata.* Ce qui doit avoir lieu principalement quand lors de la renonciation l'augment avoit été gagné par la mere, & qu'on l'a dû considérer comme un bien réversible aux enfans après elle. 6 7

Il fut ainsi jugé en ce siége au profit du sieur Ravine, contre les enfans de sa sœur qui avoit renoncé aux termes que suppose ledit sieur *Faber.* 8

OBSERVATIONS.

AUGMENT DE DOT.

Quelle renonciation est requise de la part des enfans, pour comprendre leur part dans l'augment.

DAns ce liv. 4, quest. 63, notre auteur a établi que la renonciation faite par une fille à tous droits paternels & maternels, ne comprend pas sa portion dans l'augment, & qu'il faut pour cela une renonciation expresse & spécifique.

Ici il établit que la renonciation générale à tous les droits que l'enfant peut prétendre dans la succession de son pere, emporte sa part dans l'augment; parce qu'il se prend sur la succession du pere.

Dans ses plaidoyers, plaid. 18, il prouve la même chose plus à fond, & dit que cela fut ainsi jugé dans son siége, suivant ses conclusions; ainsi il faut dire que l'effet de la

BIU Cujas

renonciation eſt différente, ſuivant la différente formule en laquelle elle eſt conçue, c'eſt-à-dire, que cela dépend de l'habileté du notaire : pour moi qui eſtime qu'il faut décider les queſtions ſuivant les principes du droit, ou par les régles de l'équité, j'ai de la peine à me rendre à la diſtinction de notre auteur : je crois qu'il ne faut pas tant conſidérer les termes auſquels la renonciation eſt conçue, que les tems auſquels elle eſt faite.

9 1°. Quand la renonciation eſt faite pendant la vie du pere, c'eſt-à-dire avant que le droit ſoit acquis aux enfans, je crois qu'il faut que l'acte faſſe une mention expreſſe de l'augment, afin de faire connoître à la fille & à celui qui l'épouſe, qu'elle renonce à ſa part dans l'augment.

10 2°. Après le décès du pere, le droit étant acquis aux enfans, ſi la mere en mariant ſes enfans les fait renoncer aux droits paternels, ou à tous les droits qu'ils peuvent prétendre dans les biens de leur pere, ou dans ſa ſucceſſion, ou dans ſon hoirie (pour parler le langage du pays :) je crois que cette renonciation emporte l'augment ; parce que, quoique l'on diſe que c'eſt un troiſiéme genre de biens, néanmoins il fait partie des biens du pere, & à proprement parler, c'eſt un bien paternel, comme cela eſt expreſſément décidé dans la loi *cum aliis 4*, *cod. de ſec. nup.* qui ſe ſert de ces termes, *tanquam paternum noverint patrimonium vindicandum*, & dans la loi *hac edictali*, qui ordonne à la mere de le conſerver à ſes enfans, *ut res paternas* : c'eſt pourquoi je crois qu'il eſt inutile que la renonciation ſoit faite conjointement aux droits paternels & maternels ; mais enfin de quelque maniere qu'elle ſoit faite, j'eſtime qu'elle comprend l'augment, quand il eſt acquis aux enfans ; parce qu'alors ils n'ont pu ignorer leur droit.

11 J'apporte à cette déciſion une exception. Si la mere eſt remariée, & que la renonciation ſoit faite à ſon profit, ſon convol la rendant défavorable, il faut la conſidérer en cela comme une étrangere, & favoriſer les enfans à ſon préjudice, à moins que la renonciation ne comprenne expreſſément l'augment, il faut croire que l'enfant n'a pas eu intention d'y renoncer.

Il faut dire la même choſe, ſi la renonciation eſt faite au profit de la mere ou de ſon ſecond mari, ou de ſes enfans du ſecond lit, conjointement ou ſéparément ; *ſecùs* ſi la mere l'avoit ſtipulé au profit d'un ou de pluſieurs de ſes enfans du premier lit.

12 3°. Quand après le décès du pere & de la mere, ou du pere ſeulement, ſon fils aîné ou autre par lui inſtitué héritier univerſel, marie ſes ſœurs ou ſes freres, & les fait renoncer à tous droits paternels & maternels, ou à tous les droits qu'ils peuvent avoir dans les ſucceſſions de leur pere & mere ; je crois qu'une ſemblable renonciation comprend la part des autres enfans dans l'augment, parce que le droit leur eſt acquis, & qu'il eſt confondu dans la ſucceſſion du pere & dans celle de la mere, pour la portion virile : c'eſt le ſentiment de M. Expilly, dans ſes arrêts, ch. 14, où il traite la queſtion par rapport au ſupplément de légitime. Il dit que quand une fille après le décès de ſon pere & de ſa mere, quitte à ſon frere, moyennant la dot qu'il lui conſtitue, tous droits paternels & maternels, que cela emporte tout ſupplément de la légitime. Cependant ſuivant la loi 35, cod. *de inoffic.* les enfans ne ſont point exclus de demander le ſupplément de leur légitime, s'ils n'y ont renoncé expreſſément, *niſi hoc ſpecialiter ſive in apocha, ſive in tranſactione ſcripſerit.*

13 Je crois qu'il faut auſſi apporter ici une exception. Si la dot conſtituée par l'héritier inſtitué à ſes freres & ſœurs, eſt honnête ſuivant leur condition, & ſi elle remplit à-peu-près la légitime & l'augment ; car s'il y avoit une différence conſidérable, cette léſion ſeroit ſuffiſante pour donner droit à celui qui l'auroit ſoufferte, de demander ſa part dans l'augment, ou de revenir contre ſa quittance, & demander ſa légitime & ſa portion dans l'augment, en précomptant ce qu'il auroit reçu. C'eſt le ſentiment de M. Faber dans ſon code, *de ſec. nupt. def.* 15, où il dit qu'il n'eſt pas néceſſaire pour cela d'avoir recours au bénéfice de reſtitution : *Senatus ubi manifeſta urget æquitas, jus dicere, ſola facti veritate inſpecta & litium anfractus, quantum fieri poteſt excludere debet :* cette leçon eſt bonne aujourd'hui, où l'on prononce tant d'interlocutoires inutiles.

Il faut répondre à une petite objection que l'on pourra faire, que dans le reſſort du parlement de Paris, les filles qui ont renoncé par leur contrat de mariage ne ſont pas recevables à revenir contre leur renonciation, ſous prétexte de léſion.

14 Il faut diſtinguer quand la renonciation eſt faite à une ſucceſſion future, ou quand elle eſt faite à un droit échu : dans ce dernier cas, quand il y a une léſion conſidérable, l'on peut revenir. Je crois même qu'il faut diſtinguer quand la renonciation a été ſtipulée par les pere & mere, ou par l'un des deux, l'on doit préſumer qu'ils ont fait juſtice à leurs enfans, *præſumuntur bene conſulere pro liberis ;* mais cette préſomption ne milite pas pour le frere qui marie ſes ſœurs ; il doit leur donner au juſte, ou à-peu-près, tout ce qui leur appartient.

15 Mais toutes ces diſtinctions ne ſont néceſſaires que pour les renonciations, parce qu'el-

BIU Cujas

les ſont odieuſes & de droit étroit, comme le dit fort bien Faber, au même endroit : *conſtat autem renuntiationes ejuſmodi & odioſas eſſe, & ſtricti juris, nec in eas venire, niſi quatenùs verbis expreſſum eſt* : mais à l'égard de tous les autres actes contenant des diſpoſitions univerſelles, ils comprennent l'augment, ſans qu'il ſoit beſoin d'en faire aucune mention expreſſe.

1°. A l'égard des partages entre freres, quand l'un quitte à l'autre toutes ſes préten- 16
tions ſur la ſucceſſion du pere commun, je crois que la prétention pour raiſon de l'augment y eſt compriſe, quoiqu'il n'en ſoit fait aucune mention ; c'eſt le ſentiment de M. Expilly, ch. 14, par rapport au ſupplément de légitime, qui eſt encore plus favorable que l'augment.

2°. A l'égard des tranſactions, quand des freres tranſigent enſemble de leurs droits 17
dans la ſucceſſion de leur pere, & que l'un abandonne tous ſes droits à l'autre ; je crois pareillement que l'augment y eſt compris. L'on pourra dire que ſuivant les loix 24 & 31, *cod. de tranſact.* les tranſactions ne comprennent que les affaires ſur leſquelles elles ont été faites, & les choſes dont il y eſt fait mention ; mais cette déciſion n'eſt établie que ſur le fondement que les parties n'ont pas penſé aux choſes dont elles n'ont pas parlé ; ce qui ne convient pas à un enfans qui tranſige ſur la ſucceſſion de ſon pere, il eſt cenſé avoir tranſigé ſur tous les droits dépendans de cette ſucceſſion.

3°. Il faut dire la même choſe à l'égard des ceſſions & tranſports de droits ſucceſſifs 18
faits par l'un des enfans à un autre ; cela a été ainſi jugé par ſentence rendue au châtelet de Paris, le 8 avril 1702, entre le ſieur marquis de la Terriere & le ſieur abbé de la Terriere ſon frere. Après le décès de M. de la Terriere conſeiller d'état, pere commun des parties, il fut paſſé une tranſaction entre les deux freres, le 23 avril 1684, par laquelle le cadet céda & tranſporta à l'aîné, tous les droits à lui appartenans dans la ſucceſſion de ſon pere, moyennant la ſomme de 10000 livres, & une penſion viagere de 1000 liv. par an. Après le décès de la mere arrivé au mois d'avril 1693, les deux freres tranſigerent enſemble ſur ſa ſucceſſion. En 1701, le cadet prit des lettres contre ces deux tranſactions ; à l'égard de la premiere, il ſoutenoit qu'elle ne pouvoit pas comprendre ſa part dans l'augment pour deux raiſons. La premiere, qu'il n'en étoit pas fait une mention expreſſe. La ſeconde, que pendant la vie de la mere l'augment n'appartient point aux enfans, & qu'ainſi il ne pouvoit pas avoir tranſigé ſur un droit qui n'étoit pas encore échu : nonobſtant ces raiſons, il fut débouté de ſes lettres à cet égard. J'avois écrit au procès pour le ſieur marquis de la Terriere. Ayant trouvé la queſtion difficile, je conſultai Meſſieurs les avocats de Lyon où le contrat de mariage avoit été paſſé, (parce qu'alors M. de la Terriere pere étoit lieutenant général à Villefranche en Beaujolois ; enſuite il vint s'établir à Paris, où il fut maître des requêtes & conſeiller d'état) ils furent tous d'avis que l'augment n'étoit pas compris dans la ceſſion générale de tous les droits de la ſucceſſion du pere ; cependant le contraire fut jugé par la ſentence qui intervint, de laquelle le ſieur abbé de la Terriere ayant interjetté appel, les parties ſe ſont accommodées ſur les droits de la ſucceſſion de la mere, moyennant quoi il s'eſt déſiſté ſon appel.

4°. Quand après le décès du pere un des enfans eſt décédé, & qu'il inſtitue un héritier 19
univerſel, il lui tranſmet ſon droit dans l'augment, ſuivant le ch. 26 de la novelle 22, *reliquum verò venire in filii ſucceſſores, ſive fratres ſint, ſive extranei.* Ce mot *reliquum* doit s'entendre de ce qui reſte après que la mere a pris ce qui lui a été accordé par ſon contrat de mariage, *in caſum orbitatis*, comme l'explique fort bien M. Cujas dans ſon commentaire ſur cette novelle.

5°. Il faut dire la même choſe de la donation univerſelle, parce qu'un ſemblable do- 20
nateur eſt *loco hæredis* : l'auteur des maximes du parlement de Provence, pag. 370, à la fin, porte le même jugement de la donation univerſelle, que de l'inſtitution d'héritier.

Il reſte à répondre à une objection que l'on fait dans les pays de droit écrit. L'on dit que pour régler la portion virile de la mere dans l'augment, il faut conſidérer le nombre des enfans au jour du décès de la mere, & s'il n'en reſte point, l'augment entier appartient à la mere, & par conſéquent les enfans ne peuvent pas diſpoſer de leur portion pendant la vie de leur mere, puiſqu'elle eſt en ſuſpens.

Cette objection eſt détruite par Juſtinien lui-même dans le ch. 26 de la novelle 22, où 21
il décide que les enfans qui décedent avant leur mere, peuvent diſpoſer comme bon leur ſemble de leur part des gains nuptiaux, à la réſerve de la portion accordée à la mere par ſon contrat de mariage, *in caſum orbitatis.* M. Cujas, ſur ce ch. & ſur le ch. 3 de la novelle 2, ſoutient que les enfans peuvent diſpoſer de leur part dans la donation à cauſe des nôces, qui eſt la même choſe que l'augment. M. Ricard dans ſon traité des donations, ſur l'explication de l'édit des ſecondes nôces, chap. 9, gl. 6, n. 1378, fait mention d'un arrêt du mois d'aout 1672, par lequel il a été jugé que les enfans ſont

BIU Cujas

tellement propriétaires de leur part dans l'augment que l'aliénation par eux faite doit subsister au préjudice de la mere qui avoit survêcu à ses enfans.

22 Il y en a qui distinguent entre la mere qui demeure en viduité, & celle qui a passé en secondes nôces; à l'égard de la premiere, ils prétendent que les enfans ne peuvent disposer à son préjudice de leur part dans l'augment, à quelque titre que ce soit; à l'égard de l'autre, ils conviennent que la disposition est bonne. Je trouve cette distinction inutile: car la mere remariée ne peut jamais espérer aucune part dans l'augment; ainsi il n'est pas nécessaire que ses enfans en disposent pour l'en priver, puisqu'elle en est privée de droit; il faut plutôt dire que la mere qui n'est pas remariée succéde à l'augment de ses enfans qui meurent avant elle, & conjointement avec ses autres enfans, & pour le tout quand elle n'a point d'autres enfans: au lieu que celle qui est remariée n'y peut rien prétendre, à moins que ses enfans n'en disposent à son profit.

23 D'autres distinguent entre la disposition générale & la disposition expresse: dans le premier cas ils soutiennent que la disposition générale du fils ne prive point la mere qui est demeurée veuve de la part qu'avoit ce fils dans l'augment: dans le deuxiéme cas ils conviennent que quand le fils a disposé expressément de sa part dans l'augment, la mere ne peut pas la revendiquer.

24 Enfin d'autres distinguent, quand la disposition est faite au profit des autres freres ou de leurs enfans, ou quand elle est faite en faveur des étrangers. Dans le premier cas ils admettent l'effet de la disposition, même contre la mere. Dans le second cas ils prétendent que la disposition n'a point d'effet au préjudice de la mere. Pour moi j'estime qu'il faut porter le même jugement de la disposition universelle faite par un des enfans par rapport à la mere, que par rapport à ses autres freres & sœurs, puisque les freres & sœurs ont autant de droit dans l'augment que la mere, & que la portion de ceux qui décédent leur accroît à tous également: cependant je serois assez d'avis de n'admettre que la disposition expresse, tant à l'égard de la mere que des autres enfans, quand la disposition est faite au profit d'un étranger; *secùs*, quand elle est faite au profit d'un seul des enfans, à l'exclusion des autres, & au préjudice de la mere.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEpuis j'ai vu dans le recueil d'arrêts de M. Soefve, cent. 1, ch. 74, un arrêt du 12 janvier 1645, rendu entre M. de Seur, lieutenant général en la sénéchaussée de Lyon, & le sieur de Champanieu, dams lequel est rapporté le plaidoyer de M. Talon avocat général, qui établit que la portion de l'augment de ceux des enfans qui décédent doit accroître à leurs freres survivans à l'exclusion de leur mere. Cela est conforme à la novelle 22, ch. 21, § 1, où Justinien décide que la portion des enfans qui décédent passent à leurs enfans s'ils en ont, sinon qu'elle accroît à leurs freres, *defuncti portionem illius damus filiis, si hæredes sint patris: alioquin ad fratres deducimus.* Ce magistrat établit aussi que la mere ne succéde point à ses enfans dans leur portion de l'augment, à cause de l'édit des meres. Voyez ce qui sera dit ci après sur la question 40 du livre 6.

M. Ricard, dans son commentaire sur l'édit des secondes nôces, gl. 6, nomb. 1318, dit bien positivement qu'il a été jugé que les enfans en pays de droit écrit, sont tellement propriétaires de leur part dans l'augment, que l'ayant aliéné l'aliénation subsiste au préjudice de la mere survivante. L'arrêt fut rendu après un partage entre M. Tambonneau rapporteur, & M. Du Laurent compartiteur; mais il ne dit pas que dans l'espece de cet arrêt la mere étoit remariée; ce qui change l'espece entierement. Cet arrêt est rapporté dans le journal des audiences, tom. 1, part. 2, question 1, où la question est bien traitée.

M. Catelan, dans ses arrêts, tom. 2, liv. 4, ch. 54, traite cette question *in utramque partem* fort solidement. Il se détermine pour le parti qui tient que la virile de la mere se régle par le nombre des enfans vivans au jour de son décès; d'où il conclut, que la propriété des enfans dans l'augment du jour du décès de leur pere est incertaine, suspendue, & nullement absolue. Pour confirmer son avis, il rapporte un arrêt rendu en la premiere des enquêtes, le 24 mars 1665, qu'il dit l'avoir ainsi jugé dans la cause du nommé Cholet, qui depuis la mort de son pere, & pendant la vie de sa mere, avoit été condamné à mort par contumace, en une amende, & aux dépens envers le nommé Coste, lequel après la mort de la mere, ayant demandé la portion de l'augment qui avoit appartenue à son débiteur, il en fut débouté, à cause que Cholet étoit réputé mort avant sa mere, & qu'ainsi il n'avoit aucune part dans l'augment.

Il est aisé de voir que cet arrêt ne doit pas passer pour un préjugé formel; car il a été rendu dans une espece qui n'étoit pas favorable.

BIU Cujas

M. Stockmans, conseiller au conseil souverain du Brabant, décis. 25, traite la question. Il la trouve difficile; néanmoins il se détermine à dire que les enfans sont absolument propriétaires de la part des gains nuptiaux, & qu'ils en peuvent disposer librement.

DES RENONCIATIONS DES FILLES,
Et de leur révocation.

QUESTION CENT-VINGTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Espece de la question, si la renonciation d'une fille détruit l'institution faite de sa personne pour moitié par le testament de son pere, antérieur à son mariage.*
2. *Raisons pour établir que l'institution est révoquée.*
3. *Raisons pour établir le contraire.*
4. *Avis & raisons de l'auteur, pour établir que l'institution doit subsister nonobstant la renonciation.*
5. *En ce cas, la fille est obligée de rapporter sa dot.*

QUESTION CXX.

Si par la dotation d'une fille, & la renonciation que le pere en tire, l'institution d'héritiere par moitié auparavant par lui faite, est censée révoquée à l'égard de cette fille.

1 JEAN Chaffat Grellier, par testament du 28 juin 1648, institue héritieres par moitié & égales portions ses deux filles, Jeanne & Catherine. Quelque tems après il marie Jeanne, & lui fait une constitution, moyennant laquelle il lui fait renoncer à sa succession future. Etant le pere après décédé sans avoir fait d'autre disposition, on a demandé si nonobstant la constitution & renonciation, Jeanne se peut prévaloir de l'institution portée par le testament du pere, puisque n'en ayant point fait d'autre, il subsiste; ou si cette institution est censée révoquée à son égard.

2 On peut dire, d'une part, que le pere en mariant ladite Jeanne, ne s'étant pas contenté de lui faire une constitution en avancement d'hoirie; mais ayant encore tiré d'elle une quittance & renonciation expresse, l'ayant fait réitérer & confirmer lors du payement, il a témoigné par-là que son intention étoit de l'exclure de sa succession. Qu'il vouloit qu'elle n'eût que cela, qu'elle s'en contentât, & par conséquent que c'est une révocation du moins tacite, *& per consequentias*, de l'institution portée par le testament à l'égard de ladite Jeanne: que par ce moyen toute l'hoirie appartient à l'autre par droit d'accroissement, suivant les regles de droit: qu'étant cette aînée exclusе par sa renonciation, son institution est comme caduque, & que c'est la même chose que si elle étoit prédécédée. Enfin on peut dire que Jeanne ne pouvant succéder, au moyen de sa renonciation qui lui fait obstacle & la met hors la famille, l'autre demeure seule héritiere, soit en vertu du testament, soit *ab intestat*.

3 Mais Jeanne, au contraire, peut soutenir que si la fille qui a renoncé moyennant sa dot & constitution est exclusе de la succession du pere, ce n'est pas absolument & indéfiniment: que ce n'est que sous condition, & en tant que le pere le veuille & persévere en cette volonté: que c'est une condition tacite, & qui est inhérente en toutes les renonciations des filles: par conséquent, que le pere, qui par son testament l'avoit instituée pour une moitié, n'ayant pas révoqué cette institution, on doit avouer que bien loin qu'il ait entendu que la renonciation que Jeanne avoit faite, eût son effet, au contraire en ce qu'il n'avoit point fait d'autre testament, il avoit voulu par-là rappeller sa fille.

Qu'autrement il auroit fait une autre disposition, & changé l'institution d'héritiere: que tout ainsi qu'en la loi *conficiuntur*, § 1, *ff. de jure codicillor.* il est dit que le pere de famille ne testant point, *creditur sponte suâ relinquere legitimam hæreditatem* à ceux qui lui doivent succéder; qu'il est censé leur donner ce qu'il leur pouvoit ôter, & que c'est de sa libéralité qu'ils le tiennent: on peut aussi dire, & avec plus de raison, que le pere n'ayant pas voulu faire un autre testament, il a par-là confirmé le sien, & l'institution d'héritier y contenue. Qu'étant donc l'institution indivisible, & subsistant en son entier, la succession devoit être partagée.

C'est ce que nous avons jugé plus soutenable, & 4
c'est le parti que nous avons voulu prendre; parce que, pour révoquer un testament & l'institution qu'il contient, il faut un autre testament, ou du moins un acte formel. Car il n'en est pas des institutions d'héritier comme des légats, & elles ne se reglent pas de la même sorte. Tout ainsi que les légats *tacitè & quasi nutu dari possunt*; tout ainsi que pour eux il ne faut que *nuda voluntas*, on les peut aussi retrancher & ôter *nudâ voluntate*, ainsi qu'il est dit *in l. 3, in fine, ff. de adimend. legatis.*

Mais comme l'institution d'héritier doit être expresse, la révocation d'icelle ne peut pas être tacite & conjecturale, *quibus modis res contrahuntur, iisdem dissolvuntur.* C'est une différence qui est tirée de la loi *ex parte*, au même titre *de adimend. legatis.* En l'espece de cette loi, le testateur ayant fait deux héritiers, avoit fait un prélégat à l'un d'eux; depuis y ayant eu de grandes inimitiés entre le testateur & ce cohéritier prélégataire, le testateur avoit voulu faire autre testament; mais l'ayant commencé, il n'avoit pas pu le parachever. Sur quoi le jurisconsulte demande si cela pouvoit tenir lieu de révocation, & il décide que non, pour l'institution d'héritier; mais bien pour le légat, suivant ce qui est dit en la loi 3, sur la fin du même titre.

C'est pourquoi l'on ne peut pas alléguer à ce sujet

BIU Cujas

la loi *filia legatorum, C. de legat.* Car ſi par cette loi il eſt dit que le pere ayant conſtitué à ſa fille, en la mariant, ce qu'il lui avoit légué par un teſtament précédent, eſt cenſé avoir accompli ſon intention, & révoqué le teſtament, c'eſt en premier lieu, parce qu'il eſt plus facile, comme l'on dit, de révoquer un légat, qu'une inſtitution d'héritier. En ſecond lieu, c'eſt parce que *ibi non dicitur legatum ademptum, ſed potiùs ſolutum*, ainſi que l'a remarqué le cardinal Mantica, *lib.* 12, *tit.* 6, *num.* 18 *de conjecturis ultimar. volunt.* Et cela ſe préſume de ce que le pere a conſtitué la même ſomme qu'il avoit légué.

Auſſi ſi la conſtitution étoit de moindre ſomme, la plus commune opinion des interprétes, ſur ladite loi *filia, C. de legat.* eſt, que comme le payement ne ſeroit que d'une partie, le légat ſubſiſteroit pour le ſurplus, ainſi, qu'après Oldrade, le tient *Fachineus, lib.* 5 *controverſiar. cap.* 55. D'où l'on peut tirer cette conſéquence, que la conſtitution que le pere a fait à ſa fille, ne répondant pas à la moitié de la ſucceſſion du pere & ne l'ayant qu'effleurée, l'inſtitution doit ſubſiſter pour le ſurplus : qu'elle n'eſt point cenſée révoquée, puiſque le pere ne l'a point changée, & qu'il a voulu décéder avec ce teſtament.

A quoi l'on peut ajoûter que s'il avoit fait renoncer ſa fille, c'eſt parce qu'il vouloit qu'il dépendît de lui de l'exclure, ou de la rappeller, de faire un autre teſtament, ou d'en demeurer aux termes de celui qu'il avoit fait. C'eſt parce qu'il ne pouvoit pas juger avec certitude de l'avenir, & qu'il pouvoit auſſi-tôt déchéoir de biens, qu'en acquérir d'avantage; & qu'il vouloit auſſi obliger par-là ſa fille de lui porter plus de reſpect. N'ayant donc tiré cette renonciation que pour avoir la liberté plus grande de changer ſon teſtament, s'il le jugeoit à propos, & ne l'ayant pas fait, c'eſt une conſéquence que l'inſtitution doit demeurer en ſa force.

Au reſte, cela ſuppoſé, il ne faut pas douter que la fille ſuccédant, nonobſtant ſa renonciation, elle ne ſoit obligée de rapporter ſa conſtitution; car outre qu'elle ne peut avoir été faite qu'en avancement d'hoirie, & qu'il faut préſumer que c'eſt ſur ſa moitié que le pere a entendu prendre par anticipation ce qu'il a conſtitué, l'égalité requiſe entre les ſœurs oblige l'aînée à ce rapport. 5

Nous n'avons pas appris que la queſtion ait été jugée, ni vu aucun auteur qui la traite, au moins qu'il nous en ſouvienne.

Depuis nous avons trouvé que *Molina*, au traité qu'il a fait *de Hiſpanorum primogeniis, cap.* 9 *libri primi*, fait la même diſtinction que nous avons remarquée, & tient que *hæredis inſtitutio non revocatur ut legatum ex cauſa inimicitiæ, etiamſi ex culpa hæredis proceſſerit.* Il cite pour cela la gloſe ſur la loi 3, *ff. de adimend. legat. & Ripam, in repetitione legis finalis, C. de revocand. donationib. quæſtio* 46, *num.* 154.

Nous ajouterons, pour confirmer notre ſentiment, ce que *Fachineus, lib.* 2 *controverſiar. juris, cap.* 55, dit ſur ce ſujet, & en interprêtation de la loi préalléguée *filia, Cod. de legatis*, ſçavoir, que le pere, par ſon teſtament, a légué deux cens écus à ſa fille pour ſa dot & conſtitution, & qu'après, il la marie & ne lui conſtitue en dot que cent écus, quoiqu'il l'oblige de s'en contenter; elle peut pourtant ſe faire payer du ſurplus, par cette raiſon, que comme lui ayant conſtitué la même ſomme que celle du légat, il ſeroit cenſé s'en être acquitté : auſſi, ne lui en ayant donné qu'une partie, & n'ayant point changé ſon teſtament, il eſt cenſé ne l'avoir point voulu révoquer pour cette portion qui reſte à payer.

Fait à ce ſujet la loi 3, *ff. de jure codicillorum*, où il eſt dit que celui qui peut teſter, ne teſtant point, c'eſt la même choſe que ſi ceux qui lui ſuccedent avoient été héritiers inſtitués par ſon teſtament. Il en faut autant dire de celui qui pouvant changer ſon teſtament, ne le change pas.

OBSERVATIONS.

Si la renonciation faite par une fille dans ſon contrat de mariage, révoque l'inſtitution faite en ſa faveur par le teſtament de ſon pere.

DAns cette queſtion, l'auteur propoſe une eſpece aſſez ſinguliere, laquelle néanmoins peut ſe préſenter ſouvent en pays de droit écrit. Un pere fait ſon teſtament, par lequel il inſtitue ſes deux filles héritieres pour moitié; enſuite il marie l'aînée, & par ſon contrat de mariage il la fait renoncer à ſa ſucceſſion, moyennant une dot modique qui n'approche pas de la moitié de ſes biens. Dans la ſuite il décéde ſans faire d'autre diſpoſition : la fille puînée prétend être ſeule héritiere au moyen de la renonciation de ſa ſœur. Il eſt donc queſtion de ſavoir ſi la renonciation de l'aînée eſt capable de révoquer l'inſtitution faite de ſa perſonne pour moitié, par le teſtament de ſon pere fait avant ſon mariage : je dis avant ſon mariage, car s'il étoit fait après, il n'y auroit aucune difficulté; étant certain que les parens peuvent rappeller à leur ſucceſſion leurs filles qui ont renoncé, & les inſtituer héritieres au préjudice de leurs autres enfans qui n'ont pas renoncé, comme je l'ai remarqué ſur la queſtion 11 de ce livre 4.

Mais quoique le teſtament eut été fait avant le mariage, il ſubſiſte toujours; parce que pour révoquer une inſtitution d'héritier, il faut une révocation expreſſe, & la renonciation de la fille n'eſt pas ſuffiſante, comme l'établit fort bien l'auteur. J'ajouterai ſeulement que la différence du tems du teſtament avant ou après le mariage eſt inutile; parce que les teſtamens n'ont d'effet ni de date que du jour du décès du teſtateur.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

L'Auteur cite Fachin, qui établit que ſi la conſtitution de dot faite par le pere à ſa fille, eſt moindre que le legs qu'il lui avoit fait par ſon teſtament antérieur à la conſtitution, la fille eſt en droit de demander le ſurplus. Il faut y ajouter Cujas, dans ſon commentaire ſur la loi *Lucius Titius* 22, *de leg.* 20, vers la fin, où il établit fort

BIU Cujas

bien cette propoſition, *qui ſolvit partem legati, quod reliquit, non videtur minuere legatum.* Godefroy, dans ſes notes ſur la même loi eſt auſſi du même ſentiment, *partis executio, partis alterius executionem non fallit.*

Mais pour appliquer ces autorités à la queſtion dont parle l'auteur, il faut établir trois principes.

Le premier, que quand un pere par ſon teſtament a fait un legs à ſa fille, ſi dans la ſuite il la marie, & lui donne en dot la même ſomme, le legs demeure révoqué, ſuivant la loi *filia 11, cod. de leg. filia legatorum non habet actionem, ſi ea quæ ei in teſtamento reliquit, vivus pater poſtea in dotem dederit.*

La raiſon que les docteurs donnent de cette déciſion, eſt que les legs peuvent être payés par le teſtateur de ſon vivant, ainſi que cela eſt décidé dans la loi *Lucius Titius 22, de leg. 20,* & dans la loi *Seïa 6, de aur. & arg.*

Le ſecond principe eſt tiré de cette même loi *Lucius Titius*, dans laquelle le juriſconſulte Celſus, après avoir dit que ſi le teſtateur a donné pendant ſa vie au légataire le prix de la choſe léguée, après la mort du teſtateur le légataire ne peut plus rien demander. Il ajoute, que ſi le teſtateur n'a payé qu'une partie du legs, le légataire après le décès du teſtateur, peut demander le ſurplus; ſi ce n'eſt que l'héritier prouve, que l'intention du teſtateur a été de révoquer le ſurplus. *Quod ſi non totum prætium militiæ, ſed partem vivus teſtator legatario dedit, reliqui ſupereſſe exactionem, niſi hæres ab hoc deceſſiſſe teſtatorem oſtenderit. Onus verò probandi mutatam eſſe defuncti voluntatem, ad eum pertinet, qui fideicommiſſum recuſat.* C'eſt pourquoi Cujas ſur cette loi, dit que la préſomption eſt pour le légataire, *præſumptio facit pro legatario.*

Le troiſiéme principe eſt fondé ſur la loi 1, *pro hærede*, où il eſt dit, *pro hærede ex vivi bonis nihil uſucapi poteſt.*

Cujas & Godefroy, ſur cette loi, diſent qu'il y a de la différence entre le legs & l'hérédité: le legs peut être acquitté pendant la vie du teſtateur, mais l'hérédité ne peut point être transférée pendant la vie du teſtateur, *legata vivo teſtatore præſtari poſſunt, hæreditas autem vivo teſtatore adquiri non poteſt.* De ce principe il réſulte que la conſtitution de dot faite par un pere à ſa fille, ne change point l'inſtitution par lui faite de la perſonne de cette fille par un teſtament précédent.

De ces principes je tire une autre conſéquence, que quiconque ſait bien les principes du droit, n'a pas beſoin pour décider les queſtions qui ſe préſentent, d'avoir recours aux docteurs. Cependant notre auteur, quoiqu'il ſçut parfaitement les principes du droit, a recours ici à pluſieurs docteurs étrangers, qui ne diſent rien de précis pour la déciſion de la queſtion, il n'y a que Fachin qui en approche: mais il s'amuſe à examiner les différentes opinions des docteurs, au lieu de conſulter les loix. C'eſt le défaut de tous les docteurs Ultramontains, & même des auteurs des parlemens de droit écrit: ce défaut eſt ſenſible dans Deſpeiſſes; il cite preſque toujours les docteurs préférablement aux loix.

DES RENONCIATIONS DES FILLES,

Dans la coutume d'Auvergne.

QUESTION CENT-VINGT-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans la coutume d'Auvergne, la fille dotée eſt excluſe de toutes ſucceſſions.*
2. *Quel avantage l'on peut faire aux filles mariées & dotées.*
3. *Du Moulin eſtime qu'elles peuvent être rappellées par forme de legs.*
4. *Avis de l'auteur, que les donations faites à la fille par les collatéraux, ſont valables, quand même elles ſeroient univerſelles.*
5. *Opinion de Baſmaiſon, que la fille qui a renoncé peut être inſtituée héritiere.*
6. *Opinion de Beſſian, que l'on peut donner à la fille qui a renoncé autant qu'à un étranger.*
7. *Avis de l'auteur, touchant la donation univerſelle.*
8. *Eſpece de la queſtion ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
9. *Arrêt du 5 juin 1650, qui déclare nulle*

BIU Cujas

l'inſtitution faite par une mere au profit de ſa fille qui avoit renoncé.

10. *Dans les pays de droit écrit, il eſt permis de diſpoſer au profit des filles qui ont renoncé, comme à l'égard des autres enfans.*

QUESTION CXXI.

Si en la coutume d'Auvergne, & autres ſemblables, on peut faire donation du tout ou de partie, à la fille qui a renoncé, & explication des articles 26, 27, & ſubſéquens de ladite coutume d'Auvergne, titre 12.

1 EN cette coutume, & en pluſieurs autres, la fille mariée & dotée eſt excluſe de toutes ſucceſſions directes & collatérales, tant en conſéquence de l'art. 26 & de l'excluſion coutumiere, que de la renonciation expreſſe que la fille a faite par ſon contrat de mariage. On demande ſi nonobſtant cette renonciation, un frere ou un oncle qui n'a point d'enfans, & par conſéquent, eſt maître plus libre de ſes biens, peut donner à cette fille excluſe de lui ſuccéder, ou tous ſes biens, ou partie d'iceux, par donation entre-vifs.

Par la même coutume d'Auvergne, le pere & autres aſcendans peuvent bien, en mariant leur fille, lui réſerver le droit de leur ſuccéder, & à ſes autres parens; & il dépend d'eux de reſtreindre cette réſerve, & de la faire en tout, ou en partie, parce que, par convenance expreſſe, on peut déroger à la coutume, & la coutume le permet elle-même.

Mais au défaut de cette réſerve, il eſt dit en l'article 29 du titre des ſucceſſions, que la fille ne peut être rappellée à aucun eſpoir de droit ſucceſſif, au préjudice des mâles & leurs deſcendans, ſans leur conſentement. Toutefois, dit l'article ſuivant, il n'eſt prohibé aux peres, meres & parens collatéraux de lui donner, léguer, ou diſpoſer à ſon profit de leurs biens, autrement que par réſervation de l'eſpoir du droit ſucceſſif.

Il s'agit donc de l'explication de cet article : car comme la renonciation des filles n'a lieu qu'en cas
2 que le pere décede ſans avoir diſpoſé, & pour la ſucceſſion *ab inteſtat*; la difficulté ne conſiſte qu'à ſçavoir quel avantage le pere ou un parent collatéral peut faire à cette fille qui a renoncé : s'il la peut inſtituer héritiere; pour la portion de laquelle il peut diſpoſer par teſtament, & s'il lui peut faire donation entre-vifs de tous ſes biens, ou de partie d'iceux.

Sur quoi il faut remarquer, qu'encore que la coutume & autres conformes défendent expreſſément le rappel, néanmoins les arrêts ont jugé ſuivant la doctrine de maître Charles du Moulin, que ce rappel étant fait, il ne laiſſe pas de valoir par forme de
3 legs, & à concurrence de ce que le teſtateur a pu léguer. C'eſt-à-dire, qu'ayant fait plus qu'il ne pouvoit, ſa diſpoſition n'eſt pas abſolument nulle, mais ſeulement réductible, & la fille rappellée n'eſt pas excluſe *à toto, ſed à tanto*. Ce qui a été amplement traité par Brodeau, ſur monſieur Loüet, en la lettre R, nombre 9, & par Lhoſte, ſur l'article 8 de la coutume de Montargis, titre des droits des ſucceſſions.

Mais pour venir à la queſtion propoſée, quelque interprétation que le ſieur Bouvot, qui a commenté la coutume de Bourguogne, & recueilli les arrêts du parlement de Dijon, ait voulu donner à l'article 30 du titre des ſucceſſions de la coutume d'Auvergne,
4 nous avons répondu que la donation entre-vifs, faite à une fille qui avoit renoncé, par un parent collatéral, d'une partie de ſes biens, étoit bonne & valable.

C'eſt parce qu'à bien prendre le ſens de la coutume, aux articles cottés, ſon intention n'eſt que de faire que les filles mariées, & qui ont renoncé, ſoient excluſes de ſuccéder *ab inteſtat*, & qu'elles ne puiſſent pas être appellées à ce droit ſucceſſif, au préjudice des mâles. Mais la coutume, en défendant ce rappel, pour la ſucceſſion *ab inteſtat*, n'a pas entendu ôter aux aſcendans & parens collatéraux le pouvoir de diſpoſer au profit des filles. Elle s'eſt aſſez expliquée pour cela audit article 30, par lequel il n'eſt prohibé aux peres, meres & parens collatéraux de donner, léguer ou diſpoſer au profit de la fille de leurs biens, autrement que par réſerve du droit ſucceſſif.

C'eſt une exception & limitation aux articles précédens; & par cette exception la coutume a fait connoître qu'elle n'entendoit pourvoir qu'à la ſucceſſion *ab inteſtat*. D'où s'enſuit qu'on peut donner à une fille mariée & forcloſe, & qu'on peut diſpoſer à ſon profit par quelque diſpoſition que ce ſoit, générale ou particuliere. La coutume ne diſtingue pas, & partant, il ne faut pas diſtinguer. Elle parle *indefinitè*, & donnant pouvoir aux parens de diſpoſer de leurs biens au profit de la fille qui eſt excluſe, cela ſe doit étendre à tout ce que la même coutume leur permet de donner ou de léguer. Quoiquelle ne diſe pas *de tous leurs biens*, cela doit être entendu s'ils en ont d'ailleurs le pouvoir. C'eſt parce qu'elle ne dit pas auſſi *d'une partie*, & que ce droit, *indefinitum æquipollet univerſali*. Si la coutume avoit entendu reſtreindre ce pouvoir, & le limiter à quelque portion, elle l'auroit dit; c'eſt pourquoi c'eſt une limitation qu'on ne peut pas faire.

Et comme chacun eſt préſumé être ſçavant en
5 ſa coutume, ſur-tout celui qui l'a commentée, auſſi ſuffit-il de confirmer cette réſolution par ce qu'en a dit Baſmaiſon, en ſa paraphraſe, où il dit que ſi la fille excluſe par la coutume ou par ſa renonciation, eſt inſtituée héritiere, elle doit avoir le quart des biens, & que juſqu'à ce quart, l'inſtitution ſubſiſte par forme de légat, ſuivant la coutume. Bref, que telle inſtitution n'eſt pas un rappel à droit ſucceſſif, mais un ſimple légat, l'héritier inſtitué n'étant en effet cenſé que légataire. Ce qu'il confirme par un arrêt ſolemnel de l'an 1577, & conclut, que la coutume permettant de *donner*, *léguer* & *diſpoſer*, ce ſont trois mots ſignificatifs de toute eſpece de libéralité que les peres, meres & parens collatéraux peuvent exercer envers la fille mariée, ſoit entre-vifs, ou à cauſe de mort, tout ainſi qu'envers toute autre perſonne.

Beſſian, autre commentateur de la même coutu-
6 me d'Auvergne, l'explique de la même ſorte; car ſur l'art. 29, il dit, qu'encore qu'on ne puiſſe rappeller la fille à la ſucceſſion, ſans le conſentement des mâles, on lui peut bien donner ou léguer comme à un étranger par contrat de mariage ou aſſociation: & s'il ajoûte, juſqu'à la quatrieme partie des biens, il faut croire qu'en ce point, il a voulu ſe reſtreindre à la ſucceſſion *ab inteſtat*, & parler d'une diſpoſition teſtamentaire; car autrement ce ne ſeroit pas lui donner comme à un étranger, puiſqu'on lui pourroit donner le tout par donation entre-vifs. Et c'eſt en vain que cet auteur auroit parlé de contrat de mariage ou d'aſſociation, s'il n'avoit entendu étendre

ce

BIU Cujas

ce pouvoir de disposer qu'au quart des biens.

Et c'est en vain que ledit sieur Bouvot veut faire distinction entre donner un fonds particulier, ou le tiers ou quart des biens. Car si la coutume permet de donner, c'est sans condition ni limitation, & il est indifférent que ce soit à titre d'hoirie, ou à titre d'institution; d'autant qu'en la France coutumiere, & même en la coutume d'Auvergne, article 40 du même titre, l'héritier testamentaire n'est réputé que légataire, & les testamens n'y ont force que de codiciles.

7 Il est vrai qu'il pourroit y avoir plus de doute pour une donation de tous biens. Car comme le donataire universel est *loco hæredis*, & qu'il est censé héritier, on peut dire, que faire une donation de tous biens à la fille qui a renoncé, c'est en quelque façon la rappeller à la succession. Mais, comme il a été dit ci-devant, la coutume n'a songé qu'au rappel formel, & qu'à le prohiber; comme elle n'empêche pas qu'on ne puisse se dépouiller & donner à la fille ce qu'on pourroit donner à un étranger, cela se pourroit entendre aussi-bien d'une donation universelle, & de tous biens, que d'une partie; quoique la question, comme l'on dit, soit en ce cas plus douteuse, la donation universelle tenant lieu de rappel.

Le lecteur suspendra pourtant son jugement, puisqu'il a été jugé au contraire en l'espece que nous allons proposer.

8 Jacquette Desplats ayant été mariée, ses pere & mere vivans, renonce par son contrat de mariage, & au desir de la coutume, à toutes successions directes & collatérales. Depuis, Gilberte Vialette sa mere, par son testament, l'ayant instituée son héritiere par moitié, avec maître Estienne Desplats son frere, on a disputé si cette institution pouvoit valoir pour le quart de la succession.

La sœur pouvoit soutenir que cette institution n'étoit pas un rappel formel, & qu'elle ne devoit tenir lieu que d'un légat, & par conséquent, devoit subsister pour la portion que la défunte auroit pu léguer, cette institution réductible au quart n'étant en effet qu'un véritable légat. La sœur pouvoit donc employer les mêmes raisons que nous avons touchées, & qu'il n'est pas nécessaire de reprendre. En un mot, elle se fonde sur les articles 16, 30, 40 & 41 du titre des successions, qu'elle disoit faire pour elle, étant ajustés ensemble.

Le frere, au contraire, employoit l'article 25 du même titre, & l'article 29 qui défend absolument, & en termes négatifs, de rappeller une fille exclue par la coutume & par sa renonciation. Que si par l'article 30, il est dit qu'il n'est prohibé aux peres & meres, ni aux parens collatéraux, de lui donner, léguer, ou disposer à son profit de leurs biens; c'est avec cette restriction & condition, autrement que par réservation d'espoir de droit successif. Le frere soutenoit donc que ces termes restraignoient la permission de donner & léguer à la fille, ainsi forclose de toute succession, à quelques légers avantages, à de simples dons & légats de choses particulieres & modiques, & par conséquent, qu'ils devoient être exclusifs de toute institution d'héritier, & de toute disposition qui emporte ce dont on peut tant seulement disposer.

Que c'est en vain qu'on vouloit, d'une institution d'héritier, en faire un légat, & d'un héritier, un légataire; car il falloit faire différence entre un légataire de quote, & le légataire d'une somme ou d'un héritage, par ce qu'il est certain que de droit, *legatarius quotæ est hæres*, suivant la loi 13, *Cod. de hæredib. instituend.* ou l'empereur Justinien fait distinction de ceux qu'on institue *ex certa re, vel ex certis rebus, qui legatariorum loco habentur*, d'avec ceux qui sont institués *ex parte vel sine parte*, & censés vrais héritiers.

Que même, selon la coutume, le légataire du quart devoit être tenu & réputé pour héritier ou cohéritier, puisqu'elle le charge en l'article 41 du titre des successions & testamens, de tous autres légats, & de la quarte partie des dettes & frais funéraires, qui sont charges qui ne peuvent convenir qu'à un vrai héritier. Qu'en effet, la mere les ayant institués héritiers par moitié, avoit assez témoigné par-là que son intention étoit de rappeller sa fille à sa succession, & de faire en sorte que moyennant le quart d'icelle, & sa dot, elle amendât de ses biens, autant ou plus que le frere. Ce qu'elle n'avoit pu faire au préjudice de l'exclusion coutumiere, & d'une renonciation expresse, faite au profit du frere.

Lequel ajoûtoit que son droit étoit d'autant plus favorable, qu'il n'étoit pas seulement héritier *ab intestat*, mais encore héritier conventionnel, tel institué par son contrat de mariage, & en faveur d'icelui. D'autant que par l'artitle 31 du titre des donations, dots & mariages de la même coutume, il est dit en termes formels, que celui qui a fait un héritier en faveur des mariés, ou de leurs descendans, ne peut faire autre héritier par testament, ou autre contrat subséquent, quel qu'il soit, au préjudice de l'héritier ou héritiers institués par ledit contrat de mariage.

Que cela étant ainsi décidé par un terme négatif, par un *ne peut*, qui est exclusif de toute puissance, fait obstacle à toutes dispositions contraires, & les rend entiérement nulles. Que c'est en effet la doctrine commune des interprêtes, & même de maître Charles du Moulin, lequel, sur ledit art. 31, qui défend de faire un héritier, au préjudice de l'héritier institué par contrat de mariage, étend plutôt cette prohibition, qu'il ne la restraint. Il dit donc qu'on ne peut faire *etiam coheredem particularem, sed tantùm donatarium & legatarium certæ rei.* Ce qu'il confirme sur l'art. 222 de la coutume de Bourbonnois, entiérement conforme en ce point à celle d'Auvergne, où il dit qu'il est seulement permis, *quædam particularia legare.*

Que quand même la mere auroit pu léguer le quart, au préjudice de l'institution contractuelle, & pour la détruire en partie, toutefois ne l'ayant pas fait, & au lieu d'un légat qu'elle auroit pu faire de quelque chose, ayant fait une institution d'héritier, ce qu'elle n'a pu, il faut dire d'elle, que *quod voluit non potuit, quod potuit noluit*, qu'elle a fait ce qu'elle ne pouvoit pas, & n'a pas fait ce qu'elle pouvoit.

Sur le conflit de ces raisons, le frere gagna sa cause, & la sœur fut entiérement exclue de la succession. Nous estimons que c'est plutôt par la force du second moyen que du premier. Car il semble que quand l'institution seroit un rappel, il devroit toujours valoir par forme de légat, suivant les arrêts cottés par messieurs Loüet & Brodeau. Mais la coutume défendant expressément de faire un autre héritier, au préjudice de l'héritier conventionnel, l'institution n'est pas en ce cas valable; & puisque la coutume dit, par testament ou autre contrat, cette prohibition ne se peut entendre que de l'institution d'héritier pour le quart, dont on peut seulement tester.

Et n'importe que par l'article 44 du titre des successions, il soit dit que l'héritier *ab intestat* ou conventionnel n'auroit que les trois quarts, l'autre quart demeurant aux légataires. D'autant qu'en cet article la coutume ne parle pas du quart légué à une seule personne, & moins de l'institution d'héritier au préjudice de l'héritier conventionnel; mais seulement lorsque cet héritier conventionnel est encore institué héritier par testament, & qu'il y a plusieurs

BIU Cujas

gataires, auxquels il faut qu'il abandonne ce quart; ſinon, qu'iceux payés, il y eût encore un revenant-bon dudit quart, lequel réſidu l'article 45 attribue audit héritier conventionnel.

Extrait des regiſtres du parlement.

9 Entre maître Jacques Goyt, conſeiller du roi au bailliage de Montferrand, & damoiſelle Jacquette Deſplats ſa femme, demandeurs aux fins d'une commiſſion par eux obtenue en chancellerie le 21 octobre 1648, d'une part, & maître Eſtienne Deſplats, conſeiller du roi en la ſénéchauſſée d'Auvergne & ſiége préſidial de Riom, défendeur, d'autre: Et entre ledit Deſplats, demandeur ſuivant ſa demande incidente, portée par ſes défenſes du 17 juin 1649, d'une part; & leſdits Goyt & ſa femme, défendeurs, d'autre. Vû par la cour ladite commiſſion dudit jour 21 octobre 1648: à ce que ledit Deſplats ſoit condamné faire délivrance auxdits demandeurs du quart de la ſucceſſion de Gilberte Vialette, mere de ladite Jacquette Deſplats, avec reſtitution des fruits depuis qu'il eſt entré en jouiſſance, dépens, dommages, intérets. Défenſes dudit Deſplats dudit jour 17 juin, contenant la demande incidente, à ce que l'inſtitution d'héritier de ladite Vialette à ſon profit, contenue en ſon contrat de mariage, du premier février 1636, & ratification d'icelui ſoit exécutée; en ce faiſant, ledit Deſplats maintenu en tous les biens de ladite ſucceſſion, nonobſtant le prétendu teſtament du 15 avril enſuivant, avec défenſes auxdits demandeurs de le troubler, avec condamnation de dépens. Répliques ſervant de défenſes à ladite demande incidente: appointement en droit des 30 juin 1649, & 31 janvier dernier: production deſdites parties ſur leſdites demandes: contredits dudit Deſplats & deſdits demandeurs, par requête du 6 mars enſuivant, ſuivant l'arrêt du 14 août audit an 1649: deux productions nouvelles deſdits demandeurs, & une deſdits Deſplats: requêtes des 30 avril & 30 mai, reſpectivement employées pour contredits contre icelles; & tout conſidéré: Dit a été, que ladite cour, ſur la demande deſdits Goyt & Jacquette Deſplats ſa femme, a mis & met les parties hors de cour & de procès; & en conſéquence, a maintenu & gardé ledit Eſtienne Deſplats en la poſſeſſion & jouiſſance des biens à lui délaiſſés par ladite Vialette défunte, ſuivant le contrat de mariage dudit Deſplats, & de damoiſelle Marie de Murat ſa femme, du premier fevrier 1636, ratifié par icelle défunte Vialette; ſans dépens, dommages & intérêts de part & d'autre. Prononcé le 3 jour de juin 1650.

Cet arrêt a été rendu au rapport de monſieur Creſpin.

OBSERVATIONS.

L'Auteur rapporte ici un arrêt qui a jugé dans la coutume d'Auvergne, qu'il n'eſt pas permis de diſpoſer à titre d'inſtitution au profit de la fille qui a renoncé, ſur-tout quand la diſpoſition eſt faite au préjudice du fils, inſtitué par ſon contrat de mariage. Notre auteur eſtime, que ſi le frere n'avoit pas été inſtitué contractuellement, l'inſtitution de la ſœur auroit été bonne juſqu'à concurrence du quart, dont la coutume permet de diſpoſer: il a parlé dans le livre 6, queſt. 22, 23 & 24, des renonciations des filles dans la coutume d'Auvergne, ſur leſquelles j'ai rapporté les auteurs qui en parlent.

A l'égard des queſtions en général des renonciations des filles, l'auteur en parle dans la queſtion 106 de ce livre 4, où j'ai fait pluſieurs obſervations, que le lecteur aura la
10 bonté de voir. Je remarquerai ſeulement ici que la prohibition de diſpoſer au profit de la fille qui a renoncé, n'a pas lieu dans les pays de droit écrit, où il eſt permis aux pere & mere de diſpoſer à titre particulier, ou titre univerſel, au profit de leurs filles qui ont renoncé, comme au profit des autres enfans; ainſi que je l'ai déja obſervé dans la queſtion précédente.

DES INSTITUTIONS CONTRACTUELLES,
Et de quoi l'inſtituant peut diſpoſer.

QUESTION CENT-VINGT-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il n'eſt pas permis à celui qui a fait une inſtitution contractuelle, de faire des diſpoſitions á titre gratuit, au préjudice de l'inſtitué.*
2. *Arrêt du 24 mars 1635, qui a jugé que l'inſtitution du quart n'eſt pas valable, au préjudice de l'inſtitution contractuelle.*
3. *Les legs faits à un incapable, appartiennent au légataire univerſel, au préjudice de l'héritier* ab inteſtat.
4. *Les inſtitutions contractuelles ne peuvent être chargées de fideicommis après coup.*
5. *Belle ſentence de Juſtinien, pour excuſer les redites.*

BIU Cujas

QUESTION CXXII.

Explication plus particuliere de l'article 31, du titre 14 de la coutume d'Auvergne, & de quoi l'on peut disposer au préjudice de l'héritier conventionnel.

EN la question précédente, nous avons supposé que l'héritier conventionnel étoit plus favorable que l'héritier *ab inteſtat*, & qu'au lieu que celui-ci n'a qu'un simple espoir & fort incertain, l'autre a un droit comme acquis, & auquel on ne peut pas ouvertement déroger.

Il est permis de donner tous ses biens entre-vifs au préjudice de l'héritier *ab inteſtat*, & il n'en peut pas réclamer. Mais comme semblable donation seroit censée faite en fraude d'une institution d'héritier par contrat de mariage, aussi l'héritier la pourroit débattre.

Cette différence nous oblige de croire qu'en l'espece de la question précédente, la cour ne s'est fondée que sur la qualité d'héritier institué par contrat de mariage, & que sans elle, la cour auroit peut-être autrement jugé, nonobstant la renonciation & la prohibition du rappel des filles qui ont renoncé.

C'est ce qui nous oblige d'en parler encore; & de dire qu'encore que ledit article 31 du titre des donations doive servir d'interprêtation à l'article 29 du même titre, il y a pourtant quelque observation à faire. Car si l'institution d'héritier est restreinte par icelui aux biens qui seront délaissés par le disposant, lors de son décès, & quoiqu'il soit dit ensuite de cela, que par ainsi l'institution n'empêche pas que le disposant ne puisse aliéner ses biens par contrat entre-vifs; il faut croire pourtant qu'il ne lui est pas
1 permis de faire une donation pure & gratuite, & qui rende l'institution illusoire. Ces mots de la coutume doivent être entendus, ainsi que dit Basmaison, civilement, & des contrats entre-vifs qui regardent le commerce. C'est-à-dire, que si un pere qui marie son fils, en l'instituant héritier, ne se dépouille pas dès-lors de ses biens, & ne s'ôte pas le pouvoir de s'obliger & de vendre, il se lie bien les mains d'en disposer à titre lucratif, & qui déroge à l'institution.

Et même, comme il a été soutenu en la question précédente, s'il peut faire quelques légats, ce ne peut être qu'à titre particulier, & non à titre d'institution de ce qu'il peut disposer par testament, suivant l'article 31, qui est l'interprête du 29.

Aussi, outre l'arrêt que nous venons de rapporter, on nous a assuré que la cour l'a jugé de la sorte par d'autres arrêts précédens, & entr'autres, par un 2
donné au rapport de monsieur Gontier, le 24 mars 1635, au profit de maître Antoine Clermont, & Jeanne Coubayon sa femme, fille & héritiere d'Hilaire Coubayon, & icelui Hilaire, fils de Louis, & par icelui Louis institué héritier par son contrat de mariage, contre les enfans d'André Coubayon, légataire du quart, par testament subséquent dudit Louis, lesquels la cour a déboutés dudit quart, en confirmant la sentence du sénéchal d'Auvergne. On nous a fait espérer l'arrêt pour le joindre, & rendre ce point plus certain. Voyez pourtant Brodeau, sur monsieur Loüet; en la lettre S.

Il a été jugé que le mari n'ayant que meubles & 3
acquêts, s'il en a fait des legs à sa femme & à son frere, & que ce frere, comme aubain & étranger, en soit incapable, ils appartiennent par droit d'accroissement au légataire universel desdits meubles & acquêts, c'est-à-dire, à la femme, à l'exclusion de l'héritier *ab inteſtat*, lequel ne peut être considéré comme héritier, mais bien comme légataire universel, qui est réputé tenir lieu d'héritier par la coutume. D'où l'on peut inférer qu'il ne peut être institué tel au préjudice de l'héritier conventionnel, ni en la personne d'une fille exclusе par la coutume & par sa renonciation.

Fait encore à ce sujet ce qui a été remarqué par Ricard, en son traité des donations, partie 3, ch. 7, sect. 5, que les institutions contractuelles, non plus que les donations entre-vifs, ne sont susceptibles d'aucuns fidéicommis, ou d'autre nouvelle condition que le donateur, ou instituant y voudroit imposer. Car encore, dit-il, que ces institutions d'héritier participent quelque chose de la donation à cause de mort, pourtant, pour ce qui est de l'irrévocabilité, entre le donateur & le donataire, elles jouissent de tous les avantages des autres donations entre-vifs, pures & simples. Le même auteur en cotte un arrêt rendu en l'audience de la grand-chambre, le jeudi 22 février 1625, par lequel il fut jugé qu'il n'a pas été au pouvoir du pere de charger de fidéicommis l'institution contractuelle d'héritier, faite de son fils aîné, quoique ce fût en faveur de ses autres enfans.

On peut voir à ce sujet l'arrêt de M. d'Espernon, que Chenu a inséré au chap. 82 de sa seconde centurie, & Filleau, en sa question 182.

Voyez Brodeau, sur M. Loüet, en la lettre S, nomb. 9, où il cotte un arrêt qui semble contraire.

OBSERVATIONS.

DAns cette question, l'auteur parle des institutions contractuelles, il estime que les pere & mere qui ont institué contractuellement un de leurs enfans, ne peuvent plus disposer de leurs biens à titre gratuit, ni instituer un autre de leurs enfans, même pour le quart, dont la coutume d'Auvergne permet de disposer, mais seulement leur faire quelques legs particuliers & modiques. Il a traité la matiere des institutions contractuelles dans le livre 5, quest. 59, où j'ai fait plusieurs observations, que je ne répeterai point ici, de peur de tomber dans des répétitions fatiguantes. Quelque attention que j'aie apporté pour éviter les redites, je ne me flate pas de n'être point tombé dans ce défaut, qui est assez ordinaire à mon auteur; mais il est digne d'excuse, étant difficile, quand on écrit sur des matieres qui ont rapport les unes aux autres, & sur un si grand nombre de questions, de ne pas donner dans les redites: car comme dit fort bien Justinien au titre *de veteri jure enucleando*, § 14, il n'est pas possible, dans la composition 3
de tant de loix, de ne pas répéter quelquefois la même chose; sa raison est belle, elle mérite de trouver place ici: *ſi quid in tanta legum compoſitione, quæ ab immenſo librorum*

BIU Cujas

numero collecta eſt, ſimile fortſitan rarò inveniatur, nemo hoc vituperandum exiſtimet: ſed primum quidem imbecillitati humanæ quæ naturaliter ineſt, hoc inſcribat: quia omnium habere memoriam, & penitus in nullo peccare, divinitatis magis quàm mortalitatis eſt, deinde ſciat quòd ſimilitudo in quibuſdam & his breviſſimis adſumpta non inutilis eſt. Je prie le lecteur de trouver bon que je mette & le maître & le diſciple à l'abri de ſa cenſure, ſous la protection de ce grand prince.

DES LETTRES DE GRACE.

QUESTION CENT-VINGT-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Ceux qui aſſiſtent de deſſein prémédité à un homicide ſont puniſſables.*
2. *Ceux qui ont aſſiſté à un homicide arrivé par haſard, ont beſoin de lettres de grace.*
3. *Avis des avocats de Lyon, qu'il n'eſt pas néceſſaire en ce cas d'obtenir des lettres de grace.*
4. *Avis de l'auteur, qu'en ce cas les lettres ſont néceſſaires.*
5. *Avis de Theveneau, conforme à celui de l'auteur.*
6. *Diſtinction de Charondas entre les différentes lettres.*
7. *Sentiment de M. le Bret, que celui qui a pris les armes dans l'intention de tuer doit obtenir des lettres.*
8. *Opinion de Papon, conforme à celle de l'auteur.*
9. *Opinion de Bouchel, conforme.*
10. *Il y a trois ſortes de lettres de graces, 1°. d'abolition, 2°. de rémiſſion, 3°. de pardon.*
11. *Cette diſtinction n'eſt pas aſſez parfaite.*
12. *L'on ne doit pas confondre les cauſes des homicides involontaires.*
13. *Les lettres ne ſont pas néceſſaires pour les homicides arrivés par cas fortuit, ou par néceſſité.*
14. *Les pauvres qui ont commis un homicide involontaire par imprudence, n'ont pas beſoin d'obtenir des lettres.*

QUESTION CXXIII.

Si en cas d'homicide, celui qui a fait le coup ayant obtenu lettres de grace, il eſt néceſſaire à celui qui a aſſiſté, d'obtenir lettres de pardon.

1 Nous ſuppoſons que l'homicide ayant été commis dans une rixe & ſans préméditation, parce qu'autrement, s'il y avoit eu deſſein formé, ceux qui auroient été du complot, & auroient prêté aide & aſſiſtance, ne ſeroient pas moins puniſſables, ainſi que nous dirons ci-après.

2 Nous ſuppoſons pareillement que le mort n'ait eu qu'un ſeul coup, & qu'il y en ait quelqu'un qui l'avoue : il s'agit donc de réſoudre, ſi qu'elqu'autre ayant aſſiſté, frappé ou mis l'épée à la main, en un mot, prêté main-forte, il ſe doit joindre aux lettres de grace, ou en obtenir le pardon.

Cette difficulté s'eſt propoſée en notre ſiége, même depuis peu de tems, & ſur icelle, nous avons 3 appris que meſſieurs les avocats de Lyon tiennent que l'on obſervoit autrefois d'obtenir lettres de pardon pour les complices & aſſiſtans; mais qu'à préſent cela ne s'obſerve plus, & qu'il ſuffit que celui qui avoue le coup ait obtenu lettres de grace, lors même qu'il n'y a qu'un ſeul coup. Qu'en effet, lui ſeul mérite la peine corporelle, & que pour les aſſiſtans, ils ne peuvent être tenus qu'à quelques dommages & intérêts envers la partie civile.

On peut dire à ce ſujet que l'ordonnance défend aux gardes des ſceaux de bailler aucunes graces ni rémiſſions des cas pour leſquels ne ſeroit requis impoſer peine capitale, que le commentateur interpréte peine de mort. Mais comme cette ordonnance ne ſe doit entendre que pour des excès qui n'ont point cauſé la mort, auſſi cela ne ſe peut étendre à notre ſujet.

Nous ne doutons pas qu'il ne faille diſtinguer entre une ſimple aſſiſtance, & celle qui contribue à l'action. La premiere n'eſt pas criminelle, & pour être préſent à un homicide, on n'eſt pas coupable, ſi l'on n'y a rien contribué. Comme on ne peut ni prévoir les aſſiſtans, ni éviter les rencontres, il ne ſuffit pas, pour être pris pour complice, qu'on s'y ſoit trouvé, il faut qu'on y ait prêté quelque aide, & qu'on ait fait quelque effort.

Mais quand on s'eſt mêlé dans la rixe, qu'on a ſuſcité la querelle, & qu'on s'eſt déclaré pour un parti ; lorſqu'on a mis l'épée à la main ou le piſtolet, quoiqu'il n'ait pas pris feu, il eſt ſans doute qu'on eſt complice & coupable en quelque façon de l'homicide, quoique le mort n'ait été bleſſé que d'un coup, que celui, qui obtient lettres de grace, avoue en être l'auteur. C'eſt pourquoi nous croyons qu'en ce cas, ſon compagnon doit s'y joindre, ou 4 obtenir lettres de pardon. Que ſans elles il ne peut pas s'en tirer, & qu'il court riſque de quelque peine infamante, ou du moins, d'une amende pécuniaire.

BIU Cujas

Pour établir notre sentiment, supposons que l'auteur de l'homicide n'ait point obtenu lettres de grace, & qu'il se laisse contumacer : qu'au contraire, l'assistant ait été pris & arrêté prisonnier, ou que volontairement il se soit mis en état. Nous voulons bien avouer qu'encore que le poëte dise, *facinus quos inquinat, æquat*, on distinguera la peine, ainsi que la faute; que si l'un est condamné à mort, l'autre ne sera condamné qu'à l'assister; qu'il ne sera que banni, ou si l'on veut, qu'il en sera quitte pour une amende pécuniaire envers le roi, outre ce qui sera adjugé à la partie civile.

Mais quoi qu'il en soit, ce complice ne se peut pas exemter de quelque condamnation, ou plus grande, ou plus légere, & par conséquent, il faut, ou qu'il s'y soumette, & encoure le hasard, ou que pour l'éviter, il ait recours à la clémence du prince. Car, comme les fautes sont personnelles, & que chacun doit répondre de la sienne, aussi les graces du prince sont particulieres & restreintes à ceux qui les obtiennent.

Il ne s'ensuit donc pas que parce que le principal accusé a obtenu lettres de grace, cette faveur, cette rémission soit commune à tous les complices, & que par ce moyen ils soient à couvert du crime. Ils sont bien à couvert de l'homicide, c'est-à dire, qu'après l'aveu que l'impétrant en a fait, ils ne peuvent plus être convaincus d'avoir tué le défunt; mais ils peuvent toujours être convaincus d'y avoir contribué, & peut-être de l'avoir causé en quelque façon. Or, comme ce crime mérite une peine, que le public la demande, & que le prince ne l'a point remise; que la grace faite à l'un n'est pas commune à tous, & ne peut être étendue; nous ne croyons pas que les complices puissent s'exemter de cette peine. Il est vrai de dire, que n'étant point compris dans les lettres, n'en ayant point obtenu de leur part, le procès, à leur égard, doit être préjugé comme s'il n'y avoit aucun qui eût obtenu lettres de grace, & tout ainsi que si le principal auteur s'étoit laissé condamner.

Nous pourrions même passer plus avant, & soutenir, qu'au défaut d'être, les complices, compris dans leurs lettres, leur peine doit être extraordinaire & infamante. Aussi l'ordonnance de Blois, en l'article 194, parlant des homicides de guet-à-pens, établit la peine de mort, non-seulement contre les auteurs, mais encore contre ceux qui les accompagnent.

5 Sur quoi Theveneau rapporte la distinction que font quelques docteurs sur la loi *is qui opem, ff. de furtis*, savoir, si l'assistant n'a pas augmenté le maléfice, il ne doit pas en ce cas être puni de la même peine, mais seulement à l'arbitrage du juge. Ce qu'ils entendent quand il n'y a eu que simple assistance & faveur, sans laquelle le délit n'eût pas laissé d'être commis.

Après avoir rapporté ces opinions & ces distinctions, Theveneau dit que l'ordonnances ne les a point suivies, non plus que la distinction qu'on fait *inter auxilium cooperativum & cooperatum, & inter auxilium quod est causa proxima delicto, & id quod est causa remota.* Car il tient qu'encore que l'assistant n'ait point ensanglanté son bras, ni porté la main à l'épée ou au pistolet, son assistance ne laisse pas de le rendre sujet à la même peine, parce qu'il coopere assez, en tant qu'il accompagne l'auteur, & lui prête main-forte. C'est en effet l'opinion de Barthole, sur ladite loi *is qui opem*, & de Balde, sur la loi premiere, *C. de servis fugitivis.*

Il est vrai qu'en cet endroit Theveneau parle des homicides de guet-à-pens, qui sont odieux, & auxquels le dessein seul fait le crime. Mais pourtant, comme il dit, qu'il y a double coopération, l'une au dessein pris, & l'autre en l'action, il s'ensuit, quoiqu'il s'agisse d'un homicide commis par rencontre, ou dans une rixe, que celui qui en quelque façon y a contribué & coopéré, est coupable & punissable, & par conséquent, qu'il doit se joindre aux lettres de grace, ou en obtenir le pardon, & qu'autrement il demeure sujet à la même peine, que s'il n'y avoit point d'impétrant, & qu'il avouât le coup. Bref, que ce que nous venons de dire se peut appliquer, sans autre différence que du plus au moins.

Aussi en la loi 50, § 1, *ff. de furtis, rectè Podius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita neminem nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.* Et c'est pourquoi ce conseil ou cette aide est notamment punissable, quand il en est provenu un mauvais effet, ainsi qu'il est dit en la loi 52, § 19 du même titre *de furtis.*

Enfin, nous ajouterons que quand il n'y auroit point eu d'homicide, & qu'il ne s'agiroit que de quelques blessures, toujours les complices seroient amendables, & encore plus punissables selon les circonstances du fait, & à plus forte raison le doivent-ils être, si la rixe a produit un homicide. A quoi ne peut faire obstacle l'aveu que quelqu'un en fait, & la grace qu'il obtient; car elle ne sert que pour lui, & ne couvre les autres *à toto*, mais seulement *à tanto.*

Chacun peut suivre son sentiment & l'usage; mais pour moi, je crois que c'est le plus sur de recourir au pardon du prince. Ne servant de dire qu'il répugne que le principal auteur soit exempt de peine, & que le moins coupable en souffre quelqu'une : car cela se fait, parce que le prince a remis la peine au premier, & non pas à l'autre, que les juges ne peuvent décharger absolument de la peine qu'il a encourue, n'ayant point obtenu de lettres.

A ce propos, Charondas en son commentaire sur 6
le Code-Henri, au titre des graces, rémissions & pardons, remarque qu'en France, il y a différence de graces : que pour les homicides commis en se défendant, ou par cas fortuit, & en folâtrant, on les peut obtenir en la petite chancellerie, & qu'elles se scellent en cire verte; & que ceux qui ont assisté à tel homicide obtiennent lettres de pardon en cire jaune.

Monsieur le Bret, livre 4, chap. 6 de la souve- 7
raineté de nos rois, dit qu'autrefois en ce royaume, celui qu'on avoit vu porter des armes en intention du tuer quelqu'un, étoit obligé d'obtenir rémission, suivant la disposition de la loi *is qui cum telo, C. de sicariis*, & du capitulaire de Charlemagne, liv. 7, chap. 10, qui porte, *qui hominem voluerit occidere & perpetrare non potuerit, homicida est.* Mais quoique cela soit conforme à la loi divine, nous ne voudrions pas l'entendre de la simple volonté; mais d'un homicide attenté avec effort. Quoi qu'il en soit, le sieur le Bret dit bien que depuis l'on s'est départi de cet usage, & qu'il n'est plus besoin d'obtenir lettres, *quid enim obfuit conatus, cùm injuria nullum habuerit effectum? l. 1, § quid obfuit, ff. quod quisque juris.* Mais cet auteur ne parle pas, que y ayant homicide, les complices soient dispensés d'obtenir lettres.

Monsieur Papon, en son troisieme & dernier no- 8
taire, livre 10, le résout de la même sorte que nous le venons de résoudre; & établissant les différences entre la rémission & le pardon, il en marque celle-là pour la plus notable, que la rémission est pour celui qui a fait le coup, & qui l'avoue, & le pardon pour les assistans qui n'ont point frappé, ou s'ils ont

BIU Cujas

donné quelque coup, n'ont pas donné le coup de la mort.

9 Bouchel, en ſa bibliothéque, ſur le mot *Grace*, confirme la même choſe, & dit qu'il y a deux cas auxquels il faut obtenir lettres de pardon. Le premier, quand en quelque noiſe & querelle, quelqu'un eſt bleſſé, & que le coup n'eſt pas mortel, & qu'il y a eſpérance de guériſon, & c'eſt peut-être ce cas qui n'eſt autrement en uſage.

Le ſecond cas eſt quand on s'eſt trouvé en une querelle, en laquelle il y a eu quelqu'un de tué, encore que l'aſſiſtant n'ait point frappé : ſi toutefois il y a contribué, il eſt puniſſable s'il n'obtient pardon. A quoi le même auteur ajoûte que s'il a crié & uſé de ces mots, *tue, tue*, ou a mis la main aux armes, il eſt coupable du fait, tout ainſi que celui qui a tué, s'il n'obtient lettres de grace & de rémiſſion, parce que, *agentes & conſentientes pari pœnâ puniuntur*, ce qui ſeroit peut-être trop rigoureux, s'il n'y a point eu de deſſein formé.

OBSERVATIONS.

Des lettres de grace & d'abolition.

L'Auteur parle ici des lettres de grace. Il examine ſi ceux qui ont aſſiſté à l'action doivent obtenir des lettres de pardon, il traite fort bien la matiere ; mais il y a pluſieurs choſes changées par l'ordonnance de 1670, titre 16, qui eſt intitulé, *des lettres d'abolition, rémiſſion, pardon, &c.*

01 Les lettres d'abolition s'accordent pour des crimes qui ne ſont pas rémiſſibles de leur nature, mais que le roi peut remettre par la plénitude de ſa puiſſance. Les lettres de rémiſſion ſont accordées pour les homicides involontaires, ou qui ſont commis dans la néceſſité d'une légitime défenſe. Les lettres de pardon s'accordent pour les cas auſquels il n'échet pas peine de mort.

11 Je ne trouve pas cette diviſion aſſez parfaite ; il me ſemble qu'il faut diſtinguer entre les crimes qui ſont irrémiſſibles, tels que ſont ceux qui ſont expliqués dans l'article 4 du même titre, pour leſquels le roi dit qu'il ne ſera accordé aucunes lettres d'abolition ; & ceux qui méritent la mort, mais dont la peine peut être remiſe, comme dans le cas du ſimple homicide. Je crois qu'il faut appeller les premieres lettres abolition, puiſque le roi abolit le crime & la peine qu'il mérite ; & les ſecondes, lettres de grace, parce que le roi, par grace, remet la peine de mort au coupable.

12 Je ne ſaurois approuver non plus la confuſion que l'on fait entre les homicides involontaires ; il faut diſtinguer entre ceux qui ſe commettent per imprudence, par impéritie, par ivrognerie ou *per laſciviam*. Ceux-là ont beſoin de la grace du prince ; mais ceux qui ſont commis par cas fortuit, comme dans les cas marqués par la loi *aquilia*, je ne ſaurois comprendre pourquoi il faut obtenir des lettres : car toute grace ſuppoſe un crime, ou du moins quelque faute ; or peut-on accuſer un tireur d'arquebuſe qui s'exerce dans le lieu deſtiné à cet exercice, d'être coupable ſi ſon coup tue une perſonne qui vient à paſſer à cet endroit mal-à-props ; & encore moins un payſan qui coupe des arbres dans ſon champ, ſi la branche vient à tomber ſur une perſonne qui ſe trouve ſous cet arbre, ſans raiſon & ſans néceſſité ; enfin un cocher ou un charretier qui écraſe dans les rues un enfant, ſans qu'on puiſſe lui objecter ni faute, ni imprudence, ni impéritie.

13 Il n'eſt pas juſte non plus d'obliger ceux qui ont commis un homicide dans la néceſſité d'une légitime défenſe, d'obtenir des lettres ; il faut au moins diſtinguer entre ceux qui ont donné occaſion à la querelle, ou qui s'y ſont expoſés volontairement, ou ceux qui par haſard ou pour la néceſſité de leurs affaires, ſe trouvent dans ces ſortes d'occaſions ; comme un voyageur qui eſt attaqué par des voleurs, la loi lui permet de les tuer impunément, *liceat cuilibet aggreſſorem nocturnum in agris, vel obſidiantem vias, atque inſidiantem prætereuntibus, impunè occidere, leg. 4, cod. ad leg. cornel. de Sicar.* qui dit impunément, ne dit pas que l'on ait beſoin de grace. Il en eſt de même des voleurs de nuit, ſuivant la loi des douze tables. Sur ce ſujet l'on ne peut rien de plus éloquent que ce que dit Ciceron dans ſon oraiſon pour Milon : *in qua tandem urbe hoc ſtultiſſimi homines diſputant*, il ajoute, *omnis honeſta ratio expediendæ ſalutis.*

Je veux rapporter encore le cas exprimé dans la loi 1, § 4, *ff. ad leg. cornel. de Sicar. Item divus Hadrianus reſcripſit, eum qui ſtuprum ſibi vel ſuis per vim inferentem occidit, dimittendum.*

A ce ſujet je me ſouviens d'un trait d'hiſtoire d'un jeune ſoldat, qui tua un Tribun, qui vouloit le violer, & qui fut abſous par Scipion. Ce jeune homme, dont l'action eſt ſi fort louée dans l'hiſtoire, auroit eu beſoin de grace parmi nous ; il eſt bien honteux à des Chrétiens d'eſtimer moins la vertu que les Payens ; mais il ne m'appartient pas de cenſurer nos mœurs.

14 Je finis en diſant qu'il y a des cas où celui qui a commis un homicide par imprudence ou par impéritie, n'eſt pas obligé d'obtenir des lettres de rémiſſion, quand le coupable eſt pauvre ; enſorte qu'il n'eſt pas en état de faire les frais des lettres ; j'en ai vu un

BIU Cujas

exemple dans un pauvre payſan du village de Bibo en Lyonnois : après avoir bu avec un de ſes camarades, ils voulurent eſſayer qui ſeroit le plus fort, il y en eut un qui tomba, & en tombant il ſe tua tout roide. Les juges des lieux firent le procès à l'autre, & le condamnerent à un banniſſement perpétuel : en ayant appellé en la cour, je fus prié par le ſieur Broſſier, ſeigneur du lieu, de ſecourir ce malheureux ; je donnai une requête pour griefs & moyens de nullité. Le procès ayant été diſtribué à M. Doujat, doyen du parlement, il intervint un arrêt à ſon rapport, par lequel ce miſérable fut renvoyé abſous.

Au ſurplus, pour ſavoir la différence qu'il y a entre les lettres d'abolition, de rémiſſion & de pardon, la forme en laquelle elles doivent être préſentées & obtenues, il faut voir le ſtyle criminel de Gauret & le praticien de Lange, part. 2, chap. 13.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MOnſieur Bardet, tom. 1, liv. 1, chap. 112, rapporte un arrêt rendu en la Tournelle le ſamedi premier avril 1623, par lequel un homicide arrivé par accident, fut jugé n'être digne d'aucune peine, ni même d'aucunes réparations civiles, & que celui qui l'avoit commis, n'avoit pas beſoin de lettres, ni de grace, ni de pardon.

M. Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy Pape, pag. 281, fait mention d'un arrêt du parlement de Grenoble du mois de juillet 1675, confirmatif d'une ſentence du juge de Serres, qui avoit condamné un homicide involontaire, à s'abſenter du lieu pendant trois ans, quoiqu'il n'eût point obtenu de lettres de grace, ni de pardon.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS,

A qui doit appartenir la ſomme réſervée.

QUESTION CENT-VINGT-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si la ſomme réſervée doit appartenir à l'héritier ou au donataire, quand il eſt dit que faute d'en diſpoſer elle appartiendra au donataire.*
2. *Cette clauſe eſt contraire à l'eſprit de la coutume.*
3. *Les loix ſoumettent leur pouvoir à la diſpoſition de l'homme,* ſecùs *des coutumes.*
4. *Sentiment de l'auteur, que la ſomme réſervée doit appartenir à l'héritier* ab inteſtat.
5. *Suivant du Moulin, la donation des meubles que l'on aura lors de ſon décès, eſt valable entre-vifs.*
6. *Par les derniers arrêts, la donation de tous les biens que le donateur aura lors de ſon décès, a été déclarée réductible à cauſe de mort.*
7. *Suivant le ſentiment de Ricard, la ſomme réſervée doit appartenir à l'héritier.*
8. *Quand dans la donation il eſt dit, qu'au cas que le donateur ne diſpoſe pas de la ſomme réſervée, il en fait donation à cauſe de mort au donataire, elle doit lui appartenir.*
9. *Il eſt certain que quand le donateur s'eſt réſervé une ſomme ſimplement pour en diſpoſer, & qu'il n'en diſpoſe pas, elle appartient à l'héritier.*
10. *Quand dans la donation il y a clauſe qu'à défaut de diſpoſer de la ſomme réſervée, elle appartiendra au donataire, il faut diſtinguer les différens pays.*
11. *Progrès du droit ſur la tradition.*
12. *Dans les pays de droit écrit, la ſomme réſervée appartient au donataire.*
13. *Dans les coutumes de Bourbonnois & d'Auvergne la ſomme réſervée appartient á l'héritier.*
14. *Dans les coutumes qui deſirent la tradition réelle, il faut diſtinguer entre les héritages & les ſommes de deniers.*
15. *Il faut auſſi diſtinguer entre les contrats de mariage & les autres actes.*
16. *Dans les coutumes qui admettent la tradition civile, la ſomme réſervée*

BIU Cujas

appartient au donataire.
17. *Dans les cas où la ſomme réſervée appartient à l'héritier, comment ſe payent les dettes, les legs & les frais funéraires.*
18. *Les legs ſe payent* pro modo emolumenti.
19. *Les legs ſont à la charge de l'héritier ſeul.*
20. Idem, *des frais funéraires.*
21. *Quand la ſomme réſervée n'eſt pas ſuffiſante pour payer les frais funéraires, tous les donataires doivent y contribuer également.*

QUESTION CXXIV.

Sur les articles 22 & 23, du titre 14 de la coutume d'Auvergne

1 ON a propoſé le fait d'une donation entre-vifs de tous biens, préſens & à venir, à la réſerve d'une ſomme, pour en diſpoſer au plaiſir & volonté du donateur, & avec clauſe, que où il n'en diſpoſeroit, il vouloit & entendoit que ladite ſomme fût compriſe en la donation. On a donc demandé ſi cette diſpoſition étoit valable; c'eſt-à-dire, ſi le donataire pouvoit auſſi-bien prétendre la ſomme réſervée que le reſte, le donateur n'en ayant point diſpoſé.

2 Il nous ſemble qu'en cette rencontre la diſpoſition de la coutume & celle de l'homme ſe choquent. Car la coutume, aux articles 22 & 23 du titre cotté, permet bien, en faiſant ſemblable donation, de retenir une ſomme, pout en diſpoſer à ſon plaiſir; mais elle ajoute que cette donation n'eſt valable que pour les biens deſquels le donateur ne retient pas la diſpoſition, & que pour les biens retenus, ils appartiennent à l'héritier *ab inteſtat*, ſi d'iceux le donateur n'a autrement valablement diſpoſé.

Au contraire, au fait propoſé, le donateur, en retenant une ſomme, & le pouvoir d'en diſpoſer, a voulu pourtant que n'en diſpoſant pas, la ſomme retenue fût compriſe en la donation, & acquiſe à ſon donataire: c'eſt-à-dire, que n'étant pas donnée, au moyen de la réſerve, elle ne laiſſa pas d'être donnée ſous une condition.

Ainſi, l'intention du donateur s'étant oppoſée à l'intention de la coutume, il faut voir qui doit prévaloir des deux. L'on peut bien dire à ce ſujet, que comme dans notre droit, la loi ne fait pas difficulté de ſe ſoumettre à la volonté des perſonnes, & d'en être la ſuivante, la coutume doit auſſi céder à cette même volonté.

Mais outre que cette ſoumiſſion de la loi n'eſt par toujours véritable, & qu'il eſt certain que de droit, *nemo poteſt facere quin leges locum habeant in teſtamento*, il faut faire quelque différence entre la loi & la coutume municipale.

Si la loi ſe ſoumet en pluſieurs cas à la volonté
3 des perſonnes, c'eſt parce qu'elle le veut, & leur donne ce pouvoir, *diſponat teſtator & erit lex*. Mais il n'en eſt pas de même de la coutume: bien loin qu'elle veuille donner aux perſonnes qui dépendent d'elle un pouvoir ſi abſolu, qu'au contraire elle le reſtraint, & ne leur permet de diſpoſer de leurs biens que ſous des conditions & avec limitation.

D'où s'enſuit que ce pouvoir étant limité & réglé par la coutume, il faut s'y aſſujettir, & qu'en cela c'eſt la coutume qui eſt dominante & la maîtreſſe, & la volonté ſujette & dépendante.

4 Or, puiſque la coutume ne veut pas que la donation ſoit valable pour la ſomme, de laquelle l'on ſe réſerve le pouvoir de diſpoſer, & qu'elle affecte cette ſomme retenue aux héritiers *ab inteſtat*, il répugne que la coutume ne voulant pas, comme il eſt dit, qu'elle ſoit compriſe en la donation, elle y ſoit pourtant compriſe, & qu'elle ſe trouve donnée & non-donnée.

Il eſt vrai qu'elle n'eſt donnée que ſous une condition, & au défaut d'en avoir diſpoſé; mais il eſt vrai pareillement que ce pouvoir d'en diſpoſer qu'on ſe réſerve y fait obſtacle, & qu'il empêche que ce qui eſt retenu, & dont on peut diſpoſer ſoit donné, parce que c'eſt donner & retenir. Ainſi le donateur ne peut pas contrevenir à cette maxime commune, ni aſſembler des choſes contraires; ſçavoir, de donner une choſe & de la retenir pour en diſpoſer, ni faire qu'au défaut d'en avoir diſpoſé, elle ſoit donnée, ne ſe pouvant faire qu'il en puiſſe diſpoſer, & l'avoir donnée.

Quoi qu'il en ſoit, quand cette donation conditionnelle, & au défaut d'avoir diſpoſé de la ſomme réſervée, pourroit être valable, ce que nous ne croyons pas; ce ne ſeroit qu'une donation à cauſe de mort, qui par conſéquent, n'auroit lieu que pour un quart: d'autant, comme nous venons de dire, qu'il répugne qu'on puiſſe donner entre vifs ce dont on ſe réſerve le pouvoir de diſpoſer. Car comme ce pouvoir n'a point de limites, & qu'il s'étend juſqu'à la mort; auſſi s'enſuit-il que ſemblable donation a trait à la mort, & ne prend ſon effet que par la mort.

Il faut voir à ce ſujet ce que Brodeau a remarqué ſur M. Loüet, en la lett. D, nomb. 10. Sçavoir, que la donation des meubles qu'on aura lors de ſon 5
décès, peut être entre-vifs & irrévocable, ſuivant la doctrine de maître Charles du Moulin. Mais il y a cette différence, qu'encore qu'entre deux on puiſſe les aliéner, on ne s'eſt pas pourtant réſervé le pouvoir d'en diſpoſer. Outre que le même Brodeau avoue que par les derniers arrêts, & notamment de la premiere chambre des enquêtes, les donations 6
de tous biens, ou des meubles & acquêts que le donateur aura lors de ſon décès, ont été déclarés à cauſe de mort, & comme telles, réductibles.

Au reſte, le conſeil que ledit ſieur Brodeau donne ne pourroit pas ſervir en la coutume d'Auvergne, qui ne permet que de diſpoſer du quart par teſtament, ou autre diſpoſition à cauſe de mort.

Depuis, nous avons trouvé cette queſtion traitée par Ricard, en la troiſieme partie de ſon traité des 7
donations, chap. 7, ſect. 12, où il réſout généralement, & en quelqu'endroit que ce ſoit, que la ſomme réſervée ne peut être compriſe en la donation; mais qu'elle doit appartenir aux héritiers & ſucceſſeurs légitimes. Il eſt vrai qu'il ſemble reſtraindre ſa réſolution, & en excepter les donations de tous biens, préſens & à venir, contre la doctrine de Baſmaiſon, qui ſur les articles cottés, tient que même dans la donation de tous biens préſens & à venir, la choſe réſervée n'eſt point compriſe.

Ajoutons pourtant, que ſuivant l'avis dudit ſieur 8
Brodeau, s'il étoit dit que où le donateur ne viendroit ci-après à diſpoſer de la ſomme réſervée, il entend & veut qu'elle demeure à ſon donataire, & lui

en

BIU Cujas

en fait, audit cas, donation à cause de mort, les héritiers *ab inteſtat* ne la pourroient pas prétendre. C'eſt parce qu'il y auroit double donation, & qu'il n'y a point d'inconvénient, que dans un contrat entre-vifs, il y ait une donation à cauſe de mort, pourvû que la ſolemnité s'y rencontre, c'eſt-à dire, le nombre de cinq témoins.

OBSERVATIONS.

Si une ſomme dont le donateur s'eſt réſervé la liberté de diſpoſer, & dont il n'a point diſpoſé, doit appartenir au donataire ou à l'héritier.

C'Eſt une maxime certaine dans toute ſorte de juriſprudence, que quand le dona- 9
teur n'a pas diſpoſé de la ſomme réſervée, elle appartient à l'héritier & non pas au donataire. C'eſt la déciſion de la loi 4, *cod. de contrah. & commit. ſtipulat.* la doctrine de Cujas & de Godefroy ſur cette loi, & la juriſprudence des arrêts du parlement de Toulouſe, rapportés par M. Maynard, liv. 2, ch. 94, par M. Cambolas, liv. 5, ch. 1, par M. Philippi, rep. 48, & M. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 380, nomb. 25. La coutume de Sedan, art. 112, le décide expreſſément.

Mais la difficulté eſt, lorſque dans la donation il y a une clauſe expreſſe, qu'au cas que le donateur ne diſpoſe pas de la ſomme réſervée, elle appartiendra au donataire.

Il faut d'abord diſtinguer entre les pays de droit écrit & ceux de coutume. A l'égard 10
des pays de droit écrit, il faudroit diſtinguer les différens progrès du droit, au ſujet de la tradition. Par le droit du digeſte, *dominia rerum traditione, non pactionibus adquiruntur.* Sous l'empire de Sevére l'on commença à ſe relâcher de cette rigueur, comme on le voit dans la loi 1, au code *de donat.* enſuite la néceſſité de la tradition fut rétablie par Conſtantin le grand, ſuivant la loi 1, au code Théodoſien, *de donat.* Quelque tems après il en diſpenſa les donations faites entre les parens & les enfans, ſuivant un reſcrit de l'empereur Antonin, qu'il cite dans la loi 4, du même titre; ce qui fut confirmé par l'empereur Conſtantius dans la loi 7, du même titre; dans la loi 8, les empereurs Honorius & Théodoſe rétablirent en général la néceſſité de la tradition; & par la loi ſuivante ils en diſpenſerent toute ſorte de donations, ſe contentant de la tradition feinte par la retention de l'uſufruit. Cette loi eſt rapportée dans la loi 28 du code Juſtinien.

Mais comme mon deſſein n'eſt pas de faire ici un ouvrage d'érudition, mais de remarquer ſimplement l'uſage de la juriſprudence préſente; je m'arrête uniquement à la conſtitution de Juſtinien dans la loi, *Si quis argentum* § *ſ, de donat.* où il décide que la ſeule convention des parties eſt ſuffiſante pour la perfection de la donation entre-vifs, ſans qu'il ſoit beſoin de tradition réelle ou feinte. Suivant cette juriſprudence le donateur peut faire toutes les réſerves que bon lui ſemble, & il peut valablement ſtipuler que s'il ne diſpoſe pas de la choſe ou de la ſomme réſervée, elle appartiendra au donateur; ſi le cas arrive, la choſe ou la ſomme réſervée fait partie de la donation, & elle eſt cenſée donnée & livrée dès le moment de la donation, *fingitur nihil fuiſſe retentum.*

Dans les pays de coutume il y a bien des diſtinctions à faire.

1. Dans les coutumes, comme celle de Bourbonnois, article 211, & celle d'Auvergne, ch. 14, art. 22 & 23, qui diſent que la donation n'eſt pas valable quant aux biens retenus, leſquels appartiennent aux héritiers *ab inteſtat:* ſuivant ces termes, notre auteur dans cette queſtion décide que dans la coutume d'Auvergne les choſes réſervées ne peuvent appartenir au donataire, quelque clauſe que l'on inſére dans la donation.

2. Dans les coutumes qui deſirent encore la tradition réelle, comme celle de Senlis, articles 211 & 212, de Clermont, article 127, de Valois, article 130, pareillement dans celles qui requiérent la ſaiſine & le nantiſſement, il ſemble que la réſerve d'une partie des choſes données ne ſoit pas valable, puiſque la tradition n'en eſt pas faite ni la poſſeſſion priſe.

Je crois pourtant qu'il y a deux diſtinctions à faire; la premiere, entre la réſerve d'une partie des choſes données, & la réſerve d'une ſomme à prendre ſur les biens donnés. Dans le premier cas la réſerve n'eſt pas bonne, parce que c'eſt donner & retenir; mais dans le ſecond cas la réſerve eſt valable, parce qu'une ſomme de deniers n'a pas beſoin d'autre tradition que l'acte qui la contient; d'ailleurs c'eſt une convention pure perſonnelle, qui équipole à une dette mobiliaire, que contracte le donataire envers le donateur. Enfin toutes ces coutumes ne parlent, & ne doivent s'entendre que des donations d'héritages qui ne peuvent paſſer d'une perſonne à une autre, que par la voie de la tradition; & même

BIU Cujas

quand on examine de près la diſpoſition de ces coutumes, l'on voit que cela n'a été établi que pour l'intérêt des ſeigneurs, afin qu'ils euſſent connoiſſance du changement des propriétaires des héritages étant en leur cenſive; c'eſt ainſi que parle la coutume de Senlis, qui eſt la plus rigoureuſe ſur la tradition réelle. Dans l'article 211, elle dit qu'avant que le don ſortiſſe ſon effet, il convient que le donateur ſe déſaiſiſſe de l'héritage, ou rente donnée entre les mains du ſeigneur.

Si dans ces coutumes la réſerve d'une ſomme eſt valable, il faut conclure qu'elle doit appartenir au donataire, quand dans la donation il y a une clauſe, portant qu'au cas que le donateur n'en diſpoſe pas, elle appartiendra au donataire.

La ſeconde diſtinction regarde les différens actes. Il faut diſtinguer les donations faites dans les contrats de mariages d'avec les autres; la régle, *Donner & retenir*, ceſſe à l'égard des donations faites dans les contrats de mariage, ainſi que le décide la coutume d'Auvergne dans l'article 25 du ch. 14. C'eſt une maxime générale dans toute la France, que les clauſes des contrats de mariage dérogent à la diſpoſition des coutumes; ce ſont des loix de famille, auſquelles les loix publiques doivent céder, puiſqu'elles ne ſont établies que pour la conſervation des familles.

3°. Dans les coutumes, comme celle de Paris, art. 275, & pluſieurs autres, qui diſent que ce n'eſt pas donner & retenir, quand on retient l'uſufruit, ou quand il y a clauſe de conſtitut, ou précaire, il ſemble que dans ces coutumes il faille au moins une tradition feinte, laquelle ne peut pas compatir avec la retention de la propriété d'une partie des choſes données; & par conſéquent, quand la donation eſt d'un héritage, le donateur ne peut pas ſe réſerver la liberté de diſpoſer d'une portion du même héritage, ni ſtipuler que s'il n'en diſpoſe pas, le tout appartiendra au donataire. Cependant je crois que dans ces coutumes il faut retrancher toutes ces vaines formalités, & dire que la perfection de la donation dépend de la volonté des parties, & qu'ainſi elles peuvent faire toutes les conventions que bon leur ſemble. C'eſt le ſentiment de M. Ricard, dans ſon traité des donations, part. 1, ch. 4, ſect. 2, diſt. 1, nomb. 940 & ſuivans, & dans le nomb. 1014, juſqu'au nomb. 1020, il traite la queſtion de ſavoir à qui les choſes réſervées doivent appartenir, ou à l'héritier, ou au donataire; il cite différens arrêts qui ont jugé pour & contre. Mais je m'apperçois que je ſors de ma ſphére, pour entrer dans une région remplie de nuages & de brouillards.

Je reviens dans le pays de droit écrit. Dans les cas où la ſomme réſervée appartient à l'héritier, ſavoir comment doivent ſe payer entre lui & le donataire les dettes, les legs & les frais funéraires. A l'égard des dettes il n'y a point de difficulté; elles doivent être payées *pro modo emolumenti*, parce que le donataire univerſel eſt *loco hæredis*, & par conſéquent tenu de payer ſa part des dettes.

A l'égard des legs, il n'y a point non plus de difficulté; le donataire n'en eſt point tenu, parce que les legs ſont *delibatio hæreditatis*; & par conſéquent ſe prennent ſur les biens que le teſtateur poſſéde au jour de ſon décès, & non pas ſur ceux qu'il a donné entre-vifs, qui ne font point partie de ſa ſucceſſion. M. Cambolas, liv. 2, ch. 9, rapporte un arrêt qui l'a ainſi jugé.

Pour ce qui eſt des frais funéraires la difficulté eſt plus grande: car il ſemble qu'ils ſoient au nombre des dettes. En effet, c'eſt une dette naturelle que nous contractons tous en naiſſant, mais c'eſt une dette de l'hérédité; ainſi le donataire ne peut en être tenu: cela a été jugé ainſi par l'arrêt rapporté par M. Cambolas, & par deux autres plus récens, rapportés par M. Catelan, tom. 1, liv. 2, ch. 16.

Mais ſi la ſomme réſervée n'étoit pas ſuffiſante pour fournir aux frais funéraires, je crois que le donataire ſeroit obligé d'y contribuer, comme il l'eſt en effet, quand le donateur n'a fait aucune réſerve; autrement ce ſeroit un manquement de piété & de reconnoiſſance qui le rendroit indigne de la libéralité de ſon bienfaiteur. *Quid juris*, s'il y avoit pluſieurs donataires, comment entr'eux ſe payeroient les frais funéraires? ſeroit-ce par contribution, ou ſuivant l'ordre des donations? J'eſtime qu'en ce cas il faudroit prendre le parti de la contribution; c'eſt une charge naturelle, qui affecte également toutes les donations, & qui oblige à ce pieux devoir chaque donataire; il ſuffit d'avoir reçu un bienfait d'une perſonne pour être obligé de prendre ſoin de ſa ſépulture. Nous avons ſur ce ſujet dans l'hiſtoire de France un exemple très-louable en la perſonne de Tanneguy du Châtel. * Il mérite d'être rapporté. Tanneguy du Châtel avoit été favori du roi Charles VII. auquel il avoit rendu de grands ſervices. Cependant ſur la fin de ſes jours il fut diſgracié: il ſe retira en Bretagne, où il étoit né. Après la mort du roi, ayant appris que l'on négligeoit ſes funérailles, il vint de ſa province pour ſatisfaire à ce pieux devoir. Il y dépenſa trente mille écus, qui étoit en ce tems-là une ſomme très-conſidérable; enſuite il s'en retourna dans ſon pays, où il mourut comblé d'années & de mérite. Après la mort du roi François II, ſes funérailles furent pareillement négligées; & parce que perſonne n'en prenoit ſoin, l'on mit ſur ſon cercueil ces mots: *Où eſt Tanneguy du Châtel.*

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AI dit qu'entre plusieurs donataires ils doivent tous contribuer aux frais funéraires du donateur, à proportion du don; depuis j'ai vu un arrêt du parlement de Provence du 30 juin 1673, rapporté par Boniface dans la suite de son receuil, tom. 2, liv. 7, tit. 2, ch. 4, qui a jugé au contraire, en décidant que le donataire d'une somme de 3000 liv. réservée par la donation, devoit payer les frais funéraires. Ainsi il a jugé que ces frais sont à la charge du dernier donataire.

Ma premiere observation n'a pas été bien reçue au palais par les praticiens. Ils ont dit que c'étoit donner & retenir; & prenant ces mots à la lettre, ils soutiennent que quand le donateur se réserve une somme à disposer, quoiqu'il soit stipulé en termes exprès, que s'il n'en dispose pas, elle demeurera compriſe en la donation; nonobstant cette clause, ils prétendent que si le donateur n'en dispose pas, la somme réservée demeure dans sa succession, & qu'elle appartient à ses héritiers, & non point au donataire: sans vouloir faire attention que cette stipulation est une convention réciproque qui produit une action en faveur du donataire, qui opere le même effet que s'il avoit la chose, suivant la régle du droit, *is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. Leg. 15, de reg. juris.*

Mais le praticien ne se persuade pas par des raisonnemens, il lui faut des exemples & des préjugés, en voici.

1°. Il a été jugé par plusieurs arrêts, que la donation de tous les meubles que le donateur laissera au jour de son décès, appartiendront au donataire, est bonne & valable: or selon l'opinion des praticiens, c'est donner & retenir: car il est au pouvoir du donateur de ne point laisser de meubles à son décès. Cependant tous les auteurs sont d'avis, qu'une semblable donation est valable, & cela a été ainsi jugé par plusieurs arrêts.

M. Lepreſtre, cent. 2, ch. 52, en cite deux, l'un du 14 juillet 1587, & l'autre sans date. M. Antoine Mornac, sur la loi 8, *ff. de pecul.* cite le même arrêt, qu'il date du mois de juin 1587, & un autre de 24 janvier 1613. M. Jacques de Montholon, dans ses arrêts prononcés en robes rouges, rapporte l'espece d'un arrêt prononcé à Pâques de l'an 1586, qui a jugé la question *in terminis.*

La même chose a été jugée par rapport à une somme à prendre sur les biens du donateur après sa mort, par un arrêt du 3 décembre 1643, rapporté par du Fresne, liv. 4, ch. 11, & par M. Soefve, tom. 1, cent. 1, ch. 63, & par Auzanet, sur l'article 273 de la coutume de Paris. Cet auteur, au même endroit à la fin, dit que la somme réservée par le donateur pour en disposer; en cas de non disposition, elle doit appartenir au donataire, & que ce n'est pas donner & retenir; que l'affirmative a été jugée par deux arrêts, le premier du 14 janvier 1638, rendu sur les conclusions de M. Bignon; le second intervenu sur la requête civile prise contre cet arrêt, a mis les parties hors de cour, suivant les conclusions de M. Talon. Les jugemens rendus suivant les conclusions de ces deux savans magistrats doivent être bien respectables aux jurisconsultes.

Enfin il y a un arrêt du 2 août 1678, rapporté dans le journal du palais, rendu au rapport de M. Portail, qui étoit un très-digne sénateur, qui l'a ainsi jugé.

L'on prétend que depuis le contraire a été jugé par un arrêt récent, qu'on appelle l'arrêt de Guimier. Il y avoit quelques circonstances qui ont déterminé la cour, *ex facto jus oritur.* Ou bien il faut dire avec M. d'Argentré, sur le titre *de donat.* de la même coutume de Bretagne, art. 218, gl. 6, nomb. 41, sur la fin, *quare desultoria ista judicata, quanti facienda sint res indicat, cum seipsa subveniunt: & eadem auctoritas vim sibi adfert, & de iisdem non eadem judicantur, siquidem in ipsis quoque diis (ut ait Seneca) culpa arguitur mutanda feciſſe.*

Il faut observer que M. Ricard, qui est un grand prophéte parmi les praticiens, & qui tient la négative, dans son traité des donat. part. 1, chap. 4, sect. 2, dist. 2, nomb. 1017 & suivans, met une exception à sa décision. Dans le nombre 1019, quand le donateur a confirmé la donation par son testament, suivant qu'il a été jugé par arrêt du 2 juillet 1659: Et part. 3, ch. 7, sect. 3, nomb. 746, il apporte une autre exception: quand la donation est universelle, il dit qu'en ce cas la réserve doit appartenir au donataire, quand même il ne seroit pas stipulé, qu'en cas de non disposition, elle lui demeurera; parce, dit-il, qu'il est fondé en la volonté universelle du donateur, pour prétendre tous les biens compris en la donation; tellement que cette somme n'en ayant été distraite que sous condition, en cas que le donateur en dispose, cette condition par l'événement, n'ayant pas eu d'effet, la donation doit subsister dans son entier.

Suivons les praticiens. Brodeau, sur les arrêts de M. Louet, let. D, ch. 10, est du même avis que Ricard, & en donne de meilleures raisons. Dans le nomb. 3, il parle en ces termes: on tient pour maxime certaine que la régle *donner & retenir ne vaut*, se doit

BIU Cujas

ſeulement entendre de la donation d'une choſe particuliere, *& certæ rei, non de univerſali, puta juris ſucceſſorii nondùm delati, cujus plena proprietas in diem mortis refertur, quia bona futura ſunt incerta;* auquel cas il n'eſt point néceſſaire pour la validité de la donation que le donateur ſe déſaiſiſſe, ni qu'il y ait tradition réelle & actuelle, ou précaire & retention d'uſufruit. Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 26 juillet 1647, rapporté par Soefve, tom. 1, cent. 2, ch. 38.

Cet auteur, dans le nombre 4, apporte une autre exception, lorſque la donation eſt faite par contrat de mariage. Cela eſt ſans difficulté, parce que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes.

La coutume d'Auvergne, ch. 14, art. 25, dit que quoique par la coutume, donner & retenir ne vaille rien, néanmoins en deux contrats, c'eſt à ſçavoir de mariage & d'aſſociation univerſelle, telles donations & diſpoſitions ſont bonnes & valables.

La coutume de Bourbonnois, art. 212 & 119 contient la même diſpoſition.

La diſpoſition de ces coutumes n'eſt pas favorable aux praticiens, qui prétendent que la maxime *donner & retenir ne vaut*, ne reçoit point d'exception. Dans le droit même, où les régles ſont bien plus épurées que dans les coutumes, il n'y a point de régle ſi générale & ſi certaine, qui ne ſouffre quelque exception. *Omnis definitio in jure periculoſa eſt, parum eſt enim, ut non ſubverti poſſit. leg. 202, de reg. jur.* Cela nous apprend encore, que ce n'eſt pas ſçavoir les loix que de n'en ſçavoir que les paroles, il faut en pénétrer l'eſprit. *Scire leges, non eſt earum verba tenere, ſed vim ac poteſtatem, leg. 17, ff. de leg.*

Dans l'âge d'or du parlement, il ne faiſoit point de réglement, ſans prendre l'avis des anciens avocats, & même il les appelloit à ſes délibérations; ainſi qu'il eſt écrit dans l'ancien ſtyle du parlement, part. 1, chap. 6, § 2. *Anno Domini 1329, die Sabbati in craſtinum cathedræ ſancti Petri de conſenſu omnium magiſtrorum exiſtentium in parlamento, ac vocatis ad hoc advocatis omnibus parlamenti antiquis & provectis, & deliberatione prius habita ſuper hoc inter ipſos, & poſtea cum ipſis per dictos dominos ſuper quatuor articulos infra ſcriptis curia declaravit.*

Dans les tems héroïques, les magiſtrats fraterniſoient avec les avocats. Ils gardoient entre eux le rend de la matricule. Nous en avons un illuſtre exemple en la perſonne d'un des plus grands princes du ſénat. M. de Thou ayant été fait préſident à mortier, ne voulut point aller à l'offrande avant M. Chartier, célébre avocat, qui étoit plus ancien avocat que lui. Cet exemple eſt rapporté par Mornac, ſur la loi 4, *de advoc. diverſ. jud.* Mais depuis que les offices de judicature ſont devenus vénaux, les magiſtrats ont cru que cette vénalité augmentoit l'éclat de leur dignité. Pour ne rien prendre ſur moi, je me contenterai de rapporter la plainte que faiſoit déja M. Ch. du Moulin, de ſon tems, & qui eſt écrite dans ſa note ſur le ſtyle du parlement, part. 1, ch. 7, § 13. *O quam hodie florentior eſſet juſtitia Franciæ, ſi officia non venderentur imperitis aut iniquis, aut utroque morbo captis; ſed meliores gratis deligerentur.*

DE LA SOCIÉTÉ, ET CONTINUATION D'ICELLE.

QUESTION CENT-VINGT-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Par la diſpoſition du droit, la ſociété finit par la mort.*
2. *Dans la coutume d'Auvergne, ni la mort ni le partage ne rompent point les ſociétés.*
3. *Le droit veut que les ſociétés finiſſent par la mort, de peur de bleſſer la liberté de teſter.*
4. *Les coutumes ne font pas grand cas du pouvoir de teſter.*
5. *Conciliation des loix qui paroiſſent contraires.*
6. *Eſpéce de la queſtion, ſur laquelle l'arrêt ci-après eſt intervenu.*
7. *Clauſe du contrat qui donnoit lieu à la queſtion.*
8. *Arrêt du 31 août 1652, qui juge que la mort ni le partage, ne rompent la ſociété dans la coutume d'Auvergne.*
9. *Les aſſociations ſont rares dans le Lyonnois, Forez & Beaujolois.*

BIU Cujas

QUESTION CXXV.

Si dans la coutume d'Auvergne la société finit par la mort d'un des associés, quoiqu'étendue aux descendans par la convention.

1 IL est certain que par la disposition du droit romain, la société finit par la mort, *l.* 4, *l.* 35, *l.* 59 & autres textes du titre *pro socio*, jusques-là qu'en ladite loi 35, le jurisconsulte dit, que *nemo potest societatem hæredi suo sic parare, ut ipse hæres socius sit.* Et en la loi 59 un autre jurisconsulte dit, *adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres etiam succedat societati.* Et enfin en la loi 52 du même titre, au § 9, le grand Papinien résout, *societatem non posse ultra mortem porrigi, & ideo nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit.*

Mais nos coutumes ne se conforment pas toutes à cela, & en particulier celle d'Auvergne. Car au titre des association, art. 2, non seulement la société, mais encore les convenances de succéder, durent entre les descendans, quand il est ainsi convenu & arrêté, posé qu'il y ait partage fait entre les associés, ou que l'un
2 d'eux meure. De sorte qu'en cette coutume, ni la mort, ni le partage ne rompent la société; & par la force de la convention, non-seulement la société s'étend aux descendans, mais encore le pacte de succeder dure entr'eux, quoiqu'ils ayent partagé; ce qui semble choquer cette regle générale, que le principal sujet manquant, tout l'accessoire se détruit. Aussi Basmaison, paraphraste de cette coutume, reconnoît que c'est chose fort irréguliere & étrange, que tel pacte de succéder, qui de soi seroit réprouvé & nul, s'il n'étoit autorisé & validé par cohérence du mariage, ou de la société universelle, puisse subsister après la ruppture de la société, sans appui ni adherence à aucun contrat: qu'en ce cas, *res incidit in casum à quo incipere non potuit*, & il semble bien rude que des personnes qui n'ont plus rien de commun ensemble, & qui se sont séparées le plus souvent avec aigreur & suite de procès, se doivent succéder. Mais comme ils l'ont ainsi voulu, qu'ils se sont imposé cette loi, & que la condition est égale & l'événement incertain, ils ne s'en doivent pas plaindre, vû même qu'ils s'en peuvent départir d'un mutuel consentement.

Cette différente disposition du droit & de la coutume, n'est pas pourtant sans raison; car quand la loi dit, que *adeo morte socii finitur societas, ut non valeat pactio quod hæres succedat societati*, il faut remarquer après le docte Cujas, *lib.* 10, *observat. cap.* 25, ou plutôt après la glose, sur le § 9 de la loi 52, *ff. pro socio*, ci-dessus alléguée, que c'est parce que cette
3 convention ôteroit le pouvoir de tester, & cette liberté de disposer de ses biens, que les Romains prisoient tant. En effet, si je m'associe avec Titius, & qu'il soit convenu qu'après il sera obligé de continuer la même société avec mon oncle, il est sans doute que par cette convention, je m'adstrains à lui délaisser mes biens, & que je m'ôte le pouvoir d'en disposer au profit d'autres, & même de mes freres, qui me sont plus proches. De même si j'ai parlé de mon fils, je m'oblige de lui laisser mes biens & je m'ôte la liberté d'en tester.

Mais cette raison cesseroit, s'il étoit simplement convenu de continuer la société avec mon héritier: car en ce cas, comme il me seroit loisible d'instituer héritier qui je voudrois, je ne m'ôterois pas la faculté de tester. Mais en ce cas, la convention est rejettée, à cause de l'incertitude de celui qui sera mon héritier, *quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit* § *solvitur institution. de societate.* Ainsi s'il est convenu que la société sera continuée avec mon héritier, la personne étant incertaine, la convention n'est pas valable. Et si je nomme la personne, elle est pareillement nulle; parce qu'en nommant la personne, je m'oblige à lui délaisser mes biens, & me prive du pouvoir d'en disposer & tester.

Mais aux pays coutumiers, comme on ne fait point 4
de cas de ce pouvoir de tester, il n'importe pas aussi que par un contrat de mariage ou par une association on s'ôte ce pouvoir. Et même en pays de droit écrit, les institutions & substitutions contractuelles en faveur de mariage, ont été reçues, & les arrêts les ont approuvées. Il ne faut donc pas trouver étrange que la coutume d'Auvergne, & d'autres aussi autorisent que la société passe aux descendans, & qu'elle soit continuée avec eux; car elle ne se met pas en peine que les associés puissent tester ou non, & que ceux qui succedent, soient héritiers conventionels, ou *ab intestat.*

Mais il reste un scrupule sur ce point, c'est qu'encore que les loix cottées décident nettement, que la société ne peut s'étendre aux héritiers, & que c'est une condition qui n'est pas valable, le jurisconsulte *Paulus* semble pourtant établir le contraire, en la loi 65, § 9, *ff. pro socio.* Car après avoir dit, que *morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures verò supersint*, il ajoute aussi-tôt cette limitation, *nisi in coëunda societate aliter convenerit*; ce que Justinien répete & confirme au § *solvitur, institution. de societate*, qui a déja été cité. Godefroi remarque bien cette contrariété, mais il laisse au lecteur à la digerer.

Mais on peut dire que ces paroles, *nisi fortè aliud in* 5
coëunda societate convenerit, se doivent entendre de la sorte, *ut scilicet uno sociorum mortuo, cæteri in societate permaneant;* ce qui se pratique souvent, qu'un des associés venant à manquer, quoiqu'à son égard la société soit interrompue, les autres ne laissent pas de la continuer. *Borcholten*, jurisconsulte assez célebre, nous fournit cette conciliation, & il l'appuie de l'exemple du compromis, & dit que plusieurs ayant compromis, l'un venant à déceder, le compromis demeure inutile, s'il n'a été convenu qu'il subsistera à l'égard des autres, *l. diem proferre*, § 1, *ff. de receptis.* A quoi il ajoute, qu'il y a cette différence entre la société & le compromis, qu'en la société on ne peut y obliger l'héritier, quoiqu'il soit fait mention de lui; au lieu que l'héritier peut être obligé d'exécurer le compromis, s'il a été expressément convenu, ainsi qu'il est dit en la loi préalleguée.

Or pour revenir à la question proposée, & au su- 6
jet de l'arrêt ci-après inseré, sera remarqué que Antoine, André & Jacques Richard, freres, s'étoient associés en tous biens, & que le contrat portoit, que la société dureroit jusques au dernier vivant, ou partage: & de plus, que pour inviter les enfans à s'y employer, ils y auroient tous part, & feroient tête, quoiqu'il y en eût plus d'un côté que d'autre.

André décede le premier, & laisse trois enfans, auxquels Antoine est decerné tuteur; & quelque tems après n'en étant resté qu'un, Antoine, qui se sentoit valetudinaire, dans la crainte d'une mort prochaine, fait proceder à l'inventaire des effets de la communauté, & ensuite au partage d'iceux, avec Jacques son frere.

Par ce partage les biens sont divisés en sept portions: Antoine, qui cherchoit son avantage, en prend quatre, pour lui & trois enfans qu'il avoit; Jacques en prend deux pour lui & son fils, & proteste d'en avoir une autre, à cause que sa femme étoit enceinte.

BIU Cujas

Et depuis étant accouchée, il fait juger qu'au lieu de ſept, le partage ſe feroit en huit portions, dont il n'en demeure qu'une ſeule à Jean, fils d'André, & qui reſtoit ſeul de ſes enfans.

Jean appelle & fait juger par l'arrêt ci-après inſeré, que les biens ſeroient diviſés en onze parts, & qu'il en auroit quatre, au lieu d'une qui lui avoit été adjugée.

C'eſt ce que la cour a jugé, que par la mort d'André, premier décédé, la ſociété avoit été interrompue, & que le partage ſe devoit faire ſelon l'état & le nombre des perſonnes, au tems de cette interruption, parce que le droit leur en avoit été dès-lors acquis, & les portions étoient cenſées diſtinctes, *ſaltem juris intellectu*. En effet, le partage *nihil dat, ſed tantum ſignificat*, & par lui *quiſque ſuum recipit*. Ce qui étant ſuppoſé, Jean, fils d'André, lors du décès de ſon pere, avoit eu quatre portions acquiſes, l'une du chef d'icelui, l'autre de ſon chef propre, & les autres deux du chef de ſes freres & de ſes ſœurs. Car, comme il a été prédit, André, lorſqu'il déceda, délaiſſa trois enfans, deux deſquels étoient depuis décédés, & avant le partage qu'Antoine fit faire.

Cela ſemble contraire à la diſpoſition de la coutume, qui étend les ſociétés au-delà de la mort d'un des aſſociés. Mais ſoit que la cour ait voulu ſe conformer au droit ecrit, ou qu'elle ait jugé le partage fait par Antoine frauduleux, peu de tems avant ſon décès, & afin de ſe prévaloir du nombre de ſes enfans : nous laiſſons au lecteur d'en peſer la conſéquence. Voici la clauſe du contrat.

7 S'aſſocient en tous leurs biens, avec convention de ſucceder les uns aux autres au défaut d'enfans & deſcendans d'eux. Et pour donner plus de ſujet à leurs enfans de travailler au profit de la communauté, ils participeront par têtes & égales portions à celles des aſſociés, pourvu qu'ils ne ſoient mariés hors de la maiſon ; & même le plus aîné & plus âgé deſdits enfans fera double tête & prendra deux portions, mais ſeulement après le décès des trois freres ; & que la communauté ayant été continuée entre les enfans, le partage s'en faſſe entr'eux ſeuls ; & que lors du partage de la ſociété, leſdits aſſociés vivans ou l'un d'eux, tous leſdits biens ſeroient partagés également entr'eux & tous leurſd. enfans, en ſorte que chacun deſd. enfans prendroit une portion égale à celle de chacun des trois aſſociés, nonobſtant que l'un d'eux eût lors plus d'enfans.

On vouloit inférer de là, qu'encore que l'un des aſſociés décedât avant le partage, ſes enfans ne laiſſoient pas, outre leur portion perſonnelle, d'en prendre une du chef de leur pere. Et l'appellant ſoutenoit par ce moyen, qu'on n'avoit pû confondre ſa portion en celle de ſon pere, puiſque nonobſtant le prédecès ſuppoſé de l'un des freres aſſociés, il avoit été convenu que les biens ſeroient partagés entr'eux également, & que chaque enfant prendroit une portion égale à celle des trois aſſociés, quoique, comme dit eſt, l'on ſuppoſât l'un des trois décedé. Mais l'appellant paſſant plus avant, diſoit que lors du décès du pere, la ſociété avoit été terminée par ſa mort, & que c'eſt dès-lors que le partage s'en devoit faire.

Extrait des regiſtres du parlement.

ENTRE Jean Richard, fils de défunt André Richard, demeurant à Ambert, demandeur ſuivant la clauſe de reſtitution inſerée dans le relief d'appel du 22 juin 1650 d'une part : Et maître Claude Maureau lieutenant en la maréchauſſée d'Auvergne, Gregoire Thomazet, Benoît Maleval, damoiſelle Jeanne Richard, Anne & autre Anne Richard, leurs femmes ; & Jean Richard du Praſt tuteur des enfans de défunt Jacques Richard, & Thomas Daurelle marchand demeurant à Ambert, mari de Marie Richard, défendeurs d'autre, &c. VU par la cour, &c. IL EST DIT, que ladite cour faiſant droit ſur le tout, a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant, en ce qu'il n'auroit été adjugé audit Richard appellant, qu'une part des biens de la ſociété & communauté d'entre défunts André Richard ſon pere, Antoine & Jacques Richard freres ; émendant quant à ce, ayant égard à la demande portée par leſdites lettres de relief d'appel, a ordonné & ordonne qu'il ſera inceſſamment procédé à nouveau partage des biens, dont eſt queſtion par-devant le conſeiller rapporteur du préſent arrêt ; auquel partage ſera délivré audit Jean Richard quatre portions deſdits biens, avec reſtitution de fruits ; ſçavoir une portion de ſon chef, une du chef d'André Richard ſon pere, & une du chef de Claude Richard ſon frere, & une du chef de Dauphine Richard ſa ſœur décedées ; ce dont eſt appel au reſidu ſortira ſon effet, condamne leſdits Daurelle, Moreau & conſorts aux dépens des inſtances de lettres, & de la cauſe principale, ſans dépens de la cauſe d'appel : Et ſera le préſent arrêt exécuté en vertu de l'extrait d'icelui. Prononcé le 31 août 1652, & ſigné GUYET. Collationné & ſcellé. 8

OBSERVATIONS.

9 L'Auteur propoſe ici une queſtion qui eſt fréquente dans la coutume d'Auvergne, qui permet les aſſociations, & rare dans les provinces de Lyonnois, Forez & Beaujolois.

Dans l'eſpéce rapportée par l'auteur, il s'agit de ſavoir ſi dans une ſociété entre trois fereres l'on peut ſtipuler qu'après le décès de l'un, ſes enfans ſuccéderont en ſa place par têtes & égales portions à celles des autres aſſociés. L'arrêt rapporté l'a ainſi jugé ; c'eſt une déciſion ſinguliere qui ne mérite pas que l'on s'y arrête, mon deſſein étant d'établir les maximes générales du droit écrit.

BIU Cujas

DE L'ASSOCIATION ENTRE MARI ET FEMME.

QUESTION CENT-VINGT-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpéce de la queſtion.*
2. *Le mari aſſocié avec ſa femme, peut s'aſſocier encore avec un autre.*
3. *Mais cette aſſociation ne peut contenir une convention de ſuccéder.*
4. *Mais ſi la femme décéde la premiere, la convention de ſuccéder aura lieu.*
5. *Explication de la régle du droit,* quod ab initio non valuit, tractu temporis convaleſcere non poteſt.
6. *Dans les pays de droit écrit, les aſſociations ne ſont permiſes que dans les contrats de mariage.*

QUESTION CXXVI.

Si le mari qui s'eſt aſſocié avec ſa femme, & avec convention de ſuccéder, peut faire pareille aſſociation & convention avec un autre.

1 MICHEL Guitard Pinon & Michelle Gardelle s'aſſocient par leur contrat de mariage, avec pacte de ſuccéder le ſurvivant au prémourant, au défaut d'enfans. Quelque tems après, le même Guitard fait pareille aſſociation avec Antoine Verchery, & même convention de ſuccéder l'un à l'autre. La femme décede la premiere, & après elle, ledit Pinon ſon mari, ſans aucuns enfans. Sa ſucceſſion eſt diſputée entre ſon frere & ledit Verchery, l'un comme héritier plus proche, & l'autre comme héritier conventionnel.

2 Conſulté ſur ce point par des gens d'Auvergne, je dis, que ſi par le ſecond contrat il n'y avoit qu'une ſimple aſſociation, elle ne ſeroit pas abſolument incompatible avec la premiere; car encore que le mari ne pût pas y déroger, & contracter une nouvelle ſociété qui fût préjudiciable à la femme, il pouvoit pourtant s'aſſocier avec un tiers, du moins ſur ſa part & moitié, ou bien en telle ſorte que la femme y demeurât jointe pour un tiers, & s'en prévalût.

3 Mais pour la convenance de ſuccéder, pour ſe ſervir des termes de la coutume, je n'ai pas cru qu'elle pût ſubſiſter, & il m'a ſemblé qu'il répugne qu'en même tems la femme ſurvivant au mari, lui dût ſuccéder, & qu'un autre aſſocié fût auſſi en droit de recueillir ſa ſucceſſion, & que l'un & l'autre pût être héritier conventionnel pour le tout, & par une convention diverſe. Tout ainſi que deux teſtamens de même tems, & au profit de diverſes perſonnes, ſe détruiroient, auſſi j'eſtime qu'en ce cas deux héritiers conventionnels *mutuo concurſu ſeſe impediunt*, ainſi que le réſout *Cujacius*, en ſa conſultation 28, après *Julius Clarus*, & autres interprêtes. C'eſt auſſi pour ce ſujet, que par la loi *Ælia Sentia*, celui, *qui ſolvendo non erat*, ne pouvant qu'affranchir un eſclave pour le faire ſon héritier, s'il en affranchiſſoit deux, & les inſtituoit, il ne faiſoit rien, parce que l'un & l'autre ſe faiſoient obſtacle, *l.* 42 & 43, *ff. de hæredibus inſtituend. invicem enim eos ſibi obſtare*, diſent ces loix. Et c'eſt pourquoi ſi ledit Michel Pinon fût décédé auparavant ſa femme, il eſt ſans doute que la ſeconde aſſociation auroit été inutile, du moins, quant au pacte de ſuccéder, parce qu'en ce cas, *quiſque primus hæres ſit ſcriptus*, il eſt préférable, comme il eſt dit *in l.* 60, *ff. de hæredib. inſtituend.*

Mais la femme étant décédée la premiere, & 4
lorſque ledit Pinon eſt depuis décédé, n'ayant pu faire obſtacle audit Verchery, il y a apparence de ſoutenir que puiſque *res incidit in caſum, à quo incipere potuit*; auſſi cette convention peut être valable, & que ce qui ne pouvoit pas avoir lieu au commencement, ne laiſſe pas de ſubſiſter *ex poſt facto*, l'obſtacle qui s'y oppoſoit étant retranché. Tout ainſi qu'en l'exemple ci-deſſus propoſé, quoiqu'on ne pût pas affranchir deux eſclaves à la fois, pour les faire héritiers, l'un d'eux venant à mourir avant le teſtateur, l'inſtitution qui étoit auparavant nulle & inutile, demeure validée par l'événement, *& remoto impedimento.*

Que ſi l'on objecte la loi 210, *de regulis juris*, en 5
laquelle il eſt dit, *quæ ab initio inutilis fuit inſtitutio, ex poſt facto convaleſcere non poteſt.* L'on répond qu'il eſt vrai que cela ne ſe peut faire, *ſolo tractu temporis, & niſi duo concurrant, vitii ſcilicet ceſſatio & noviſſimus actus*, c'eſt-à-dire, *niſi principium ipſius rei utile ſequatur verbis, vel aliis actibus extrinſecus declaratis, veluti ratihabitione aliquâ.* C'eſt ainſi que les interprêtes concilient ladite reglè de droit, avec pluſieurs textes du même droit qui ſemblent contraires.

En la loi 13, *ff. de ſervitut. ruſticor. prædior.* le paſſage qu'un des aſſociés ne pouvoit pas accorder ſeul *in fundo communi*, demeure confirmée par l'approbation des autres, ce qui eſt encore décidé en la loi derniere, *ff. communia prædiorum*, où il dit qu'en ce cas, *hic actus pendebit, donec noviſſimus ſocius cedat.*

En la loi 20, § 10, *ff. de conditionib. inſtitutionum*, le teſtateur avoit ainſi diſpoſé, *Titius hæres eſto, ſi ſervum meum manumiſerit.* On demande ſi Titius l'ayant affranchi, demeure héritier. Le doute procede de ce que Titius ne pouvoit pas être héritier qu'il n'eût affranchi l'eſclave, & il ne pouvoit pas l'affranchir qu'auparavant il ne fût héritier; car ſans cela, cet eſclave n'étoit pas à lui. Le juriſconſulte pourtant réſout qu'encore que Titius ne pût pas donner la liberté, toutefois que l'ayant donnée en un tems auquel il ne pouvoit pas la donner, *poſt aditionem libertas ſervo data, ſecundùm voluntatem teſtatoris convaleſcit.*

En la loi 24, § 10, *de legat.* 1, l'uſufruitier d'un héritage ayant légué cet uſufruit, *inutile legatum eſt*, parce qu'il legue une choſe qui doit finir avec lui. Mais ſi avant ſa mort il acquiert la propriété du même fonds, le légat demeure par-là validé.

Enfin, & ce qui ſemble plus formel, en la loi premiere, § 10, *ff. de legat.* 3, un fils de famille, ou un

BIU Cujas

eſclave ayant fait un légat ou fidéicommis, le juriſconſulte reconnoît que cela ne vaut rien; mais s'ils ſont faits *ſui juris*, & affranchis avant que mourir, le fidéicommis par eux délaiſſé eſt valable, *quaſi nunc datum, cùm mors ei contingit, videlicèt, ſi duraverit voluntas poſt manumiſſionem.* A quoi l'on peut ajoûter ce qui eſt dit en notre droit, *de regula Catoniana.* Car encore qu'elle n'ait pas été introduite pour les héréditès & ſucceſſions, elle peut pourtant être appliquée aux inſtitutions contractuelles, & conventions de ſuccéder appoſées aux contrats d'aſſociation,

Or en ce fait, quoique le pacte de ſuccéder, porté par le ſecond contrat ne pût pas ſubſiſter au préjudice du premier, qui lui faiſoit obſtacle; toutefois, cet obſtacle ayant été levé, & la femme étant prédécédée, dès-lors ce pacte a été validé, ou plutôt, a pris force & ſubſiſtance, même par la volonté tacite des parties, l'un & l'autre des aſſociés ayant voulu demeurer en ſociété, & par la continuation d'icelle confirmer les pactes & conventions qui avoient été appoſées en leurdite ſociéte. Ce n'eſt donc pas *ſolo tractu temporis*, que ce qui étoit vicieux & nul au commencement, ſubſiſte en après; cela ſe fait *quaſi novo conſenſu*, & comme dit eſt, parce que *res incidit in caſum à quo incipere potuit*, & que les parties, aulieu d'y contrevenir, perſéverent dans la même volonté.

Ainſi j'ai ſoutenu que le frere dudit Michel Pinon ne pouvoit rien prétendre en ſa ſucceſſion, qu'il en étoit exclus par ledit Antoine Verchery ſon aſſocié & héritier conventionnel; & en conſéquence, que comme les biens de ladite Michelle Gardelle & dud. Antoine Gardelle ſon pere avoient été acquis audit feu Pinon, ils devoient auſſi paſſer à ſon héritier, après la mort dudit Gardelle, & l'uſufruit qu'il s'étoit réſervé fini; le droit de retour n'ayant point de lieu en Auvergne, s'il n'eſt ſtipulé; & d'ailleurs, les biens ayant changé de nature par la mutation de la perſonne. Comme la choſe eſt ſubtile, c'eſt ſauf meilleur avis qu'il eſt ainſi réſolu.

OBSERVATIONS.

L'Auteur propoſe encore ici une queſtion de la coutume d'Auvergne; ſçavoir, ſi le mari qui s'eſt aſſocié avec ſa femme, & avec convention de ſuccéder, peut faire enſuite avec une autre perſonne une pareille convention. Il décide que ſi la femme meurt la premiere, la convention ſera bonne; il demeure d'accord que cette convention n'eſt pas valable dans ſon principe, mais qu'elle le devient après le décès de la femme, contre la régle du droit, *quod ab initio non valuit, tractu temporis convaleſcere non poteſt*, laquelle il interpréte en cette maniere, *niſi duo concurrant, ſcilicet vitii ceſſatio, & noviſſimus actus.* Il convient pourtant que la queſtion eſt difficile, & ſa modeſtie lui fait dire en finiſſant, *c'eſt ſauf meilleur avis qu'il eſt ainſi réſolu.*

Je ne ſuis pas aſſez téméraire pour décider une queſtion, ſur laquelle mon maître a héſité; je dirai ſeulement que dans les pays de droit écrit je n'eſtime pas que la choſe ſoit ſuſceptible de difficulté, parce que ces ſortes de conventions ne ſont pas permiſes, *pactis non defertur hæreditas.* L'uſage les a autoriſé dans les contrats de mariage; parce que ce ſont des loix de familles, auſquelles la loi publique veut bien déférer : mais hors les contrats de mariage on ne doit point les permettre ni les ſouffrir.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

QUESTION CENT-VINGT-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Par la diſpoſition du droit, les petits-enfans tomboient en la puiſſance de l'ayeul.*
2. *En France, le mariage émancipe, & par conſéquent les petits-enfans ne tombent point en la puiſſance de l'ayeul.*
3. *La fille mariée, après la mort de ſon mari, ne revient plus en la puiſſance de ſon pere.*
4. *L'ayeul ne peut ſubſtituer pupillairement à ſes petits-enfans.*
5. *Concluſion de l'auteur, qu'après la mort du pere les enfans ne paſſent point en la puiſſance de leur ayeul, & qu'il n'a pas l'uſufruit de leurs biens.*
6. *Du principe, que dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, le mariage émancipe, il y a quatre conſéquences à tirer.*
7. *Dans les parlemens de droit écrit, le mariage n'émancipe point les enfans de famille.*
8. *Dans le droit, le mariage n'eſt pas un moyen pour émanciper les enfans de famille.*
9. *La puiſſance paternelle a toujours eu lieu à Lyon.*
10. *Ce n'eſt que ſur la fin du XV^e ſiécle, que*

BIU Cujas

que l'on a commencé à prétendre qu'à Lyon le mariage émancipe.

11. *Il n'y a que les grandes dignités qui émancipent.*

12. *L'office de conſeiller dans une cour ſouveraine n'émancipe pas.*

13. *Arrêt qui a jugé que la charge de tréſorier de France n'émancipe point.*

14. *Dans les dignités eccléſiaſtiques, il n'y a que celle de l'épiſcopat qui émancipe.*

15. *Le négoce n'émancipe pas.*

16. *L'habitation ſéparée pendant dix ans, émancipe.*

17. *La majorité n'émancipe pas.*

Des effets de la puiſſance paternelle.

18. *Les enfans de famille, quelque âge qu'ils ayent, ne peuvent teſter que des pécules caſtrenſes.*

19. *Ils peuvent donner entre-vifs ou à cauſe de mort, du conſentement de leur pere.*

20. *Un pere ne peut faire donation à ſes enfans étant en ſa puiſſance, mais la donation eſt confirmée par la mort du pere.*

21. *La donation d'un fils de famille à ſon pere eſt valable.*

22. *La preſcription ne court point contre les enfans de famille.*

23. *Le pere jouit de l'uſufruit des biens des ſes enfans.*

24. *Cette régle ſouffre cinq exceptions.*

25. *Le pere jouit des biens de ſes enfans, quoiqu'ils décédent avant lui.*

26. *Le pere qui aſſiſte au contrat de mariage de ſon fils, demeure reſponſable de la dot de ſa belle-fille.*

Des droits des peres ſur les biens de leurs enfans, après l'émancipation.

27. *Le pere, après l'émancipation, a droit de jouir de la moitié des biens de ſes enfans.*

28. *Il n'eſt pas néceſſaire de faire aucune réſerve de cet uſufruit.*

29. *Ainſi réglé par tranſaction, entre mademoiſelle de Montpenſier, & madame de Guiſe.*

30. *Les peres domiciliés à Paris jouiſſent des biens de leurs enfans, ſitués en pays de droit écrit.*

31. *Les peres domiciliés en pays de droit écrit, jouiſſent des biens de leurs enfans, ſitués en pays coutumier.*

32. *Les peres ont droit de jouir de la moitié des biens qui échéent à leurs enfans, après leur émancipation.*

33. *Le pere peut renoncer à cet uſufruit, au préjudice de ſes créanciers.*

34. *Des moyens par leſquels finit la puiſſance paternelle.*

35. *De quelle maniere doit être faite l'émancipation.*

36. *Des cas auſquels le pere peut être contraint d'émanciper ſes enfans.*

37. *L'émancipation doit être générale; cependant elle peut être faite pour un ſeul cas, quand il y a raiſon ou néceſſité.*

38. *L'émancipation particuliere ne met pas le fils en droit de teſter.*

39. *Arrêt du parlement de Paris, qui a déclaré valable le teſtament d'un fils de famille émancipé pour la conſervation de ſes droits.*

40. *Des coutumes qui admettent la puiſſance paternelle.*

QUESTION CXXVII.

Si le pere étant décédé, l'ayeul paternel eſt cenſé avoir en ſa puiſſance les enfans.

Nous avons vu diſputer ce point en notre ſiége, & les opinions ont été diverſes. C'eſt ce qui nous oblige d'en faire une queſtion, & de tâcher de la décider par les principes de notre droit. Nous l'avons même jugé néceſſaire à cauſe des tailles, parce que, s'il eſt vrai, comme pluſieurs croyent, que le pere mort, & laiſſant des enfans, leur ayeul paternel eſt cenſé les avoir en ſa puiſſance, & qu'ils ne ſortent de la puiſſance du pere, que pour tomber en celle de l'ayeul, il s'enſuivra que l'uſufruit de leurs biens lui appartiendra, & qu'il ſera corviſable pour iceux, puiſque la taille eſt une charge qui ſuit les fruits.

C'eſt ce qui a ſouvent été agité en cette élection, juſques-là, que comme on tenoit que les enfans tomboient en la puiſſance de leur ayeul paternel, non-ſeulement on vouloit qu'il portât la taille de leurs biens, mais encore qu'il ne pût pas renoncer à cet avantage. On jugeoit bien qu'une mere, à qui l'uſufruit a été légué, le pouvoit quitter; mais on n'accordoit pas cela à l'ayeul, parce que, diſoit-on, c'eſt un droit que la nature lui donne, & que comme il ne peut pas ſe défaire de ſa qualité, il ne peut pas non plus renoncer aux priviléges qui en ſont inſéparables. Juriſprudence nouvelle & qui répugne aux regles de notre droit, par leſquelles chacun peut renoncer à ce qui a été introduit en ſa faveur, pourvu que cela le regarde ſeul. Outre

BIU Cujas

qu'étant loiſible d'émanciper les enfans, en quelque âge qu'ils ſoient, auſſi-bien l'impubere que le pubere; ſi l'ayeul les avoit en ſa puiſſance, il lui ſeroit aiſé de les en ſortir, & par ce moyen, s'ôter l'uſufruit.

Mais venant à la queſtion propoſée, on peut dire que parce qu'en France le mariage émancipe, le fils marié ſort de la puiſſance du pere, eſt fait pere de famille, & par conſéquent, a ſes enfans en ſa puiſſance, leſquels, autrement par le droit romain, ſeroient, auſſi-bien que le pere, en la puiſſance de l'ayeul. Donc le mariage & l'émancipation qu'il cauſe ceſſant, comme la puiſſance du pere eſt éteinte par ſa mort, celle de l'ayeul doit ſubſiſter, & reprendre ſes droits, qui ont été plutôt ſuſpendus qu'abolis. Que l'obſtacle levé, les choſes doivent revenir au premier point, & les enfans n'étant plus au pere, rentrer au pouvoir de leur ayeul : qu'il eſt véritable qu'il leur tient lieu de pere, & qu'autrement l'ayeul paternel n'auroit pas plus d'avantage que le maternel : que pour émanciper le pere, il ne s'enſuit pas que cette émancipation porte toujours conſéquence pour celle des enfans.

Qu'en effet, au § dernier du titre des inſtitutes, *quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur*, l'empereur dit que ſi la belle-fille eſt enceinte, & qu'après, le pere émancipe le mari, *prægnante nuru, quod ex ea naſcitur in poteſtate avi naſcitur*; d'où il faut inférer que les enfans nés avant l'émancipation du pere ne la ſuivent pas, & ſont encore au pouvoir de l'ayeul, *etiam vivente patre*. Et quoiqu'au même endroit il ſoit dit que les enfans nés ou conçus après l'émancipation du pere lui ſoient ſoumis, c'eſt parce qu'il fait obſtacle à l'ayeul : mais cet obſtacle ceſſant, comme il eſt dit, la puiſſance de l'ayeul reprend ſa force. Enfin les interprêtes ayant remarqué qu'une des conditions de la ſubſtitution pupillaire eſt que les enfans, auſquels on voudroit ſubſtituer pupillairement, ne retombent point en la puiſſance d'un autre, il faut entendre cela du décès du pere, l'ayeul ſurvivant.

Au contraire, il faut dire que par le droit romain, le pere non-ſeulement a en ſa puiſſance le fils; mais encore les enfans d'icelui & petits-enfans, à cauſe que le mariage n'émancipoit pas. C'eſt ce que Juſtinien dit expreſſément, au § *qui igitur, Inſtitut. de patria poteſtate*. Mais au lieu qu'il falloit une émancipation expreſſe, il ſuffit parmi nous que le fils ſoit marié; car il ſort par-là de la puiſſance du pere. De ſorte que les enfans qu'il a ſont ſous ſa puiſſance, & non ſous celle de l'ayeul. Tout ainſi que le même Juſtinien, au § dernier du titre *quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur*, fait diſtinction des enfans nés ou conçus avant l'émancipation. Il dit donc, que ſi durant la groſſeſſe de la belle-fille, *nuru prægnante*, le pere émancipe ſon fils, l'enfant conçu auparavant ne laiſſe pas d'être ſous ſa puiſſance, & que cette émancipation ne s'étend qu'aux enfans qui ſont nés ou conçus après. C'eſt parce que le pere émancipant ſon fils, pouvoit retenir les petits-enfans, *nepotes ex filio*, ainſi qu'il eſt décidé au § *admonendi* du titre préallégué.

2 D'où il faut inférer, que comme en France, le mariage tient lieu d'émancipation, auſſi tous les enfans qui en naiſſent ne peuvent être que ſous la puiſſance de leur pere, & non ſous celle de leur ayeul. Que cet ayeul ne les a jamais eu en ſon pouvoir, & que ſon pouvoir a ceſſé à l'égard du pere avant leur naiſſance. Il ne peut donc pas reprendre ce qu'il n'a jamais eu quant à ces enfans; & il répugne que l'ayant perdu pour le pere en le mariant, il veuille, ou puiſſe faire revivre pour les enfans un pouvoir éteint. C'eſt parce que *jus ſemel extinctum non poteſt reviviſcere*, parce que *à privatione ad habitum non datur regreſſus. L. Mævius 66, § duorum, ff. de legat. 2, & l. qui res, § nec admiſſum, ff. de ſolution.*

C'eſt ce qui eſt tellement vrai, que la fille mariée 3
& qui par le mariage eſt ſortie de la puiſſance du pere, n'y retombe pas, quoique veuve & mineure, ainſi que le tient *Boerius, deciſione* 197, où il aſſure que cela s'obſerve en toute la France; ce qui eſt confirmé par d'Argentré, ſur l'art. 410 de la coutume de Bretagne, & par Brodeau, ſur M. Loüet, en la lett. M. nomb. 17. Que ſi la fille qui a été ſous la puiſſance du pere n'y retombe point, l'obſtacle du mariage ceſſant, il y a bien moins d'apparence que les enfans *ex filio*, qui n'y ont jamais été, n'y tombent point.

Et quant à ce qu'on dit, que pour ſubſtituer aux 4
enfans pupillairement, il ne faut entendre cela de l'ayeul, que ſelon la diſpoſition du droit romain, & au cas que l'ayeul, en émancipant ſon fils, eût retenu ſous ſon pouvoir ſes petits-enfans. En ce cas, il ne pourroit pas leur ſubſtituer pupillairement, parce qu'après ſon décès ils tomberoient dans la puiſſance du pere. Et même, ſuppoſé que cet ayeul eût en ſa puiſſance & ſon fils & ſon petit-fils, ſi les faiſant héririers, il vouloit ſubſtituer au petit-fils impubere pupillairement, il ne pourroit pas le faire, parce que lui décédé, comme ſon fils deviendroit *ſui juris*, les enfans qu'il pourroit avoir auſſi ſe trouveroient ſous la puiſſance de leur pere. Et partant, la ſubſtitution pupillaire ſeroit inutile, parce qu'étant cenſée le teſtament du pupille, il faut pour cela qu'il ſoit *ſui juris*, & que lors de ſon décès il ne ſe trouve pas ſous la puiſſance d'autrui. C'eſt ainſi que *Politus* & *Zazius* l'expliquent au traité qu'ils ont fait de la ſubſtitution pupillaire.

Concluons donc que c'eſt une erreur de croire, 5
que le pere mort, les enfans qu'il laiſſe retombent en la puiſſance de leur ayeul paternel, & que cet ayeul ait l'uſufruit de leurs biens.

En effet, il eſt certain que le mari étant décédé, la fille, quoique mineure, ne retombe point en la puiſſance de ſon pere, mais demeure dame de ſes droits, ainſi qu'il eſt décidé par pluſieurs coutumes: la Rochelle, article 24; Orléans, 181; Nivernois, ch. 23, art. 1 & 26; Auvergne, ch. 14, art. 2, & autres cottées par Brodeau, ſur M. Louet, en la lett. M, nomb. 20.

Cantenus, parte 3, c. 21, n. 63 & ſeq. tient ouvertement, que ſuppoſé que le fils ſoit émancipé par le mariage, il eſt certain *nepotem non naſci in avi poteſtate § penult. quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur*, & par conſéquent, que l'ayeul ne lui peut donner un tuteur, *l. à quo tutela, § nemo poteſt, ff. de regul. juris, & § permiſſum, & § nunc autem, inſtitut. de tutelis.* Bref, qu'il ne lui peut pas ſubſtituer pupillairement, *l. 2, ff. de vulgari*, ni même avoir l'uſufruit de ſes biens. Il cite à ce ſujet Emmanuel Coſta, ſur la loi *Gallus, § & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſthumis.*

OBSERVATIONS.

De la puiſſance paternelle.

6 DANS cette queſtion, l'auteur propoſe comme une maxime générale du royaume, que le mariage émancipe; de ce principe il tire trois conſéquences.

La premiere, qu'après la mort du pere, ſes enfans ne tombent pas dans la puiſſance

BIU Cujas

de leur ayeul : ainſi il ne jouit pas de l'uſufruit de leurs biens, & par conſéquent il ne doit pas être impoſé à la taille pour raiſon d'iceux, parce que la taille eſt une charge qui ſuit les fruits.

La deuxiéme, que la fille mariée étant ſortie de la puiſſance de ſon pere par ſon mariage, n'y retombe pas après la mort de ſon mari, quoiqu'elle ſoit mineure.

La troiſiéme, que l'ayeul n'ayant pas ſes petits-enfans ſous ſa puiſſance, il ne peut pas leur ſubſtituer pupillairement; cela a été ainſi jugé par un arrêt célébre, rendu en l'audience de la grand'chambre le 3 ſeptembre 1667, plaidans M. Langlois, Fourcroy, Menardeau, & M. Talon, avocat général, ſur l'appel d'une ſentence du bailli de Mâcon. L'arrêt eſt rapporté dans le journal des audiences, tom. 3, liv. 1, ch. 39, & par M. Soefve, tom. 2, cent. 4, ch. 4.

Il faut tirer encore une quatriéme conſéquence du principe établi par notre auteur; ſavoir, que les enfans de famille mariés peuvent faire teſtament, même en faveur des étrangers, au préjudice de leur pere. Cette queſtion a été jugée par pluſieurs arrêts, rapportés par Meſſieurs Louet, let. M, ch. 18, le Prêtre, cent. 3, ch. 38, Montholon, arrêt 29, Chopin, *de morib. Pariſ.* liv. 2, tit. 4, nomb. 7. Le Brun, dans ſon procès-civil, page 150.

Uſage des parlemens de droit écrit.

Notre auteur, dans cette queſtion, établit pour maxime générale que dans toute la 7
France le mariage émancipe; cependant cela n'eſt pas vrai dans les parlemens de droit écrit.

A l'égard du parlement de Toulouſe, il eſt bien certain que le mariage n'émancipe point; c'eſt la doctrine uniforme de tous les auteurs de ce parlement, qui rapportent pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé : Maynard, liv. 5, ch. 2, & liv. 8, ch. 60. D'Olive, liv. 3, ch. 3. Cambolas, liv. 1, ch. 27. Durant, ch. 21. Deſpeiſſes, tom. 2, pag. 5, col. 2. Graverol ſur la Rocheflavin, liv. 6, tit. 44, & Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 51.

La même juriſprudence eſt gardée au parlement de Provence, ſuivant le témoignage de Boniface, tom. 1, liv. 4, tit. 2, ch. 1, & liv. 8, tit. 2, ch. 3, & de M. Peiſſonnel, dans ſon traité de l'hérédité de fiefs, ch. 24, où il traite fort bien la queſtion, & réfute ſolidement l'opinion de du Moulin, pour avoir ſoutenu le contraire, ſur le conſeil 245 de Dece, il dit que cet auteur n'avoit pour régle dans ſes déciſions que ſes entêtemens & ſes fantaiſies. Il faut ajouter la bonne opinion qu'il avoit de lui-même.

A l'égard du parlement de Bordeaux, M. Boyer qui en étoit premier préſident, dit dans ſes déciſions, queſt. 197, nomb. 5, que dans toute la France le mariage émancipe. Automne, dans ſa conférence du droit, ſur la loi 6, *ff. qui teſt. fac. poſſ.* dit auſſi, que dans le reſſort du parlement de Bordeaux le mariage émancipe. M. Maynard, liv. 9, ch. 9 ſoutient le contraire, & rapporte pluſieurs arrêts du parlement de Bordeaux, qui ont jugé qu'une fille mariée ne peut point teſter. Lapeyrere, let. E, nomb. 17, dit que par la coutume générale du royaume, la fille mariée eſt émancipée; toutefois ne peut faire teſtament. Il ajoute dans les notes, que dans le reſſort de ſon parlement il faut une émancipation dans les formes, pour mettre une fille mariée en état de faire teſtament, ainſi dans ce parlement l'émancipation par le mariage n'eſt qu'une émancipation de bienſéance, qui ne donne point droit à l'enfant marié de diſpoſer de ſes biens par teſtament, ou par donation à cauſe de mort, ſans le conſentement de ſon pere.

* Le même auteur ſur la lettre S, dit que dans le reſſort du parlement de Bordeaux, le mariage ne tire pas les filles hors de la puiſſance du pere.

Pour ce qui eſt du parlement de Dauphiné, je n'ai vu aucun auteur de ce pays qui en parle : mais je ſai par tradition, que dans cette province le mariage n'émancipe point, puiſque le pere eſt reſponſable de la dot de ſa belle-fille reçue par ſon fils non émancipé. Barry, *de ſucceſſ.* liv. 1, tit. 7, n. 6, dit que dans tous les parlemens de droit écrit, le mariage n'émancipe pas.

Dans le droit, il eſt certain que le mariage n'émancipe point. La loi 20 *ff. de adult.* 8
permet au pere de tuer ſa fille qu'il a en ſa puiſſance, quand il la trouve en adultere; cela ſuppoſe que la fille qui eſt mariée, demeure en la puiſſance de ſon pere. Les loix du code 7, *de nupt.* 4, *de collat. &* 5, *de condit. inſert.* ſuppoſent auſſi que la fille mariée, demeure toujours en la puiſſance du pere. Juſtinien, dans ſes inſtituts, *quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur*, ne parle point du mariage; ce qui ſuppoſe que le mariage n'eſt pas un moyen pour ſortir de la puiſſance paternelle. Dans ſa novelle 97, chap. 6, il oblige la femme de rapporter ſa dot, quoique ſon mari ſoit inſolvable, faute par elle de l'avoir retiré de ſes mains, ſi elle a été en état d'agir; *ſi quidem ſuæ poteſtatis fuerit*, ce qui prouve que les filles mariées étoient ſous la puiſſance de leur pere.

BIU Cujas

La puiſſance paternelle a toujours eu lieu à Lyon, comme il eſt juſtifié par un reſcrit de l'empereur Adrien, qui eſt rapporté dans la loi 15, § dernier *ff. de excuſat.* il eſt adreſſé à *Bitraſius Pollio*, (il faut lire avec Cujas Vitraſius) qui étoit Légat à Lyon, c'eſt-à-dire, lieutenant du proconſul des Gaules, il faiſoit ſon ſéjour à Lyon. Dans la ſuite les proconſuls, les préfets du prétoire, & les empereurs y firent leur ſéjour; & les habitans de Lyon étoient admis dans le ſénat de Rome: enſorte que Lyon étoit une ſeconde Rome;
10 c'eſt pourquoi les Lyonnois ſont ſi jaloux de l'obſervation du droit Romain. Cependant comme les appellations reſſortiſſent au parlement de Paris, les mœurs du droit coutumier s'y introduiſent peu-à-peu, l'émancipation par le mariage en eſt un exemple. Il y a environ cent cinquante ans que cet uſage s'y eſt établi; la preuve la plus ancienne, dont j'aie connoiſſance, eſt un arrêt célébre rendu aux grands jours de Moulins le 22 décembre 1540, par lequel, ſur la requiſition de M. de Marillac, avocat du roi, qui dans cette occaſion prit la qualité d'avocat général, les obligations des femmes contractées à Lyon, ſans l'autorité de leurs maris, furent déclarées nulles: cela fit préſumer qu'une fille mariée ſortoit de la puiſſance de ſon pere pour entrer ſous celle de ſon mari, ne pouvant pas être ſous la puiſſance de deux différentes perſonnes en même tems. Enfin ſur la fin de ce même ſiécle cet uſage fut expreſſément établi par deux arrêts de 1595 & 1597, rapportés par M. Louet & le Prêtre, ci-deſſus cités. Il y eut ſur cela une célébre diſpute; M. Pierre Allard, conſeiller au préſidial de Lyon, publia en 1598, un petit traité, intitulé *Catacriſe de l'opinion de ceux qui tiennent le droit Romain pour loi ou coutume en Lyonnois, & autres pays, abuſivement appellés de droit écrit;* lequel fut fortement réfuté par un auteur anonyme, qui publia en 1601 une apologie intitulée anticatacriſe; cependant la catacriſe a prévalu. A préſent c'eſt une maxime certaine qu'à Lyon, & dans tous les pays de droit écrit, du reſſort du parlement de Paris, le mariage émancipe.

11 Mais comme un abus en entraîne pluſieurs autres, il s'eſt trouvé des gens qui ont prétendu qu'à Lyon les charges, la prêtriſe, le négoce fait à part, & même la ſeule majorité émancipent; je crois devoir réfuter cette erreur.

A l'égard des charges, il n'y a que les grandes dignités, comme celle de préſidens des cours ſouveraines, d'avocats & procureurs généraux qui émancipent; Barry, *de ſucceſſ.* liv. 1, tit. 7, n. 2, *in fine*, & Deſpeiſſes, tom. 2, page 6, n. 18, après Rébuffe, le ſoutiennent ainſi. Je crois qu'il faut dire la même choſe des miniſtres, des ſecrétaires & des conſeillers d'état, comme auſſi des maîtres des requêtes; mais à l'égard des conſeil-
12 lers des cours ſouveraines, ils demeurent toujours ſous la puiſſance paternelle, à l'exemple des ſénateurs, dont la dignité n'exemptoit pas de la puiſſance paternelle, comme Juſtinien le déclare dans le § 4, *quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur.* Faber, dans ſon code, *de patr. poteſt. def.* 3, Barry & Deſpeiſſes ci-deſſus cités, le ſoutiennent poſitive-
13 ment; à plus forte raiſon les conſeillers des préſidiaux, & autres juriſdictions inférieures: cela a été ainſi jugé à l'égard des tréſoriers de France dans une cauſe où je plaidois; voici l'eſpece. Le ſieur Chana du Coin, tréſorier de France en la généralité de Lyon, étant âgé de plus de trente ans, paſſa une obligation de deux mille livres au profit du nommé Morel, orfévre de la même ville. Quelque tems après Morel fit aſſigner le ſieur du Coin en la ſénéchauſſée de Lyon pour être condamné au payement de cette ſomme; lequel en vertu de ſon committimus, fit renvoyer la cauſe aux requêtes de l'hôtel où je la plaidai, & la perdis. Je conſeillai à ma partie d'appeller de la ſentence, & ſur l'appel je trouvai à propos de faire intervenir le ſieur Chana pere, pour ſoutenir que ſon fils n'avoit pû, étant en ſa puiſſance, contracter cette obligation; la cauſe portée à l'audience de la grand-chambre, par arrêt rendu le 9 août 1692, ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, pour lors avocat général, qui eſt fort verſé dans la ſcience du droit, auſſi-bien que dans toute ſorte de juriſprudence, la ſentence fut infirmée; la cour ayant égard à l'intervention du pere & aux lettres, & icelles entérinant, déchargea le fils de la demande de Morel: défunt M. Dufournel plaidoit pour le pere, M. Fleurdelis plaidoit pour Morel, & moi pour le ſieur du Coin.

* L'intervention du pere en ſemblable cas eſt favorablement reçue, même en pays coutumier, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt rendu en la grand-chambre le 21 juin
14 1689, qui eſt rapporté en forme dans le 5^e^ tome du journal des audiences, livre 5, ch. 19.

A l'égard des dignités eccléſiaſtiques, il n'y a que l'épiſcopat & les autres dignités ſupérieures qui émancipent, ſuivant la novelle 81, chap. 3; mais la prêtriſe ni les autres ordres, ni même la qualité d'abbé, de prieur & de curé n'émancipent pas, comme M. Papon dans ſes arrêts, liv. 7, tit. 1, nombre 24, l'établit fort bien, & après lui Barry, *de ſucceſſ.* liv. 1, tit. 7, nomb. 3. M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 51, ſur la fin, cite un arrêt du parlement de Toulouſe, du 27 avril 1657, qui l'a ainſi jugé à

BIU Cujas

l'égard d'un curé, quoiqu'il eût demeuré plus de dix ans hors la maiſon de ſon pere; ce même arrêt eſt cité par M. Graverol, ſur M. de la Rocheflavin, liv. 6, ſur le mot *émancipation*, tit. 44. Il en donne la raiſon; cette habitation ſéparée étant néceſſaire, détruit l'émancipation tacite, attendu qu'elle eſt l'effet d'une volonté préſumée.

Pour ce qui eſt du négoce, bien des gens prétendent qu'un fils de famille faiſant tra- 15
fic à part, eſt émancipé; j'ai entendu dans une cauſe en la grand-chambre un avocat général poſer cela pour une maxime certaine. Pour moi je ne crois pas que ce ſoit le négoce qui produiſe l'émancipation, mais l'habitation du fils ſéparée de celle du pere 16
pendant un long-tems; parce que ce tems eſt ſuffiſant pour faire préſumer que le pere a tacitement conſenti à l'émancipation, ſuivant la loi 1, ou code *de patr. poteſt.* & la novelle 25 de l'empereur Léon ſur la fin; la gloſe ſur cette loi interprete le mot *diu* à dix ans: ce qui a été ſuivi par la juriſprudence des arrêts des parlemens de droit écrit, rapportés par M. de ſaint Jean, déciſ. 49. M. d'Olive, liv. 3, ch. 3. * Lapeyrere, lett. P, n. 56. M. Albert, ſur le mot *teſtament*, art. 30, & M. Catelan, dans l'endroit ci-deſſus cité, (cela doit s'entendre d'une habitation volontaire, & non pas d'une habitation néceſſaire, comme celle d'une fille mariée ou d'une ſervante,) cette eſpece d'émancipation a un effet rétroactif au jour qu'elle a quitté la maiſon de ſon pere; enſorte que les biens acquis lui appartiennent du jour de ſa demeure ſéparée, & que les obligations conſenties par le fils, envers ſon pere pendant ce tems, ſont valables ſuivant les arrêts rapportés par le même auteur, tom. 2, liv. 4 chap. 51.

* L'auteur des nouvelles notes ſur Lapeyrere, lett. E, nomb. 12, dit que la demeure de dix ans hors de la maiſon du pere ne donne pas droit au fils de faire teſtament, *excipe teſtamenti factionem quæ eſt juris publici.*

Il y a pourtant un cas où il ſemble que le négoce émancipe: les marchands, quoique mineurs peuvent valablement paſſer toute ſorte de contrats concernant leur commerce, ſans eſpérance de reſtitution; à plus forte raiſon quand ils ſont majeurs, quoique fils de famille, ils peuvent s'obliger valablement pour le fait de leur commerce: mais cela qui a été introduit pour la ſureté du négoce ne donne point d'atteinte à la puiſſance paternelle.

A l'égard de l'âge de majorité, c'eſt une choſe abſurde de prétendre qu'il ſoit ſeul 17
ſuffiſant pour émanciper. M. Papon en l'endroit ci-deſſus cité, nomb. 25, & dans ſes notaires, tom. 3, liv. 10, pag. 773, réfute fort bien cette erreur; l'arrêt du ſieur du Coin, dont je viens de parler, eſt auſſi une preuve du contraire, puiſque cet arrêt a caſſé l'obligation conſentie par le ſieur du Coin, âgé de plus de trente ans.

Effets de la puiſſance paternelle.

1°. Les enfans de famille, quelque âge qu'ils ayent, ne peuvent point teſter, non 18
pas même du conſentement de leur pere, *l. 6, ff. qui teſt. fac. poſſ.* & *L 3, cod. eod.* ſi ce n'eſt en faveur de leurs enfans & de la cauſe pie, Durant, queſt. 21. Cambolas, liv. 2, ch. 31. Deſpeiſſes, tom. 2, pag. 8, col 1. Catelan, tom. 1, liv. 2, ch. 40.

Le teſtament d'un fils de famille n'eſt pas valable, quoique dans la ſuite il décéde étant pere de famille, *l. 19, ff. eod. & inſtitut. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Durant, dans l'endroit ci-deſſus cité, n. 4.

Les enfans de famille peuvent teſter de leur *pécule caſtrenſe*, ou *quaſi caſtrenſe*; mais ils ne peuvent pas teſter de leurs autres biens, même dans les cas où ils en ont la pleine jouiſſance; ainſi que Juſtinien le décide dans la loi pénultiéme, *qui teſt. fac. poſſ.* & dans la loi derniere § 5, *verſ. filiis de bon. quæ lib.* mais ils peuvent donner à cauſe de mort, du 19
conſentement de leur pere, ſuivant la loi 25, § 1, *ff. de mort. cauſ. donat.* Par cette raiſon, ſi le teſtament fait par un fils de famille contient la clauſe qu'il vaudra comme donation à cauſe de mort, il ſera valable. Maynard, liv. 5, ch. 2, & liv. 9, ch. 9. Expilly en ſes arrêts, ch. 208. Baſſet, en ſes arrêts, liv. 5, tit. 1, chap. 20. Deſpeiſſes, tom. 2, pag. 8, col. 2. Catelan, au même endroit ci-deſſus, cite un arrêt du mois de juin 1668, qui l'a ainſi jugé. Chorier, dans ſes notes ſur la juriſprudence de Guy Pape, pag. 159, nomb. 4, cite trois arrêts du parlement de Grenoble, qui l'ont ainſi jugé. Il faut dire la même choſe ſi le teſtament contient la clauſe *omni melieri modo*, ſuivant les mêmes auteurs; cependant Lapeyrere, lett. C, nomb. 3, aſſure que dans ſon parlement cette clauſe a été rejettée, & qu'il faut faire expreſſément une donation à cauſe de mort; ce qui s'obſerve, dit-il, *tam in judicando, quàm in conſulendo.*

2°. Le pere ne peut rien donner à ſes enfans, étant en ſa puiſſance, parce que tout 20
ce qu'ils acquierent lui appartient; cependant s'il meurt ſans avoir révoqué la donation elle ſera confirmée par ſa mort, *l. 25, cod. de donat. int. vir. & ux.* Je l'ai fait juger ainſi entre François & Aimé Farlay, de la ville de Montbriſon, par arrêt rendu en la grand-chambre le 13 avril 1693.

BIU Cujas

21 La donation à cauſe de mort faite par un fils de famille au profit de ſon pere eſt valable, ſuivant la doctrine de Cujas, conſult. 44 de Guy Pape, de Ranchin & Ferrier, queſt 223, & ſuivant la juriſprudence des arrêts cités par M. Catelan, dans l'endroit ci-deſſus.

22 3°. La preſcription ne court point contre les enfans de famille, quoique majeurs. D'abord cela fut ordonné par Conſtantin pour les biens maternels dans la loi 1, *de bon. mat.* ſur la fin: enſuite Juſtinien dans la loi 1, § 2, *de ann. except.* étendit ce privilége à tous les biens adventifs; & dans la novelle 22, ch. 24, ſur la fin, il ordonna la même choſe à l'égard des gains nuptiaux; mais la difficulté regarde les biens dont les enfans ont l'uſufruit & la propriété tout enſemble. Cette queſtion ſeroit ſuſceptible d'un long diſcours; mais je craindrois de paſſer les bornes de mon deſſein: d'ailleurs la queſtion ſe trouve traitée par deux bons auteurs: M. Cambolas, liv. 3, ch. 1, & M. Duperier, liv. 4, ch. 14. J'ai déclaré que quand je trouverois les queſtions traitées *ex profeſſo* par de bons auteurs, je ne m'y arrêterois pas: depuis j'ai vu la queſtion traitée par Gratian dans ſes *diſcept. for.* tom. 3, ch. 475, où il cite pluſieurs docteurs qui ont traité la queſtion. M. Boniface, tom. 1, liv. 8, tit. 2, ch. 3, & M. Catelan, tom. 2, liv. 7, ch. 15, en parlent auſſi.

23 4°. Le pere qui a ſes enfans en ſa puiſſance jouit pendant ſa vie de l'uſufruit des biens à eux appartenans, ſoit qu'ils leur ſoient échus par ſucceſſion de leur mere, ou qu'ils leur ſoient venus d'ailleurs, *l. 1, cod. de bon. mat.* & *l. 6, de bon. quæ lib.*

24 Cette régle reçoit pluſieurs exceptions, 1°. Pour les biens *caſtrenſes* ou *quaſi caſtrenſes*. 2°. Pour les biens donnés aux enfans par le prince, *l. 7, cod. de bon. quæ lib.* Cette loi excepte auſſi les biens donnés par la femme du prince, *ab Auguſta.* Cette loi doit avoir lieu en faveur de tous les officiers des maiſons royales, pour tout ce qu'ils acquierent à la cour, ſuivant la loi unique au code, *de caſtrenſi omnium palatinorum peculio.* 3°. Le pere n'a pas l'uſufruit des biens advenus à ſes enfans par ſucceſſion, legs, fideicommis, donation ou autrement, quand il a refuſé d'autoriſer ſes enfans pour les accepter, *l. 8, verſ. ſive. de bon. quæ lib.* 4°. Il n'a pas l'uſufruit des parts & portions auſquelles ſes enfans ont ſuccédé à leurs freres ou ſœurs, conjointement avec lui; parce qu'au lieu de l'uſufruit il a une portion virile en propriété, ſuivant la novelle 110, ch. 2, *verſ. ſi vero.* Dans ce cas la preſcrition ne court pas contre les enfans, quoiqu'ils ayent la propriété & l'uſufruit tout enſemble; parce que ces portions étant entre les mains de leur pere ils ſeroient obligés d'agir contre lui. Cela a été ainſi jugé au parlement d'Aix par deux arrêts rapportés par Boniface, tom. 1, pag. 523. * 5°. Le pere chargé de rendre à ſes enfans ne jouit pas des fruits, quand le teſtateur l'a ainſi ordonné expreſſément, *l. in fideicommiſſaria 18, ad Trebell.* & même quoiqu'il ne l'ait pas ordonné expreſſément, s'il paroît que telle a été ſa volonté, *l. batiſta 32, eod.* 6°. Il n'a pas l'uſufruit des biens donnés ou légués à ſes enfans, ſoit par leur mere ou par leurs autres parens, même par des étrangers, à condition que le pere n'en aura pas l'uſufruit, ſuivant la novelle 117, ch. 1.

C'eſt une queſtion de ſavoir ſi cette prohibition comprend l'uſufruit de la légitime, que la mere ou l'ayeul & l'ayeule maternels ſont obligés de laiſſer aux enfans & petits-enfans; cette queſtion eſt partagée entre les docteurs. Accurſe ſur cette novelle, au commencement, dit que l'uſufruit de la légitime eſt compris, parce que cela eſt avantageux aux enfans. Bartole ſur l'autentique *excipitur. cod. de bon. quæ lib.* eſt d'avis contraire, parce que cette condition gréveroit la légitime; chaque opinion a ſes partiſans en grand nombre, ils ſont rapportés par Boyer dans ſes déciſions, queſt. 194, & Fachin dans ſes controverſes du droit, liv. 5, ch. 21, le dernier dit que la queſtion ayant été propoſée à l'univerſité d'Ingolſtad, tous les docteurs embraſſerent le ſentiment de Bartole. M. le Brun dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 4, nomb. 20, 21 & 22, traite la queſtion, il embraſſe l'opinion de la gloſe.

Pour moi je trouve que cette diſpute eſt inutile, puiſque la novelle décide la queſtion en termes exprès, en diſant, qu'il eſt permis à la mere, à l'ayeule & aux autres parens, après qu'ils ont laiſſé la légitime à leurs enfans, de diſpoſer du ſurplus, à condition que le pere n'en aura pas l'uſufruit, *poſtquam relinquerint filiis partem quæ lege debetur;* voilà des paroles qui exceptent formellement la légitime. Auſſi quand la queſtion s'eſt préſentée en juſtice, elle a toujours été décidée en faveur du pere, ſuivant les arrêts rapportés par Papon dans ſes arrêts, liv. 7, tit. 1, nomb. 5, par Automne, ſur la loi 6, *de bon. quæ lib.* & ſur l'autentique *excipitur*, au même titre. Deſpeſſes, tom. 1, pag. 572, col. 1. M. d'Olive, liv. 3, ch. 38, & M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 80, aſſurent que la juriſprudence du parlement de Toulouſe eſt conſtante pour ce parti.

C'eſt auſſi une queſtion de ſçavoir, ſi pour priver le pere de l'uſufruit de ce qui excéde la légitime, il faut une prohibition expreſſe. Je trouve encore cette queſtion décidée

BIU Cujas

par le texte de la novelle, ch. 1, sur la fin, *in illis enim casibus legem quæ usum parentibus præbet, volumus custodiri, quibus non inest hujusmodi conditio;* le mot *usum*, dont se sert Justinien, signifie en cet endroit usufruit; même en suivant Julien, il faut lire *usumfructum*. Cependant M. Boyer, quest. 193, nomb. 3, soutient qu'il n'est pas nécessaire que la prohibition soit expresse, & il dit que cela fut ainsi jugé de son tems au parlement de Bordeaux : mais son opinion est fort bien réfutée par Despeisses, tom. 1, pag. 571, col. 2, nomb. 13.

La régle ci-dessus proposée a lieu, quoique les enfans décédent avant le pere; il ne 25
laisse pas de jouir de leurs biens pendant sa vie, suivant la loi derniere *cod. de usuf.* & la doctrine de tous les bons auteurs, rapportés par M. d'Olive, liv. 5, ch. 12, & M. Duperier, liv. 3, quest. 9. Après deux auteurs aussi excellens, je ferois conscience de m'étendre sur cette question.

Mais je suis bien embarrassé pour les concilier sur une question à-peu-près semblable; savoir si le pere conserve l'usufruit sur les biens que son fils étoit chargé de rendre après sa mort. M. d'Olive rapporte un arrêt de son parlement, qui a jugé qu'un pere institué héritier par sa femme, à la charge de rendre la succession à leur fils, & en cas que le fils lui décédât en bas âge ou sans enfans, le frere de la mere étoit appellé à la substitution : le fils étant décédé en pupillarité, il fut jugé que le pere jouiroit des biens sa vie durant. M. Duperier pretend que c'est là un cas singulier, qui ne peut faire loi pour les fideicommis, dans lesquels les enfans sont institués à la charge de rendre. Si j'osois prendre parti entre ces deux grands hommes, je dirois que le pere conserve l'usufruit dans tous les fideicommis qui commencent en la personne des enfans, & qu'il le perd dans les fideicommis que le testateur étoit lui-même chargé de rendre à ses enfans, & qui après leur décès doivent passer à d'autres, parce que les fideicommissaires tenant les biens du premier testateur, le pere n'a pas droit de prétendre l'usufruit sur des biens dans lesquels la mere de ses enfans n'avoit elle-même que l'usufruit.

Tous les effets de la puissance paternelle dont je viens de parler sont avantageux au pere; en voici quelques-uns qui lui sont onéreux.

1°. Sa seule présence au contrat de mariage de son fils le rend responsable de la dot de 26
sa belle-fille, suivant la loi 22, § 12, *vers. sed si ff. solut. matr.* laquelle est suivie dans tous les parlemens de droit écrit, selon la doctrine de M. Faber dans son cod, liv. 4, tit. 9, déf. 7, liv. 5, tit. 8, déf. 25, & tit 13, déf. 7, & la jurisprudence des arrêts rapportés par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 10. * Lapeirere, lett. D, nomb. 157 de l'édition de 1706, & 130 de l'édition de 1717.

Cette maxime a lieu, quoique le payement de la dot ait été fait au fils en l'absence du pere, & même après son décès, suivant les arrêts rapportés par M. Catelan, au même endroit, & par M. Basset, tom. 1, liv. 4, tit. 5, chap. 5. Le premier rapporte exception à cette régle, quand le pere par le contrat de mariage de son fils l'émancipe, & lui fait une donation suffisante pour répondre de la dot de celle qu'il épouse; en ce cas le pere n'est pas responsable de la dot de sa belle-fille, par sa seule présence au contrat.

Cette obligation n'a pas seulement lieu pour la dot, elle milite aussi pour les bagues & joyaux, & pour le trousseau ou coffre, suivant la doctrine de M. Duperier, liv. 4, quest. 17 : cela me semble ne pouvoir souffrir aucune difficulté; parce que le trousseau fait partie de la dot, & que les bagues & joyaux ont le même privilége que la dot. Cependant M. Catelan, dans le chapitre suivant, rapporte un arrêt rendu à son rapport le 17 mai 1667, par lequel il a été jugé que le pere n'est point responsable de l'augment de sa bru, ni des frais funéraires, ni des habits, ni de la nourriture de l'an du deuil.

A l'égard de l'augment, je trouve la décision de l'arrêt juridique, parce qu'en ce cas la femme *certat de lucro captando;* & suivant la pensée de Justinien dans la loi *assiduis*, *pro lucro non fovemus mulieres*. Pour ce qui est des frais funéraires du mari, le pere est autant obligé à ce devoir que la femme. Pour ce qui est des habits de deuil, quoique la femme doive porter le deuil aux dépens de la succession de son mari, il n'est pas juste de condamner le pere de les payer *de suo*, il y est pourtant obligé par bienséance, car sa bru lui fait honneur en portant le deuil de son fils.

A l'égard de la nourriture de l'an du deuil, que nous appellons dans la province du Lyonnois *l'année de viduité*, elle fait partie de la dot, puisqu'elle tient lieu des intérêts d'icelle, & que pendant cette année la femme ne peut demander sa dot : ainsi je crois que le pere en est tenu, puisque pendant ce tems il ne peut être poursuivi pour le payement de la dot. Je voudrois donc restraindre la décision de cet arrêt, au cas que la femme n'ait point apporté de dot, ou que ce soit des héritages dont elle entre en jouissance aussi-tôt après le décès de son mari.

Mais il ne m'appartient pas de disputer avec un si savant magistrat; d'ailleurs ces

BIU Cujas

queſtions n'étant pas d'uſage au parlement de Paris, où le mariage émancipe de droit, je ne dois pas m'y enfoncer plus avant.

Du droit des peres ſur les biens de leurs enfans après leur émancipation.

27 Par une loi de l'empereur Conſtantin, qui eſt la premiere au code Théodoſien, *de bon. mat.* le pere en récompenſe de la grace de l'émancipation, avoit en propriété le tiers des biens de ſes enfans. Mais Juſtinien au lieu d'un tiers en propriété, accorda au pere l'uſufruit de la moitié de tous les biens, par la loi *cum oportet*, 6, § 3, *de bon. quæ lib.* & par le § 2, du titre des inſtituts, *per quas perſ. nobis adquir.* où il explique le progrès du droit ſur cette queſtion.

28 Il n'eſt pas néceſſaire que dans l'acte d'émancipation le pere faſſe aucune réſerve de cet uſufruit, la loi la fait pour lui : *hoc autem etſi in emancipatione ſibi parentes hoc minimè ſervaverint*, dit cette même loi. Ce que Juſtinien répéte encore dans la loi derniere, *de émancipat. etſi non ſpecialiter hoc ſibi ſervaverit.* Ce droit lui demeure conſervé, à moins qu'il n'y ait renoncé expreſſément, ſuivant cette même loi, § 3, *verſ. hoc autem :* cependant il eſt rare dans les pays de droit écrit que le pere jouiſſe de l'uſufruit des biens de ſes enfans émancipés ; mais s'il n'en jouit pas effectivement, le droit ne laiſſe pas de lui en appartenir, comme le remarque fort bien le ſavant M. Duperier, dans ſes queſtions notables, liv. 3, queſt. 12, ſur la fin. M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 53, dit qu'au parlement de Toulouſe le pere retient cette moitié d'uſufruit, quoiqu'il ne l'ait pas réſervée dans l'émancipation ; il cite un arrêt de 1688 qui l'a ainſi jugé.

29 Cette même queſtion s'eſt préſentée entre des perſonnes d'un haut rang. Feu M. le Duc d'Orléans, que l'on appelloit Gaſton, avoit épouſé l'unique héritiere de la maiſon de Montpenſier ; de ce mariage étoit iſſue une fille que l'on appelloit Mademoiſelle de Montpenſier. Elle poſſédoit du chef de madame ſa mere de grands biens, entr'autres la principauté de Dombes & la baronie de Beaujeu, ſituées dans un pays de droit écrit, proche de Lyon. Monſieur le duc d'Orléans avoit épouſé en ſecondes nôces une princeſſe de la maiſon de Lorraine, d'où il avoit eu auſſi une fille, qui eſt madame de Guiſe. Pendant ſa vie il avoit émancipé mademoiſelle de Montpenſier purement & ſimplement. Après ſon décès il y eut procès entre ces deux princeſſes ; un des chefs de conteſtation fut de ſavoir ſi madame de Guiſe, en qualité d'héritiere de M. ſon pere, pouvoit retenir la moitié des fruits des biens ſitués en pays de droit écrit, appartenans à mademoiſelle ſa ſœur, ou ſi elle devoit rendre compte de la totalité, faute par M. ſon pere d'en avoir fait une réſerve expreſſe dans l'acte d'émancipation. Par la tranſaction paſſée entre ces deux princeſſes, par l'avis de leur conſeil, il fut jugé en faveur de madame de Guiſe.

30 Cette queſtion m'en fournit deux autres. La premiere, que les peres domiciliés à Paris, jouiſſent par droit de puiſſance paternelle des fruits des biens de leurs enfans, ſitués dans les pays de droit écrit ; mais je crois que cette jouiſſance finit quand les enfans ſont parvenus à l'âge de vingt-cinq ans, parce que dans les pays de coutume la majorité émancipe.

31 La ſeconde, ſi les peres domiciliés dans les pays de droit écrit, dont les enfans ont des biens dans les pays de coutume, jouiſſent des fruits de ces biens ; c'eſt-à-dire, ſi le droit de la puiſſance paternelle étend ſon effet par-tout. Cette queſtion ne me ſemble pas ſuſceptible d'une grande difficulté ; parce que la puiſſance paternelle eſt un droit perſonnel, & par conſéquent il ne peut être borné par aucun territoire : car c'eſt une maxime certaine, même dans les pays de coutume, que les ſtatuts perſonnels ſont univerſels, & produiſent leur effet par-tout : d'ailleurs les fruits ſont des choſes mobiliaires. Or *conſtat inter omnes*, que les meubles ſuivent les perſonnes & ſe réglent ſuivant la coutume du domicile. Pour abréger, je me contenterai de citer M. d'Argentré ſur l'ancienne cout. de Bretagne, art. 218, gl. 6, n. 30. Cependant j'ai été conſulté depuis peu ſur l'appel d'une ſentence rendue par M. le lieutenant civil le Camus, dans ce cas. Un homme de Provence a eu une fille de ſon mariage, il échet une ſucceſſion à cette fille par le décès d'un oncle qui demeuroit à Paris ; le pere vient à Paris pour recueillir cette ſucceſſion, les parens collatéraux font difficulté de lui en relâcher les effets, parce qu'il n'a pas été nommé tuteur de ſa fille en juſtice. La conteſtation portée par-devant M. le lieutenant civil, il nomme ce pere tuteur, & pour ſubrogé tuteur un parent collatéral ; & comme le principal effet de la ſucceſſion étoit une rente de cinq cent livres par an ſur l'hôtel de cette ville, il ordonne que quand il y aura quinze cent livres entre les mains du pere il ſera tenu d'en faire un emploi. J'ai répondu que la ſentence n'étoit pas juridique, 1°. en ce que le pere étant tuteur légitime, n'a pas beſoin d'être nommé en juſtice. 2°. En ce qu'en vertu de la puiſſance paternelle, le pere a droit de jouir de tous les revenus des biens de ſa fille, & par conſéquent il ne peut être obligé

BIU Cujas

obligé d'en faire un emploi, ni d'en rendre compte. 3°. Les arrérages des rentes ſont des meubles qui ſe réglent par la coutume du domicile des perſonnes, ainſi qu'il vient d'être dit.

Savoir ſi le pere a le même droit ſur les biens qui échéent aux enfans après leur émancipation.

M. Cujas, dans ſes notes ſur le § 2 des inſtitut. *per quas perſ.* propoſe la queſtion ſans 32
la décider; mais il la décide en faveur du pere dans ſon commentaire ſur le titre du code *de bon. mat.* ſur la fin. C'eſt auſſi le ſentiment de Godefroi dans ſes notes ſur la loi 3, *de bon. mat.* Accurſe, ſur cette même loi 3 *de bon. mat.* eſt d'avis contraire; ſon ſentiment eſt ſuivi par pluſieurs docteurs qui ſont cités par M. Duperrier dans la queſtion ci-deſſus citée, où il traite doctement la matiere. M. Catelan auſſi au même endroit ci-deſſus cité ſur la fin, dit que la loi 3 *de bon. mat.* qui attribue au pere une portion virile dans l'uſufruit des biens qui échéent à ſes enfans, par le décès de leur mere morte depuis leur émancipation, n'eſt pas obſervée au parlement de Toulouſe. Il en donne deux raiſons; la premiere, parce qu'on ne peut acquérir par une perſonne libre, & parce que cette loi a été abrogée par la loi *cùm oportet de bon. quæ lib.* & par la loi derniere *de emancipat.*

Il eſt juſte d'en croire ce magiſtrat ſur le témoignage qu'il rend de l'uſage de ſon parlement; mais il me permettra de dire que les raiſons qu'il apporte ne ſont pas bonnes. A l'égard de la premiere, quand on dit que l'on ne peut acquérir par une perſonne libre, cela s'entend par le fait de l'homme; ce qui n'exclut pas les bienfaits de la loi, ainſi que le dit fort bien Godefroi dans ſa note ſur cette loi 3, *de bon. mat. Non jure adquiſitionis (nec enim per liberam perſonam quidquam adquiritur) ſed tanquam munus legum oblatum reverentiæ paternæ.* A l'égard de la ſeconde, tirée de la loi *cùm oportet*, & de la loi derniere *de emancipat.* l'on ne peut pas dire qu'elles ayent dérogé à la loi 3 *de bon. mat.* puiſque Juſtinien dans ſes loix, ſur-tout dans la derniere, dit expreſſément, qu'il entend que tous les droits accordés au pere par les loix précédentes, lui ſont conſervés, *& legitima jura omnimodò habere, etſi hoc non ſpecialiter ſervaverit.*

Cette même loi 3 *de bon. mat.* & la loi derniere *de emancipat.* accordent à l'ayeul qui émancipe ſes petits-enfans, les mêmes droits qu'au pere qui émancipe ſes enfans.

Savoir ſi le pere, qui avant l'émancipation jouit de tous les biens de ſes enfans, & 33
de la moitié après l'émancipation, peut renoncer à cet uſufruit au préjudice de ſes créanciers. M. Catelan, tom. 2, liv. 6, ch. 14, ſur la fin, fait mention d'un arrêt rendu le 17 juillet 1680, qui a jugé que le pere ne peut renoncer à l'uſufruit qu'il a ſur les biens paraphernaux, appartenans à ſes enfans par le décès de leur mere, ni aux biens à eux échus par le décès de leur ayeul maternel, au préjudice de ſes créanciers.

Je ne ſaurois me rendre à cette déciſion, par deux raiſons. La premiere, cet uſufruit eſt un bienfait de la loi, à laquelle il eſt permis de renoncer: en effet le même auteur, tom. 1, liv. 2, ch. 45, a établi que le pere au préjudice de ſes créanciers peut renoncer à l'uſufruit des biens, dont la propriété a été laiſſée à ſon fils, ſauf à lui l'uſufruit: la raiſon qu'il en donne, c'eſt que cette réſerve n'ajoute rien au droit que le pere a de jouir des fruits des biens de ſes enfans. Enfin en cet endroit il dit poſitivement que le pere peut renoncer à l'uſufruit qu'il a par la puiſſance paternelle ſur les biens de ſes enfans, au préjudice de ſes créanciers.

La ſeconde, le pere peut faire ceſſer cet uſufruit en émancipant ſes enfans, du moins pour la moitié; & les créanciers ne ſauroient empêcher le pere d'émanciper ſes enfans, ni l'effet de l'émancipation; ils ne peuvent pas non plus empêcher que le pere, par l'acte d'émancipation, ne ſe départe de la moitié de l'uſufruit que la loi lui réſerve pour le prix de l'émancipation; & même il eſt rare qu'après l'émancipation le pere jouiſſe de cette moitié d'uſufruit; & quoiqu'il ait droit d'en jouir, les créanciers n'ont pas le même droit: c'eſt un privilége perſonnel; c'eſt une récompenſe ſinguliere qui eſt attachée à la perſonne du pere, & qui ne paſſe point à ſes créanciers. C'eſt le ſentiment de notre auteur au commencement de la préſente queſtion.

Des moyens par leſquels finit la puiſſance paternelle.

1°. Elle finit par la mort naturelle du pere ou du fils, *inſt. quib. patr. pot. ſolvit.* 2°. Par la 34
mort civile de l'un ou de l'autre, § 1, *eod.* mais ſi l'un ou l'autre vient à être rétabli, ce droit reprend ſa force *d.* § *in fine*, & *l. 13, cod. de ſent. paſſ. & reſtit.* ſi ce n'eſt que le pere ne ſoit un diſſipateur, de mauvaiſes mœurs ou de mauvais exemple, *d. l.* § 2. 3°. Par la profeſſion religieuſe de l'un ou de l'autre, parce que parmi nous c'eſt une eſpéce de mort civile. Si après la profeſſion ils reclament contre leurs vœux dans les cinq ans, & qu'ils ſoient rétablis, la puiſſance paternelle reprendra ſa force, par l'argument du § 2 de la loi 13, *de ſent.*

BIU Cujas

paſſ. 4°. Par les grandes dignités, j'ai parlé ci-deſſus des dignités de l'égliſe & de la robe, il faut ajouter toutes les grandes dignités de l'épée & de la cour, ſuivant la novelle 81, où dans le chap. 1. Juſtinien dit que toutes les dignités qui exemptent du décurionat, affranchiſſent de la puiſſance paternelle; il en fait l'énumération dans la loi derniere *de decurion.* livre 10, titre 1. Mais ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que ce genre d'émancipation prive le pere de tout uſufruit, ſuivant le § 1 de ce chap. Fachin, liv. 6, ch. 36, traite fort bien cette queſtion. 5°. Par l'habitation ſéparée pendant dix ans. 6°. Par une émancipation expreſſe.

De quelle maniere doit être faite l'émancipation.

35 Par la loi des douze tables, elle ſe faiſoit par une vente feinte & imaginaire; enſuite par des lettres du prince, ſuivant la loi *jubemus*, au code *de emancipat. lib.* Mais Juſtinien par la loi derniere du même titre, & par le § 6 des inſtit. *quib. mod. patr. poteſt. ſolv.* permet de faire l'émancipation par-devant les juges compétans. Dans les pays de droit elle ſe fait par-devant le juge du domicile du pere, devant lequel le pere déclare qu'il met ſon fils hors de ſa puiſſance, dont le juge lui donne acte, qui eſt enregiſtré au greffe; cela ſuffit, ſuivant le témoignage de M. Papon, dans ſes arrêts, liv. 7, tit. 1, de l'état des perſonnes, art. 24, dans ſes notaires, tom. 3, liv. 10, pag. 774.

* Automne dans ſon commentaire, ſur l'art. 2 de la coutume de Bordeaux, vers le milieu, rapporte la formule de l'émancipation.

L'émancipation doit être faite le pere préſent & requérant; elle ne peut pas être faite par procureur, *l. 5, cod. de emancipat.* une ſemblable émancipation a été déclarée nulle par un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 août 1671, rapportée par Lapeyrere, lett. E, nomb. 6.

Elle doit être faite par-devant un juge; elle n'eſt pas valable par-devant un notaire: ainſi jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux du 10 février 1579, rapporté par Automne ſur la loi *jubemus, cod. de emancipat.* & ſur l'art. 2 de la coutume de Bordeaux. Autrefois la même juriſprudence étoit ſuivie au parlement de Toulouſe, ſuivant les arrêts rapportés par Monſieur Cambolas, liv. 2, chap. 11, & par Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 545, col. 1, ſur la fin, par M. Catelan, tom. 2, liv., ch. 52, qui cite deux arrêts de Toulouſe, qui ont jugé que l'émancipation faite par-devant notaire eſt valable.

* Sur le fondement de ces deux arrêts, j'ai ſoutenu dans un procès du pays de Forez que l'émancipation faite par un pere de ſa fille par-devant un notaire & deux témoins étoit valable; mais le contraire a été jugé par un arrêt rendu le 31 août 1725, en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de M. l'abbé Chavaudon.

Les enfans valablement émancipés ne peuvent être contraints de retourner ſous la puiſſance paternelle, *l. fin. ff. de adopt. & emancip.* ſi ce n'eſt pour cauſe d'ingratitude, *l. unic. cod. de ingr. lib.*

Des cas auſquels le pere peut être contraint d'émanciper ſes enfans.

36 Réguliérement les peres ne peuvent point être contraints d'émanciper leurs enfans, *l. 31, ff. de adopt. & emancip. l. 4, cod de emancip. lib. &* § *fin. inſt. quib. mod.* Il y a quelques cas exceptés, 1°. Si le pere a reçu un legs à cette condition, *l. 9, de cond. & dem.* 2°. S'il maltraite ſes enfans, *l. fin. ff. ſi à parent. quis manum. ſit.* 3°. S'il les engage au mal, *l. ſi lenones 12, cod. de epiſc. aud.* 4°. Le pere qui expoſe ou abandonne ſes enfans, ou leur refuſe des alimens, perd la puiſſance paternelle; parce qu'il en a violé la piété, *l. fin. cod. de infant. expoſ. & cap. un. extr. de infant. & lang.*

Dans tous ces cas le pere eſt privé de l'uſufruit des biens de ſes enfans, ſuivant la loi derniere, *ſi à parent.* qui dénie la poſſeſſion des biens au pere, qui a été contraint d'émanciper ſes enfans pour les avoir maltraité, *ei propter neceſſitatem ſolvendæ pietatis denegata eſt.*

37 L'émancipation eſt un acte légitime, *qui nec diem, nec conditionem recipit. l. 77, de R. J.* ainſi elle doit être générale pour tous les effets: cependant quand il y a raiſon ou néceſſité elle ſe peut faire pour un ſeul cas, & à une fin particuliere, comme pour

38 eſter en jugement, quand le fils eſt obligé de plaider contre ſon pere, ou pour autre cauſe juſte & néceſſaire, & que ſon pere ne veut pas l'émanciper. Mais cette émancipation particuliere ne produit ſon effet que pour la fin pour laquelle elle a été accordée, ainſi que l'établit M. Papon, dans l'endroit ci-deſſus, article 25, ſur la fin: il dit

39 qu'elle ne fait point perdre l'uſufruit au pere. Sçavoir ſi elle met le fils en état de teſter: cela ne devroit pas être; cependant les biens d'Eſtienne Bertaud, de Montbriſon, ayant été ſaiſis réellement, ſon fils aîné, au profit duquel ces biens étoient ſubſtitués, ayant demandé par-devant le Bailli de Montbriſon d'être émancipé, afin d'être en état de s'oppoſer au decret, cela lui fut accordé avec raiſon; en cet état ayant fait ſon teſtament,

BIU Cujas

& institué son frere puîné son héritier universel, son testament fut confirmé par un arrêt reudu à l'audience de la grand-chambre le 10 juillet 1691, que j'ai rapporté sur la question 16 du liv. 6, tom. 3.

Il y a plusieurs coutumes qui parlent de la puissance paternelle, j'avois dessein de 40
les rapporter, mais cette observation n'est déja que trop longue. D'ailleurs M. de Lauriere, mon confrere & mon ami, les rapporte dans son savant glossaire du droit François, sur le mot *hommes & femmes sont tenus pour émancipés*; il dit des choses fort curieuses sur l'usage de la puissance paternelle dans les pays de coutume. M. d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 498, 499, 100 & 101, traite plusieurs questions de la puissance paternelle, par rapport au droit coutumier.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Mes premieres observations sur cette matiere m'ayant coûté beaucoup de tems, & étant assez longues, je ne jugeai pas à propos d'entrer dans la discussion des coutumes qui parlent de la puissance paternelle : ce silence a été blâmé ; les uns en ont attribué la cause au mépris du droit coutumier, les autres à l'ignorance ; pour me disculper de cette double accusation, je crois devoir rapporter ici les découvertes que j'ai faites sur cette matiere dans les coutumes.

Sur ce sujet les partisans du droit coutumier établissent deux grandes maximes ; l'une que la puissance paternelle n'a pas lieu en France ; l'autre qu'en France mariage émancipe.

Ces deux maximes ne sont pas anciennes ni générales.

A l'égard de l'ancienneté elles ne peuvent pas s'en attribuer la gloire ; car il est certain que sous la premiere & la seconde race de nos rois, la puissance paternelle étoit en usage dans toute la France. Mais sans remonter si haut, il est certain que bien avant sous la troisiéme race de nos rois, la puissance paternelle étoit en vigueur dans les pays de coutume, même dans la famille royale, comme il se justifie par les lettres d'émancipation obtenues par Charles de Valois, pour Louis de Valois son fils, qui sont raportées par Dom Luc d'Achery dans son *Spicilegium*, tom. 8, pag. 263. Enfin il n'y a guères plus de deux cens ans que la puissance paternelle avoit lieu à Paris & aux environs, suivant le témoignage de Jean des Mares, qui étoit un célébre avocat au parlement sous le régne de Charles VI, dans ses décisions 36 & 248, de Jean Bouteiller, conseiller au parlement, dans sa somme rurale, liv. 1, tit. 100, *des émancipés*.

La deuxieme maxime, qu'en France le mariage émancipe, n'est pas non plus fort ancienne ; elle détruit même la premiere : car si la puissance paternelle n'avoit pas été en usage, l'émancipation n'auroit pas été nécessaire ; & il auroit été inutile de dire que le mariage émancipe. Mais, quoiqu'il en soit, il est facile de montrer que l'émancipation par le mariage n'est pas fort ancienne. Pour le prouver, je me contenterai de rapporter le témoignage de trois célébres auteurs.

Le premier, est *Joannes Faber*, dans son commentaire sur les instituts de Justinien, au titre *de S. C. Tertull.* n. 2, où après avoir dit, que suivant la coutume du royaume de France, la femme passe dans la puissance de son mari : il ajoute que cela ne la délivre pas de la puissance paternelle, *de consuetudine regni Franciæ, uxor transit in potestatem viri : non tamen eam eximit à potestate patris.*

Le second, est M. Charles du Moulin, dans ses notes sur l'article 1 de la coutume de Blois, qui dit : *enfans sont faits à leurs droits quand ils sont mariés.*

Cet auteur met une exception à cette régle, si ce n'est qu'ils soient demeurans dans la maison de leur pere, *nisi nupserint in familia, id est, manentes in domo, & priori administratione patris.* Il dit la même chose sur l'art. 40 de la coutume de Lille, *intellige seorsim habitantes & habentes proprium separatum domicilium ; aliàs nuptæ, vel uxorati in familia, manent in potestate. Idem* sur l'article 166 de la coutume de Bourbonnois.

Le troisiéme, est M. d'Argentré, sur l'art. 472 de l'ancienne coutume de Bretagne : *si maritus major est, sed tamen filius-familias, mulier in potestate viri est, sed tamen auctoritate soceri opus habet, quamdiu in potestate est, quia ipse quidem maritus non aliter contrahit quam auctore patre.*

Pour achever de prouver que ces deux maximes ne sont ni anciennes ni générales, il suffit d'observer qu'il y a plusieurs coutumes qui ont retenu le droit de la puissance paternelle.

Savoir, Poitou, qui en a un titre exprès ; c'est le neuviéme qui contient neuf articles. C'est de toutes les coutumes celle qui en parle plus amplement & plus pertinemment. Bretagne, art. 498, 499, 500 & 501. Châlons, art. 7 & 8. Reims, art. 6, 7 & 8. Montargis, art. 3 & 8. Orléans, art. 160 & 166. Chartres, art. 103. Châteauneuf, article 133. Berry, tit. 1, art. 3, 4, 5 & 6. Bourbonnois, art. 166, 167 & 168. Nivernois, ch. 22.

BIU Cujas

art. 2. Blois, art. 1 & 2. Auvergne, ch. 14, art. 49. Bourgogne, ch. 6, art. 3. Lille, art. 38. Sedan, art. 5. Bordeaux, art. 1 & 2. Xaintonge, art. 2. Angoumois, art. 120. La Rochelle, art. 24.

Mais ces coutumes ſont fort différentes entre elles; l'on peut réduire toutes leurs diſpoſitions à deux objets. L'un concerne l'effet de la puiſſance paternelle; & l'autre, la forme de l'émancipation.

A l'égard de l'effet de la puiſſance paternelle, il regarde la capacité des enfans, & le droit qui appartient aux peres ſur les biens de leurs enfans.

1°. A l'égard de la capacité des enfans, il n'y a point de coutume qui en parle affirmativement: mais il y en a qui en parlent négativement; ſavoir, Berry, Bourbonnois, Bretagne & Xaintonge, en diſant que les enfans émancipés peuvent eſter en jugement, diſpoſer & contracter valablement. De-là il réſulte, qu'avant l'émancipation ils ne peuvent eſter en jugement ni contracter.

A l'égard de la capacité, il n'y a que la coutume de Berry qui en parle. Dans l'article 2 du titre 18, elle dit que les enfans de famille ne peuvent teſter, ſi ce n'eſt des pécules *caſtrenſes*, ou *quaſi caſtrenſes*.

A l'égard des autres coutumes, les enfans de famille peuvent teſter du conſentement de leur pere, ainſi que l'établit M. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, tit. 6, art. 3, not. 2.

2°. A l'égard du bien des enfans étant ſous la puiſſance de leur pere, il faut diſtinguer entre l'uſufruit & la propriété.

Pour ce qui eſt de l'uſufruit, il y a quelques coutumes, comme Châlons, Reims & Bourgogne, qui donnent au pere qui a ſes enfans en ſa puiſſance, tous les fruits des héritages appartenant à ſes enfans.

La coutume de Bourbonnois dans l'art. 174, ne donne l'uſufruit au pere que juſqu'à l'âge de quatorze ans pour les filles, & de dix-huix ans pour les garçons, duquel même elle prive le pere au cas qu'il ſe remarie, ou que ſes enfans meurent.

La coutume d'Auvergne, ch. 11, art. 2, dit que le pere eſt légitime adminiſtrateur des biens adventifs de ſes enfans, dont il fait les fruits ſiens, & qu'il n'eſt tenu d'en faire inventaire, ni d'en rendre compte. Seulement au cas qu'il ſe remarie, il eſt tenu de faire inventaire, mais non pas de rendre compte.

Il y a plus, dans cette coutume, ch. 14, art. 49, quoique les enfans meurent, le pere conſerve toujours l'uſufruit des biens maternels & adventifs de ſes enfans. Quand le pere marie ſa fille il perd l'uſufruit des biens de cette fille, à moins d'une réſerve expreſſe, ſuivant l'article 48 de ce même chapitre.

La coutume de Poitou, outre les fruits des immeubles, donne au pere la propriété des meubles. Dans cette coutume le pere émancipant ſon fils, peut ſe retenir une portion des fruits & revenus des biens de ſes enfans: mais il faut que cette réſerve ſoit expreſſe.

La coutume de Bretagne, dans l'art. 501, dit que tout ce que les enfans non émancipés acquiérent par marchandiſe, ou par autre voie, appartient au pere, s'il veut & déclare le vouloir. Ce même article excepte ce qui eſt donné aux enfans, ce qui leur eſt venu par ſucceſſion, & ce qu'ils acquiérent par ſervice & proueſſe de leur corps. Ces derniers mots ſemblent détruire ce qui eſt dit au commencement, *par marchandiſe, ou autre voie.* Mais M. d'Argentré dit qu'il faut entendre par ces derniers mots, *par ſervice, ou par proueſſe de leur corps*, les pécules *caſtrenſes & quaſi caſtrenſes*. Il remarque que cet article, auſſi-bien que pluſieurs autres, ont été mal rédigés, *multa hîc inordinatè ſunt ſcripta, ſed frequens in hoc ſcripto eſt ſimilis dialectica.*

Il faut préſentement examiner la forme de l'émancipation preſcrite par les coutumes.

Il y en a deux ſortes, l'une expreſſe, l'autre tacite.

Les coutumes ne s'accordent pas ni ſur l'une, ni ſur l'autre.

A l'égard de l'émancipation expreſſe, la coutume de Poitou requiert qu'elle ſe faſſe devant le juge ordinaire, ayant moyenne juſtice, art. 16 & 311.

La coutume de Montargis dit, que l'émancipation ſe peut faire en quelque âge que ſoient les enfans, tant en jugement que dehors, tant en préſence qu'abſence deſdits enfans, par-devant notaires & témoins.

La coutume d'Orléans dit auſſi qu'un pere peut émanciper ſon enfant, tant en la préſence qu'en l'abſence dudit enfant, en quelque âge que ce ſoit.

La coutume de Berry dit pareillement que le pere peut émanciper ſon enfant, préſent ou abſent, en quelque âge qu'il ſoit, même au-deſſous de l'âge de ſept ans: mais elle ajoute, *pourvu que la cauſe pour laquelle l'on fera ladite émancipation ſoit au profit des enfans.*

La coutume de Bretagne dit, que le pere ne peut émanciper ſon enfant, ſi l'enfant

BIU Cujas

ne le requiert, & que l'enfant ne peut le requérir pendant qu'il eſt mineur.

La coutume de Bordeaux ne parle pas de la forme de l'émancipation ; mais Automne, dans ſon commentaire ſur l'article 2 dit, que l'on y pratique la forme preſcrite par le droit.

Il y a une nouvelle formalité établie par l'édit des inſinuations du mois de décembre 1703, article 16, qui veut que tous les actes d'émancipation ſoient enregiſtrés au greffe de la juriſdiction royale la plus proche du domicile du pere.

A l'égard de l'émancipation tacite, elle ſe fait de pluſieurs manieres. 1°. Par l'âge, 2°. par le mariage, 3°. par l'habitation ſéparée, 4°. par le négoce, 5°. par la prêtriſe, 6°. par les dignités.

A l'égard de l'âge, les coutumes ſont fort différentes : les uns déterminent cet âge à la pubcrté, d'autres à vingt ans, d'autres à vingt-cinq ; enfin il y en a qui diſtinguent entre les nobles & les roturiers.

La coutume de Bourgogne, tit. 6, art. 3, dit que les enfans étant hors d'âge de pupillarité, tenant feu & lieu de leur chef, ou ſéparément de leur pere, ſont réputés émancipés. Cette liberté prématurée paroît fort étrange, & même contraire aux bonnes mœurs : car quel danger n'y a-t-il point de permettre à une fille de douze ans de tenir un ménage de ſon chef, & ſéparément de ſon pere ? Cependant M. Taiſand, dans ſon commentaire ſur la coutume de Bourgogne, en cet endroit, dit que cela ſe pratique encore de la ſorte.

Les coutumes de Châlons & de Reims, déclarent les enfans émancipés, quand ils ont atteint l'âge de vingt ans.

Les coutumes de Berry & d'Angoumois, deſirent l'âge de vingt-un ans.

Les coutumes de Bordeaux & de Bretagne, outre l'âge de vingt-cinq ans requiérent que les enfans ſoient demeurans hors la maiſon du pere de ſon conſentement.

La coutume de Poitou ſe contente de l'âge de vingt-cinq ans pour les roturiers : mais à l'égard des nobles, elle requiert une émancipation expreſſe.

La coutume de Xaintonge, au contraire, ne deſire que vingt-un ans pour les nobles, & pour les roturiers elle veut vingt cinq ans.

A l'égard du mariage, toutes les coutumes diſent que le mariage émancipe.

La coutume de Bretagne y met une condition bien judicieuſe, *pourvu que le mariage ſoit fait du conſentement du pere.*

La coutume de Poitou requiert avec le mariage une habitation ſéparée de celle du pere, pour ce qui eſt des roturiers ; & à l'égard des nobles, outre ces deux conditions, elle deſire une émancipation expreſſe.

La coutume de Xaintonge, outre le mariage & l'habitation ſéparée, deſire encore un âge mûr, ſavoir vingt-un ans à l'égard des nobles, & vingt-cinq ans à l'égard des roturiers.

La coutume de Bourbonnois, après avoir dit que le mariage émancipe, ajoute : *ſinon que autrement fût convenu en faiſant ledit mariage.* Cette clauſe n'eſt pas juridique ; l'émancipation eſt un acte légitime, & ſuivant la régle du droit, *actus legitimus nec diem, nec conditionem recipit.* Cette même coutume dit, qu'après le mariage diſſout, les enfans ne retournent pas en la puiſſance de leurs peres, ayeuls, ou autres. Cette précaution étoit inutile : car quand les enfans ſont une fois émancipés, ils ne retombent plus dans la puiſſance d'aucune perſonne.

A l'égard de l'habitation ſéparée, il n'y a que la coutume de Châlons qui ſe contente de cette ſeule circonſtance ; les autres, comme Bretagne & Bordeaux, deſirent, outre l'habitation ſéparée, l'âge de vingt-cinq ans. Celle de Poitou veut, outre l'habitation ſéparée, le mariage ; & encore à l'égard des nobles, elle deſire une émancipation expreſſe. Celle de Xaintonge deſire tout enſemble, le mariage, l'âge, & l'habitation ſéparée.

Pour ce qui eſt du négoce, il ne produit pas une émancipation entiere ; mais il donne droit au fils de famille de contracter, & de s'obliger pour le fait de ſon commerce, ſans avoir beſoin de l'autorité de ſon pere. C'eſt la déciſion des coutumes de Berry & de Bordeaux.

A l'égard de la prêtriſe, il n'y a que la coutume de Bourbonnois qui en parle. Elle dit : *fils de famille, mariés ou prêtres, ſont réputés émancipés & majeurs.* Coquille, ſur la coutume de Nivernois, ch. 22, art. 2, ſur le mot *hors de puiſſance de pere*, dit auſſi que la prêtriſe émancipe. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, tit. 6, art. 3, not. 6, dit que la prêtriſe toute ſeule n'émancipe pas : mais quand le prêtre poſſéde un bénéfice qui requiert réſidence, il eſt cenſé émancipé.

A l'égard des dignités, la coutume de Reims eſt la ſeule qui en parle. Elle dit : que *les enfans ſont cenſés émancipés, quand au vû & ſçu de leur pere, ils font & exercent*

BIU Cujas

à part négociation, état, ou charges publiques. Suivant ce langage, il ſemble que toutes les charges, même celles de procureur & d'huiſſier, ſoient capables d'émanciper; mais je crois qu'il faut ſuivre la diſtinction du droit entre les grandes dignités & les petites.

Si l'émancipation des enfans prive les créanciers du pere de l'uſufruit de leurs biens.

Dans ma premiere obſervation, j'ai diſputé contre M. Catelan ſur cette queſtion; ce magiſtrat fait mention d'un arrêt de ſon parlement, qui a jugé que le pere ne peut pas renoncer à l'uſufruit que la loi lui donne ſur les biens de ſes enfans *in præmium emancipationis*. J'ai repondu, 1°. que cet uſufruit eſt un bienfait de la loi, & qu'il eſt permis à un chacun de renoncer aux avantages que la loi lui accorde perſonnellement, *licet unicuique renunciare beneficio pro ſe introducto*. 2°. Que le pere peut faire ceſſer cet uſufruit, en émancipant ſes enfans; mais pour toute preuve de cette derniere propoſition, je me ſuis contenté de dire, que c'eſt le ſentiment de M. Henrys.

Depuis j'ai trouvé que la queſtion a été jugée par deux arrêts rendus au parlement de Paris.

Le premier rendu le 30 mai 1636, dans la coûtume de Poitou, reconnoît la puiſſance paternelle, & donne au pere l'uſufruit des biens de ſes enfans non émancipés. Il étoit queſtion de ſçavoir, ſi l'émancipation faite par le pere de ſes enfans, pouvoit empêcher les créanciers du pere, de faire ſaiſir les fruits des biens des enfans; par l'arrêt la cour fit pleine & entiere main-levée aux enfans, de la ſaiſie des fruits de leurs biens depuis leur émancipation. Cet arrêt eſt rapporté par Bardet, tome 2, livre 5, chapitre 19.

Le ſecond rendu le 9 juin 1684, au profit des enfans de M. le duc d'Elbeuf. Pour l'intelligence de cet arrêt, il faut obſerver que la coutume de Normandie donne aux enfans le tiers des biens de leurs pere & mere au moment du mariage; c'eſt ce que l'on appelle *le tiers coûtumier*, dont le pere a l'uſufruit ſa vie durant. Il étoit queſtion de ſavoir, ſi le pere pouvoit ſe déſiſter de cet uſufruit au profit de ſes enfans, & au préjudice de ſes créanciers. L'arrêt juge que les créanciers du pere ne peuvent pas empêcher que le pere ne remette l'uſufruit à ſes enfans. Il eſt rapporté dans le cinquiéme tome du journal des audiences, liv. 7, ch. 25.

La même coutume, art. 382, attribue au pere qui ſurvit ſa femme, ayant un enfant vivant, l'uſufruit de tous les biens de ſa femme, quand il demeure en viduité, & du tiers quand il ſe remarie.

Il a été queſtion de ſavoir ſi le pere peut remettre cet uſufruit à ſes enfans, au préjudice de ſes créanciers; il a été jugé pour l'affirmative par pluſieurs arrêts, rendus au parlement de Rouen, rapportés par M. Baſnage, dans ſon commentaire ſur cet article.

Voilà pour ce qui regarde les pays coutumiers; j'ai auſſi quelque choſe à ajouter pour les pays de droit écrit.

1°. Je n'ai pas parlé des provinces de Breſſe, Bugey, Gex & Valromey, dans leſquelles le mariage n'émancipe point, ſuivant le témoignage de M. Revel, dans ſon commentaire ſur les ſtatuts de ces provinces, pag. 282. Au même endroit il dit que l'émancipation ſe doit faire *coram prætore*.

2°. J'ai dit que le pere ne peut donner à ſes enfans étant en ſa puiſſance. Il faut excepter les donations en faveur de mariage.

Il faut auſſi obſerver que les donations faites par le pere à ſes enfans étant en ſa puiſſance, ne ſont pas nulles de plein droit; elles ſont confirmées par la mort, quand ils décédent ſans les avoir révoquées, *l. 25, cod de donat. inter vir. & uxor.*

3°. J'ai oublié d'obſerver que le pere en ſe remariant, ne perd pas l'uſufruit des biens de ſes enfans, *l. 4, cod. de bon. quæ lib. & nov. 22, ch. 4.*

4°. Sur la queſtion, ſi le pere a quelque droit ſur les biens qui échéent à ſes enfans après leur émancipation, j'ai oublié de citer la loi 3, *cod. de bon. mat.* qui lui donne l'uſufruit d'une portion virile.

5°. J'ai dit que ſur cette queſtion les auteurs ſont partagés, je me ſuis mal expliqué: car ils ne ſont pas partagés ſur la queſtion, ſi le pere a l'uſufruit d'une portion virile dans les biens maternels: leur partage eſt par rapport aux autres biens échus aux enfans après leur émancipation, d'ailleurs que du chef de leur mere. Cujas & Godefroi ſoutiennent, que le pere a l'uſufruit d'une portion virile, de quelque côté que procédent les biens, *à matre, vel materno genere*. Accurſe au contraire ſoutient que le pere n'a l'uſufruit d'une portion virile que des biens échus aux enfans par la ſucceſſion de leur mere, *ſed numquid idem in cæteris adventitiis hodie; reſpondeo non: quia hæc lex ideò hoc admittit, quia deceſſit*

BIU Cujas

uxor hujus viri, quæ unum corpus erat cum eo, & ejus fruebatur bonis ea vivente. Paul de Caſtre, Balde, Faber, & pluſieurs autres, ſuivent l'opinion de la gloſe.

M. Duperrier eſt auſſi de ce ſentiment; pour moi *juravi in verba magiſtri*, *Cujacius inſtar omnium eſt:* il eſt évident que ſon ſentiment eſt le plus juridique. 1°. Cette loi eſt ſous le titre, *de bonis maternis, & materni generis;* ces derniers mots comprennent les biens procédans des parens maternels. 2°. La loi donne le même droit à l'ayeul paternel dans les biens de l'ayeule, *habeat igitur avus veniens cum in poteſtate durantibus, uſumfructum bonorum quæ ex defunctæ aviæ ſucceſſione delata ſunt.*

J'ai dit que les grandes dignités émancipent, & que cette émancipation prive le pere de tout uſufruit, ſuivant la novelle 81, ch. 1, § 1. Lapeyrere, lett. V, nomb. 92, dit que cela a été ainſi jugé en la chambre de l'édit, au profit de M. Jonſac.

DES TUTEURS, S'ILS PEUVENT SE RENDRE

Adjudicataires des biens de leurs mineurs.

QUESTION CENT-VINGT-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le tuteur ne peut point contracter avec ſon mineur.*
2. *Devoir des tuteurs.*
3. *Explication & conciliation des loix ſur cette queſtion.*
4. *Arrêt du 18 mai 1658, qui déclare nulle l'adjudication des fruits des biens d'une mineure, faite à ſon tuteur.*
5. *Quand il n'y a point de fraude, le tuteur peut ſe rendre adjudicataire des fruits des biens de ſon mineur.*
6. *L'uſage de faire les baux des biens des mineurs en jugement, eſt très-utile.*

QUESTION CXXVIII.

Si le tuteur peut pendre l'étrouſſe (1) des fruits de ſon mineur.

CETTE queſtion peut être agitée, & dans la theſe
1 générale, & dans les circonſtances qui ſe peuvent rencontrer dans l'hypotheſe.

Dans la theſe on peut ſoutenir que le tuteur ne peut point avoir de commerce avec ſon mineur, tant parce que *nemo poteſt eſſe author in rem ſuam*, que parce qu'il répugne que le tuteur puiſſe légitimement faire quelque profit ſur ſon mineur. Ce n'eſt pas pour cela qu'il eſt établi, mais plutôt pour procurer le profit du mineur, & avoir autant, & même plus de ſoin des biens d'icelui, que des ſiens propres. S'il fait autrement & tâche de profiter ſur ſon mineur, il fait contre les devoirs de ſa charge, il en viole les regles & en eſt comptable.

Ce qui n'eſt pas avancé par exageration, mais
2 par un raiſonnement tiré de la choſe même. Car comme par la mort du pere, qu'on peut nommer un tuteur naturel, la nature manque à ce qu'elle doit aux enfans, & ſemble les abandonner; auſſi la loi vient au ſecours & ſubroge le tuteur, qu'on peut nommer un pere legal. *Tutor quaſi tuitor*, que la loi ſubſtitue pour l'éducation des mineurs, & pour la conſervation de leurs biens. D'où s'enſuit que comme il ſeroit en quelque façon contre la nature, & par conſéquent odieux, qu'un pere voulût profiter ſur ſes enfans, il eſt pareillement injuſte qu'un tuteur faſſe du profit ſur ſon mineur. Il y a même plus de répugnance: car au lieu que la nature nous oblige de préſumer d'un pere toujours en bonne part; la loi qui n'a pas la même confiance pour le tuteur qu'elle lui ſubroge, regle auſſi ſa charge dans les bornes plus étroites.

Or en cela comme en toutes choſes, la loi veut que l'on agiſſe ſelon la fin qu'elle ſe propoſe, & ſi l'on s'en détourne, elle tâche de ramener les gens, & de les ranger dans le devoir qu'elle leur a preſcrit. Et comme la fin du tuteur eſt de procurer le profit de ſon mineur, comme c'eſt le but pour lequel la loi l'établit; ſi au lieu de le procurer, il en fait le ſien: la loi s'y oppoſe. Elle y fait un obſtacle perpétuel, & venant à le connoître, elle applique au mineur ce que le tuteur s'eſt induement attribué.

Que ſi l'on objecte que cela ayant lieu, le tuteur ſera détourné de faire valoir les fruits de ſon mineur, & que par ce moyen ils ſe vendront à vil prix. L'on répond, que ſa charge l'oblige de les faire valoir, & qu'il peut en ce cas s'en rendre l'adjudicataire à prix raiſonnable. Mais à condition que s'ils lui demeurent à trop bon prix, ce ſoit plutôt pour les ménager, que pour en profiter, plutôt pour en être l'économe, que le maître; en ſorte qu'il demeure au choix du mineur ou de ſe tenir au prix, ou de demander la valeur des fruits.

Auſſi le juriſconſulte *Paulus*, en la loi 34, § *ulti-* 3
mo ff. de contrahenda emptione, décide nettement que *tutor rem pupilli emere non poteſt.* Il le lit ſans diſtinc-

(1) Ce mot ſignifie adjudication, étrouſſer au dernier enchériſſeur, *collocare, addicere pluris licitanti*, dit Ragueau dans ſon indice ſur ce mot. Dans la province, étrouſſe des fruits, veut dire un bail judiciaire; mais ici il ſignifie le bail des fruits & revenus d'un mineur, fait en jugement au plus offrant & dernier enchériſſeur.

BIU Cujas

tion ni limitation, & par un terme abſolu. *Non poteſt*, dit-il, terme négatif & prohibitif, & qui marque un défaut de puiſſance & impoſſibilité civile & morale. Il eſt vrai qu'en la loi 5, *ff. de autoritate tutorum*, un autre juriſconſulte ſemble diſtinguer & deſirer qu'il y ait eu de la mauvaiſe foi de la part du tuteur: mais à bien prendre le ſens de cette loi, elle confirme plutôt la prohibition de la précédente qu'elle n'y déroge.

En premier lieu, le juriſconſulte dit abſolument que le tuteur ne peut pas faire l'office de vendeur & d'acheteur tout enſemble. Après quoi il propoſe que s'il y a un cotuteur, il peut en ce cas acheter de l'autorité d'icelui, mais à condition qu'il n'y ait point d'artifice ni de mauvaiſe foi, parce qu'en ce cas *ſi mala fide emptio interceſſerit, nullius erit momenti.* Enſuite de quoi il ajoute, que ſi le tuteur achete *per interpoſitam perſonam*, & qu'il n'ait pas agi ouvertement, il eſt par-là cenſé en mauvaiſe foi. Mais tout cela ſe refere à ce que le juriſconſulte a dit auparavant du tuteur qui achete de l'autorité d'un autre tuteur. Et partant il ſemble qu'il ne faille s'attacher à ces diſtinctions, qu'en tant que c'eſt pour confirmer la réſolution, & conclure que le tuteur ne peut accepter l'étrouſſe des fruits du mineur, notamment quand il uſe d'artifice, qu'il ſe ſert de perſonne interpoſée, & qu'en un mot il n'agit pas de bonne-foi.

A quoi ne peut non plus faire obſtacle, ce que dit un autre Juriſconſulte en la loi *tutor ff. de adminiſtrat. tutorum*, ſçavoir que le tuteur ayant fait proceder à la vente des meubles & beſtiaux de ſon mineur; ſi au defaut de payer par l'acheteur de partie des beſtiaux le prix d'iceux, le tuteur les reprend & garde longues années; il n'eſt pas obligé d'en rendre compte, mais du prix tant ſeulement. Car cette déciſion eſt ſinguliere, & fondée ſur des raiſons qui changent la theſe. Le tuteur avoit une fois vendu les beſtiaux, ils n'étoient plus au mineur, c'étoit plûtôt ſur un tiers que ſur le mineur que le tuteur les avoit retenus. Cette retention n'étoit donc pas tant une vente nouvelle que le tuteur eût faite ſur le mineur, qu'une ſubrogation au droit de l'acheteur débiteur du prix: Outre qu'en cela le tuteur avoit agi de bonne foi, & plutôt par néceſſité, que volontairement, plutôt pour s'aider à payer, qu'à deſſein d'y profiter. A quoi l'on peut ajouter qu'ayant pû perdre auſſi-bien que profiter, il n'étoit pas raiſonnable qu'après avoir couru riſque, il fût fruſtré du profit.

Enfin ne peut non plus faire obſtacle, ce que diſent les Empereurs en la loi 5. *C. de contrah. emptione*, que s'il eſt permis au tuteur d'acheter des effets du mineur, c'eſt à plus forte raiſon que ſa femme le peut faire: car outre qu'ils n'en parlent pas en termes affirmatifs & déciſifs, leur dire eſt accompagné de deux conditions importantes, & qui font ceſſer le doute qui peut naître de cette loi. Ils ſuppoſent donc que ce ſoit *palam & bona fide*, c'eſt-à-dire ouvertement, ſans artifice & avec liberté pour les encheres. C'eſt-à-dire en ſorte que le tuteur faſſe plutôt miſe, par un zele de ſa charge, que par le deſir d'un gain; que ce ſoit plutôt pour faire aller les fruits du mineur, à-peu-près de leur valeur, que pour y profiter; bref, que s'il demeure adjudicataire ce ſoit plutôt par haſard, que par un deſſein formé. C'eſt ce que les Empereurs entendent par ces termes *palam & bona fide*, & il faut que la bonne foi du tuteur s'y rencontre, qu'elle éclate & ſoit viſible. C'eſt ce qu'on ne peut pas dire lorſque le tuteur prend les fruits du mineur à ſi vil prix qu'il y fait un profit notable. Son procedé ne peut qu'être ſuſpect, & il faut encore que cela ne ſoit pas fait ſans quelque artifice.

Il faut donc en ce cas, & lorſqu'il s'agit d'un profit conſidérable, préſumer le dol du tuteur, & par-là le rendre comptable, par la raiſon que nous avons déja touché, que le tuteur ne peut pas profiter ſur ſon mineur; que la loi s'y oppoſant, elle lui ôte ce profit illégitime & l'applique au mineur, ſur lequel le tuteur l'a fait. Il y a pour cela un texte formel au § 8 de la loi ſeconde *ff. pro emptore*. En l'eſpece de ce § le tuteur avoit acheté quelque héritage de ſon mineur *auctione publicâ*, & comme dit la gloſe *contutore auctore*; on demande ſi cet achat eſt valable: le juriſconſulte diſtingue *ſi pluris habeat emptorem & minoris emerit*, c'eſt-à-dire s'il en a donné plus qu'un autre n'en donneroit, la vente en ce cas eſt bonne, *eo quod deterior cauſa non ſit*; mais s'il en a donné moins que la valeur de la choſe, *tutelæ judicio tenebitur*, c'eſt-à-dire qu'il en eſt comptable. C'eſt ainſi que la Gloſe l'explique, & Cujas après elle, *nota*, dit-elle, *tutelæ conveniri, quia ſicut ab aliis, ſic à ſe ipſo pupillum debuit cuſtodire*, ainſi qu'il eſt dit, *in l. altius ff. ſi ſervitus vindicetur*. Raiſon remarquable pour faire reflechir ſur le tuteur tout ce qu'il fait au préjudice de ſon mineur.

Ainſi quand on ne pourroit ſe reſoudre ſur la queſtion générale à cauſe des textes divers, qui ſemblent approuver ou condamner le procédé du tuteur, qui accepte l'étrouſſe des fruits de ſon mineur, il en faudroit toujours venir à l'hypotheſe, & ſçavoir *ſi pluris vel minoris emerit*, & s'il a fait la condition de ſon mineur bonne ou mauvaiſe, ſuivant ladite loi 2, *ff.* § *pro emptore*. C'eſt en effet la déciſion que Balde en donne, *in l. cum ipſe C. de contrah. emptione & in concilio* 347. *lib.* 4, & après lui le docte Argentré ſur l'article 489 de l'ancienne coutume de Bretagne, où il conclut, *omnino magna cautione in talibus opus eſſe, ut omnia rectè & ſine fraude procedant, alioqui & modicam læſionem reſciſionis cauſam tribuere in tutore*; à quoi il ajoute, *rarum eſſe ut tales contractus ſubverti non poſſint, propter ſuſpicionem interpoſitarum perſonarum, & tutoris debitam curam, & propter perpetuam legis prohibitionem.*

Ainſi les circonſtances ſont à peſer, & la vérité du prix: *multùm enim refert palam apertéque tutorem ſe ut extraneum & quemlibet faceret pupillo, an ſub tutelæ adminiſtratione pupillique utilitate latenter ſua commoda pecunia pupilli juvarit, leg. non exiſtimo, ff. de adminiſtrat. tutor.*

Extrait des regiſtres du parlement.

ENTRE Gabrielle de Gonnet, femme autoriſée par juſtice au refus de Benoît Thorel, conſeiller de Saint Etienne en Forez, fille & héritiere par bénéfice d'inventaire de défunt Pierre de Gonnet, appellante d'une ſentence judiciaire des biens dudit Pierre de Gonnet, faite en la juſtice ordinaire dudit Saint-Etienne, le 20 mars 1634, & d'une autre ſentence rendue au bailliage de Forez le onzieme juillet audit an, d'une part: Et Simon Charpeneys, ci-devant tuteur de ladite appellante, & Antoine Paſturel, intimés: Et entre ladite de Gonnet audit nom, demandereſſe au principal évoqué, par arrêt du 15 mai 1657, aux fins de la commiſſion du 15 avril 1653 & ledit Charpeneys défendeur: & encore entre icelle de Gonnet audit nom, appellante d'une ſentence rendue en la juſtice de Saint-Etienne, le 2 octobre 1634, entant qu'elle lui fait préjudice, & icelui Charpeneys intimé, d'autre. Vu par la cour ladite ſentence d'adjudication du 20 mars 1634, des biens dudit Pierre de Gonnet, faite en la juſtice ordinaire dudit Saint-Etienne, & celle du 11 juillet audit an, rendue audit bailliage des Forêts, dont eſt appel, portant ſubrogation faite au profit dudit Charpeneys en ladite adjudication, au lieu de maître Antoine Berardier, qui étoient poſtérieures en l'acte 4

de

BIU Cujas

de rembourſement : Arrêt d'appointement au conſeil, du 16 décembre 1656 : Cauſes d'appel de ladite Gabrielle de Gonnet audit nom, contenant ſes concluſions, en ce qu'en émendant, l'adjudication par défaut par ledit Juge de Saint-Etienne, fut caſſée & déclarée nulle, les parties remiſes en tel & ſemblable état qu'elles étoient auparavant; ledit Charpeneys condamné à ſe deſiſter des maiſons, granges, étables, jardins, prés & terres dont eſt queſtion, & lui en reſtituer les fruits depuis l'année 1629 qu'il en avoit joui, enſemble lui rendre ſes titres & papiers, avec dommages, intérêts & dépens des cauſes principales & d'appel, tels que de raiſon; ſauf & ſans préjudice à ladite de Gonnet de ſe pourvoir pour ſes autres droits & actions, lorſque ſes titres & papiers lui auroient été rendus : Réponſes dud. Charpeneys : Requête de ladite de Gonnet, employée pour cauſes d'appel des ſuſdites ſentences à l'égard dudit Paſturel : Production & requête employée pour production de ladite de Gonnet : Autre production dudit Charpeneys : Contredits d'icelle de Gonnet & d'icelui Charpeneys : Forcluſion de fournir des réponſes & cauſes d'appel, produire & contredire par ledit Paſturel, ſuivant l'arrêt du 19 avril 1657, ladite commiſſion du 15 avril 1655, & demande au principal évoqué de ladite de Gonnet, faite en la juſtice dudit Saint-Etienne, à ce que ledit Charpeneys fût condamné à lui relâcher les maiſons, granges, étables, jardin, prés & terres de l'hoirie de ſondit pere, & lui reſtituer tous les meubles, denrées & beſtiaux, & pour la valeur la ſomme de mille livres avec les intérêts & fruits, depuis l'année 1629, & auſſi à lui bailler les titres & papiers dont il s'étoit emparé après le décès de ſondit pere, avec dépens, dommages & intérêts : Défenſes dudit Charpeneys, Répliques, Dupliques : ledit arrêt d'évocation du 15 Mai 1657, & par lequel ſur ledit principal évoqué, les parties auroient été appointées en droit, écrire & produire, & acte à ladite de Gonnet, de ce que pour toutes écritures & production ſur ladite demande principale, elle auroit employé ce qu'elle avoit écrit & produit ſur ſes appellations : Productions dudit Charpeneys : Requête de ladite de Gonnet employée pour production; ladite ſentence du 2 octobre 1654, rendue en ladite juſtice de Saint-Etienne, dont eſt appel, en ce qu'elle faiſoit préjudice à ladite de Gonnet : Arrêt d'appointement au conſeil, du 26 mars dernier, & acte à l'appellante, de ce que pour cauſes d'appel, écritures & productions ſur ledit appel, elle auroit employé ce qu'elle avoit écrit & produit en l'inſtance premiere : Forcluſion de fournir de réponſe par ledit Charpeneys; ſa production ſur ledit dernier appel : Contredit de ladite de Gonnet, ſuivant le ſuſdit arrêt, & à contredire, déclaré commun : Acte de rediſtribution de l'inſtance : le tout joint & conſideré, DIT A ÉTÉ, que la cour a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant; émendant, faiſant droit au principal évoqué, a déclaré & déclare ladite adjudication nulle & de nul effet; ordonne que ladite de Gonnet rentrera en la poſſeſſion & jouiſſance deſdites maiſons, granges, étables, jardin, prés & terres mentionnées en icelles; condamne ledit Charpeneys lui en rendre & reſtituer les fruits, du jour d'icelle adjudication, enſemble ſes titres & papiers, dont il ſe purgera par ſerment, & lui rendre compte de l'adminiſtration de ſes biens, dans lequel compte il pourra employer les ſommes par lui utilement employées pour ladite de Gonnet, & qui ſont par elle légitimement dûes; enſemble les intérêts d'icelles, à raiſon de l'Ordonnance, à compter du jour de ladite adjudication; & ſur le ſurplus des demandes de ladite de Gonnet, les parties hors de cour & de procès. Condamne ledit Charpeneys en tous les dépens, ſans dépens à l'égard dudit Paſturel. Prononcé le 18 mai 1658. Collationné. *Signé*, DU TILLET. Le 6 juin 1658, fut le préſent arrêt prononcé à maîtres Millin & Prioux, procureurs.

OBSERVATIONS.

L'Auteur rapporte ici un arrêt qui a caſſé un étrouſſe ou adjudication des fruits des biens d'une mineure, faite au profit de ſon tuteur, qui en avoit fait ceſſion à un particulier; lequel, l'arrêt condamne d'en rendre les fruits : D'où notre auteur infere, que les tuteurs ne peuvent pas prendre l'étrouſſe des fruits des biens de leurs mineurs.

Je trouve cette conſéquence trop forte; il faut croire que dans l'eſpece, ſur laquelle l'arrêt eſt intervenu, il y avoit des circonſtances de fraude, qui ont porté la cour à déclarer nulle l'adjudication; car ſi le mot, *étrouſſe de fruit*, ne ſignifie autre choſe qu'un bail à loyer fait en juſtice, *quo jure* le tuteur ſeroit-il incapable de jouir par lui-même, ou de donner à loyer les biens de ſon mineur ? 5

L'uſage de faire les baux des biens des mineurs en jugement, au plus offrant & dernier encheriſſeur, a été ſagement introduit, pour prévenir les fraudes que les tuteurs pourroient pratiquer dans les baux des immeubles des mineurs : mais nonobſtant cette judicieuſe précaution, ils ne laiſſent pas de frauder, en faiſant enſorte qu'il ne ſe préſente pour enchérir que des gens à eux affidés. 6

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns mes premieres obſervations, j'ai dit que l'arrêt rapporté par M. Henrys, qui a déclaré nulle l'étrouſſe ou l'adjudication des fruits des biens du mineur faite à ſon tuteur, étoit intervenu ſur des circonſtances de fraude de la part du tuteur, & que dans la théſe générale, il n'étoit pas défendu à un tuteur de prendre le bail judiciaire des biens de ſon mineur, pourvu que ce fût de bonne-foi & ſans fraude. Depuis j'ai trouvé que le judicieux Coquille, ſur l'art. 7 du tit. *des exécutions, criées & ſubhaſt.* de la coutume de Nivernois; & Baſnage dans ſon ſavant commentaire ſur l'art. 592 de la coutume de Normandie, à la fin, ſont de même avis.

BIU Cujas

Si le tuteur peut ſe rendre adjudicataire des immeubles des ſon mineur.

M. Henrys dans cette queſtion établit, par de bonnes raiſons, qu'il n'eſt pas permis à un tuteur de ſe rendre adjudicataire des biens de ſes mineurs; cependant dans le droit cela eſt permis, pourvu que cela ſe faſſe publiquement, c'eſt-à-dire, en jugement *in auctione publica*, comme l'explique M. Cujas ſur cette loi, & de bonne-foi, ainſi que cela eſt décidé dans la loi 5, *cod. de contrah. empt. cum ipſe tutor nihil ex bonis pupilli, quæ diſtrahi poſſunt, comparare palam & bona fide prohibetur.* Il faut ajouter encore qu'il ne ſe rende pas adjudicataire par une perſonne interpoſée, ainſi que cela eſt dit dans la loi 5, § 3, ff. *de auctor tut. & curat. Si per interpoſitam perſonam rem pupilli emit, in ea cauſa eſt ut emptio nullius momenti ſit.*

Mornac ſur la loi 5, ci-deſſus citée, fait mention d'un arrêt du 12 janvier 1610, qui a confirmé une ſemblable adjudication; mais en même tems il remarque que ſouvent il ſe commet bien des fraudes dans ces ſortes de ventes de la part des tuteurs, qui par ce moyens ſe font adjuger les biens de leurs mineurs à vil prix; il ajoute qu'il a vu agiter parmi les plus célébres avocats, qu'il ſeroit avantageux de défendre aux tuteurs de ſe rendre adjudicataires des biens de leurs mineurs, *perfidia tamen tutorum ſæpiſſime ea eſt, ut & in eo, per hujus publicæ emptionis ſpeciem, pupillare patrimonium ſibi vili pretio auferant, ut vidi agitatum non ſemel inter primæ famæ patronos utrum è re minorum ſit, admitti ad ejuſmodi emptiones tutorem qui idonea legens tempora, perque artes tacitas, evadat ſenſim rerum pupillarium iniquus dominus.* M. Baſnage, au même endroit, eſt d'avis que quand la vente des biens du mineur ſe fait avec toutes les ſolemnités requiſes, le tuteur peut s'en rendre adjudicataire, pourvu qu'il y procéde de bonne-foi.

M. d'Argentré, ſur l'art. 489 de l'ancienne coutume de Bretagne, eſt du même ſentiment; mais il dit qu'il faut que le tout ſoit fait avec une grande précaution, & ſans aucun ſoupçon de fraude; autrement la moindre léſion eſt une cauſe ſuffiſante pour faire caſſer la vente: il ajoute, qu'il eſt rare qu'une ſemblable vente puiſſe ſubſiſter. *Omninoque magna cautione in talibus opus eſt, ut omnia rectè & ſine fraude procedant: alioquì & modica læſione reſciſſionis cauſam tribueret in tutore, & earum eſt ut tales contractus ſubverti non poſſint, propter ſuſpiciones interpoſitarum perſonarum & tutoris debitam curam.*

Tous ces inconvéniens ſemblent conduire à dire, qu'il ſeroit plus expédient de défendre abſolument aux tuteurs de ſe rendre adjudicataires des immeubles de leurs mineurs; mais d'un autre côté il eſt quelquefois avantageux aux mineurs, que leurs tuteurs ſoient admis aux enchères: car comme dit M. Baſnage, au même endroit, *le tuteur enchériſſant l'immeuble de ſon mineur, fait ſon profit, & provoque les autres à enchérir par deſſus.*

Mais en ce cas il faut obſerver exactement toutes les conditions requiſes par les loix.

1°. *Palam*, dans les ventes publiques.

2°. *Bona fide*, ſans aucun ſoupçon de fraude.

3°. Par eux-mêmes, ſans aucune interpoſition de perſonnes, *nam ſi per interpoſitam perſonam, emptio nullius eſt momenti.*

4°. Que toutes les formalités ayent été obſervées, *ut omnia ſint ſolemniter acta.*

5°. S'il y a la moindre léſion, que le mineur ſoit recevable juſqu'à dix ans après ſa majorité à rentrer dans ſon héritage, en rendant le prix au tuteur, ou à ſes héritiers: car un tuteur ne doit jamais gagner ſur ſon mineur; il n'eſt pas établi pour cela, *tutor à tuendo, & non à tenendo.*

A l'égard des meubles, M. Henrys, dans ce liv. 4, queſt. 112, rapporte un arrêt rendu aux grands jours de Lyon, tenus en 1596, qui fait défenſes aux tuteurs de retenir les meubles des mineurs pour la priſée, & leur enjoint de les faire vendre en public, au plus offrant & dernier enchériſſeur, avec les ſolemnités accoutumées.

BIU Cujas

DES TUTEURS, QU'ILS DOIVENT PERDRE LEUR DU, Faute de l'avoir déclaré.

QUESTION CENT-VINGT-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Par l'ancien droit, un créancier pouvoit être tuteur.*
2. *Par le droit nouveau, un créancier ne peut être tuteur ; & s'il diſſimule ſa créance, il la perd.*
3. *En France où les tutelles ſont datives, le premier point n'eſt pas gardé, mais le ſecond eſt obſervé à la rigueur.*
4. *Il n'y a point de diſtinction à faire entre les tuteurs teſtamentaires, & autres.*
5. *Explication de l'arrêt de Guy Pape.*
6. *Erreur de Ferrerius réfutée.*
7. *Arrêt du 22 mai 1643, qui a jugé qu'un tuteur teſtamentaire perd ſa créance faute de l'avoir déclarée.*
8. *Sentence du préſidial de Lyon, du 10 décembre 1655, qui a jugé la même choſe.*
9. *Les tuteurs teſtamentaires ne ſont pas ſujets à la rigueur de la loi.*
10. *Les autres tuteurs ne peuvent ſe ſervir de cette excuſe, mais on peut la leur objecter.*
11. *Dans les parlemens de droit écrit, les nominateurs ſont reſponſables.*
12. *Les nominateurs ne ſont pas reſponſables dans les pays de droit écrit du parlement de Paris.*
13. *Les nominateurs ſont reſponſables en Normandie, & en Bretagne.*

QUESTION CXXIX.

L'authentique minoris C. qui dare tutores, *de rechef touchée, & ſi elle a lieu contre le tuteur teſtamentaire.*

1 PAR le premier droit, ſoit du digeſte ſoit du code, le créancier pouvoit être tuteur de ſon débiteur. Cela ſe trouve décidé *in l. 12 ff. de rebus eorum qui ſub tutela* ; mais plus expreſſément en la loi 8. *C. qui dare tutores.* Mais ces loix ont été depuis abrogées ; & Juſtinien pour prévenir les fraudes que les tuteurs pouvoient commettre, a jugé à propos d'y établir un réglement contraire.

2 Il eſt donc certain que par le droit nouveau le créancier ne pouvoit être tuteur, & que cette qualité le devoit faire rejetter. Il eſt pareillement certain que ſi diſſimulant qu'il fût créancier, il n'en diſoit mot, il perdoit ſa dette. C'eſt par une nouvelle juriſprudence établie par Juſtinien en ſa novelle 72, de laquelle a été tirée l'authentique *minoris C. qui dare tutores vel curat.* Au premier chapitre de la novelle, l'Empereur défend abſolument de donner la tutelle aucréancier ; & au quatriéme, il veut que ſi nonobſtant ſa prohibition le créancier eſt créé tuteur, & ne déclare ſa dette ou ſon action, il la perde ſans reſſource.

3 Nous n'obſervons pas à la rigueur le premier point, qui eſt d'exclure les créanciers des tutelles ; & comme en France elles ſont datives & dépendent en partie du choix des parens, auſſi peuvent-ils nommer un créancier ou un débiteur, s'il eſt plus capable de faire la charge, pourvû que l'action ou prétention qu'il peut avoir, ne regarde pas le fonds de l'hoirie, pourvu que ce ne ſoit pas de choſe trop importante ; un intérêt leger, & qui ſe peut démêler avec un curateur, ne fait point d'obſtacle aux donations de tutelle.

Mais en ſouffrant qu'un créancier puiſſe être tuteur, s'il eſt approuvé, nous ne ſouffrons pas que ce tuteur décerné, cache impunément ſa qualité & ce qui lui eſt dû & d'où il procéde. Il faut qu'il le déclare d'abord ; & s'il ne le fait, nous ſuivons en cela la rigueur de la novelle, qui le prive de ſon droit, pour aller au-devant des fraudes & des fourbes que les tuteurs pourroient faire.

Et ne faut pas en cela faire diſtinction entre le tuteur teſtamentaire, & le datif, la loi ne diſtingue point, elle eſt générale ; & par conſéquent elle oblige l'un & l'autre de déclarer ſa dette, s'il ne veut ſe ſoumettre à la perdre. Il eſt vrai qua la conſtitution de Juſtinien, ne voulant pas qu'un créancier ſoit tuteur, quelques interprêtes ont agité, ſi le teſtateur l'ayant nommé, quoiqu'il le ſçût tel, ce pouvoit être une exception à la regle : mais ſi quelques-uns d'eux ont crû que le tuteur teſtamentaire pouvoit être créancier, ils ne l'ont pas pourtant diſpenſé d'en faire ſe déclaration en acceptant la tutelle, & il ne s'en trouvera aucun qui ait dit que le tuteur qui ne déclare pas ce qui lui eſt dû, s'en puiſſe excuſer, ſous prétexte qu'il a été nommé tuteur par le teſtament. 4

Snivant la novelle préalleguée, le créancier pouvoit faillir doublement, en ſe rendant tuteur, ſçavoir par l'acceptation de la tutelle ; mais encore plus en diſſimulant ſa dette. Pour la premiere faute, elle peut-être excuſable en la perſonne d'un tuteur teſtamentaire, & quelques-uns l'ont ainſi tenu ; mais pour la reticence de ce qui lui eſt dû, & du ſujet de ſa dette, qui eſt une faute plus grande, elle ne peut être couverte, parce qu'elle implique une violente préſomption de dol & de fourberie, & que ce ſeroit ouvrir le chemin aux fraudes. En effet quoique par notre uſage nous admettions les créanciers aux tutelles, ou ne les diſpenſe pas pour cela de ſatisfaire à la loi & de donner connoiſſance de ce qu'il leur

BIU Cujas

eſt dû, pour n'en pas ſouffrir la perte : Et partant il faut conclure, que quand quelques-uns ont dit en expliquant la novelle 72, que nonobſtant icelle, le nommé tuteur par teſtament le pouvoit être, quoiqu'il fût créancier, ils n'ont pas entendu qu'il ſe diſpenſât de la rigueur de la loi ou plutôt de la juſte précaution qu'elle a eu pour conſerver les biens des mineurs.

5 Et c'eſt en vain que pour établir le contraire, on allegue l'arrêt du parlement de Grenoble, cotté par Guy-Pape en ſa queſtion 144 : car cet arrêt fait plutôt contre leur intention, qu'il ne l'appuye, & on peut dire, ou qu'ils n'en comprennent pas l'eſpece, ou qu'ils l'appliquent très-mal.

Au cas propoſé par Guy Pape, le même qui avoit été nommé tuteur par le teſtament, étoit légataire par icelui, & le même acte lui donnoit une charge & une récompenſe ; quoique légataire, & comme tel créancier du mineur, il accepte la tutelle, & l'exerce. On demandoit ſi par cette acceptation il perdoit ſon legs, & ſi pour s'être immiſcé dans la tutelle, quoique légataire, il en devoit être privé. *Si privari deberet ſibi relictis & donatis*, dit cet auteur. Dans un procès important & qui enveloppoit pluſieurs autres queſtions ; il fut jugé que non, parce que le teſtateur, en faiſant le legs d'une choſe à celui qu'il nommoit tuteur, avoit bien voulu que nonobſtant qu'il fût légataire, il ne laiſſât pas d'être tuteur.

Or, l'on voit qu'en cette eſpece, il n'eſt point parlé d'une dette précédente à la tutelle, mais bien d'une dette qui avoit pris ſa naiſſance avec elle, & étoit comme inſéparable ; mais autrement ſi le tuteur eût été créancier d'auparavant : c'eſt ſans doute que ſuivant la rigueur de la novelle, il auroit été ſujet à la peine, c'eſt-à-dire, à la perte de ſa dette : outre qu'il n'eſt point parlé dans le même arrêt de la réticence de la dette, mais ſeulement de l'acceptation de la tutelle, quoiqu'on fût créancier ou légataire : l'on n'y diſputoit pas, ſi le tuteur, pour n'avoir déclaré ce qui lui étoit dû, le devoit perdre ; mais bien ſi étant légataire & tuteur teſtamentaire, il avoit pû accepter la tutelle & conſerver ſon legs : d'où il réſulte que mal-à-propos on en fait l'application à celui qui taît ce qui lui eſt dû ; puiſqu'en l'eſpece, le même acte qui établiſſoit le tuteur, l'établiſſoit auſſi légataire ; & par conſéquent parlant pour lui, & déclarant aſſez le droit qu'il pouvoit avoir, le déchargeoit d'en faire autre déclaration.

Et ce qui fait encore à conſiderer, c'eſt que le legs fait au tuteur n'étoit pas de quelque ſomme, mais d'un héritage, d'un fief ; de ſorte que par le legs, ce fief étant ſéparé & retranché de l'hoirie, *ſi quidem legatum eſt delibatio hæreditatis* ; il étoit vrai de dire, que ce tuteur légataire avoit été fait plutôt maître & propriétaire du fief à lui legué, que créancier de l'hoirie, n'ayant rien à demêler dans icelle pour raiſon de ce legs.

6 Mais on peut objecter, que *Ferrerius* en ſon annotation ſur le même Guy Pape, aſſure le contraire en faveur du tuteur teſtamentaire ; & ſe fonde ſur un autre arrêt qu'il allegue du même parlement de Grenoble, & qu'il emprunte de Bugnon en ſes loix abrogées : à quoi l'on répond, que *Ferrerius* s'eſt évidemment trompé, auſſi-bien que ſon garant ; car l'arrêt que l'un & l'autre cottent de l'an 1461, n'eſt autre choſe que celui de Guy Pape, que nous venons d'examiner. Pour le connoître, il faut remarquer que le même Guy Pape, avant la queſtion 144, en propoſe pluſieurs autres, qui furent agitées dans un même procès *pro nobili Claudio Alemando*, & jugées par un même arrêt, lequel en la queſtion 143, il dit avoir été rendu en ladite année 1461. D'où s'enſuit que *Ferrerius* ayant pris un ſi mauvais fondement, on ne peut s'appuyer de ſon opinion. Pour toute raiſon, il allegue l'arrêt de Bugnon : l'arrêt de Bugnon n'eſt autre choſe que l'arrêt de Guy Pape ; & nous venons de montrer, que cet arrêt fait plutôt contre le tuteur qui diſſimule ſa dette, qu'il ne peut couvrir ſa faute.

Il faut donc rejetter cette diſtinction des tuteurs teſtamentaires, légitimes ou datifs ; ils peuvent être toujours ſuſpects, & l'occaſion de mal faire en fait naître le deſir. Outre que la loi eſt générale, & les comprend tous, & que même ſur la fin l'Empereur déclare qu'il veut qu'elle ait lieu, *in omni ratione*, en toutes tutelles & curatelles. Que ſi depuis en ſa novelle 94, il en a excepté la mere *exceptio in uno in cæteris firmat regulam*, c'eſt parce que *non eſt affectus qui vincat maternum* ; & que d'ailleurs la mere ne peut être créanciere que pour ſa dot & ſon augment, qui ne ſont exigibles du vivant du mari, ni même après ſa mort, que l'an révolu, au moyen de quoi, il eſt vrai de dire que la mere eſt plutôt tutrice que créanciere, & par conſéquent n'eſt pas obligée de déclarer ce qui lui eſt dû.

Que ſi quelques-uns ont douté ſi la faveur de la mere pouvoit être étendue aux aſcendans, il ne s'enſuit pas que cette extenſion puiſſe avoir lieu pour un oncle : il n'y a pas identité de raiſon, & l'on ne peut argumenter de perſonnes ſi proches, à celles qui paſſent pour étrangeres. La loi en a toujours fait différence, & quoique la nature, en la ligne directe, *in tam neceſſariis conjunctiſque perſonnis*, ainſi que parlent les empereurs, conſerve ſes droits, & maintient ſa vigeur, au contraire, elle la perd en s'écartant dans les branches.

Au reſte, l'arrêt qu'on a cotté du 22 mai 1643, 7 donné contre Agathe Girard, appellante du bailli de Forez, a jugé nettement, & en termes qui étoient plus favorables, que le tuteur qui ne déclare ſa dette, la perd. En l'eſpece de cet arrêt, Martin Coſter étant malade, & quelques jours avant ſon décès, fait & ſigne un arrêté de compte, par lequel il ſe reconnoît redevable de Pierre Girard de 130 l. pour fournitures & autres cauſes contenues au mémoire & arrêté de compte. Coſter étant décédé, Girard eſt décerné tuteur aux enfans mineurs dudit Coſter, & l'acte de tutelle porte que c'eſt ſans préjudice des droits du tuteur, ſans faire autre déclaration ni proteſtation, même lors de l'inventaire. Depuis, l'héritier de Girard, rendant compte pour lui, au premier article de la dépenſe, employe cette partie de 130 liv. Elle eſt débattue pour n'en avoir le tuteur fait déclaration préciſe & certaine ; & le juge ayant réglé les parties à conteſter plus amplement, il y en eut appel devant le bailli de Forez, & depuis au parlement. Enfin, cet article eſt demeuré pour rayé, quoiqu'on ait ſoutenu que Coſter étoit décédé peu de jours après l'arrêté de compte, & partant, qu'il n'y avoit lieu de préſumer que la partie eût été payée ; & d'ailleurs, que ledit Girard avoit été nommé tuteur par le teſtament dudit Coſter, & par lui ſubſtitué aux enfans, & partant, que cela devoit faire ceſſer entre perſonnes ſi proches, oncle & neveu, tout mauvais ſoupçon.

En effet, en la novelle 72, il ſemble que l'empereur veuille établir la perte de la dette qu'on a diſſimulée, encore qu'elle ſoit bien dûe, *etiam ſi vera ſit*, & que ce ſoit une peine qu'il impoſe à tous les tuteurs qui feront la même faute, afin de prevenir les abus, & aller au devant des fraudes ; ou pour mieux dire, afin d'en ôter l'occaſion. De ſorte qu'il ne ſeroit pas néceſſaire d'entrer dans l'examen de la dette, & de rechercher ce qui peut faire croire qu'elle ſoit dûe, ou non. Mais pourtant nous eſtimons que s'il y

BIU Cujas

a lieu de préſumer que la choſe eſt bien dûe, & que le créancier n'en a pas été payé, ſa réticence ne lui doit pas nuire. C'eſt parce que la conſtitution de l'empereur n'eſt fondée que ſur une préſomption du payement, & ſur l'appréhenſion qne le tuteur n'ait ſouſtrait les quittances, pour les ſupprimer. Et c'eſt pourquoi ſi cette préſomption ſe trouve combattue & détruite par d'autres préſomptions plus fortes, il eſt raiſonnable qu'elle emporte la balance, & que la ſubtilité du droit cede à l'équité.

N'en pouvant donner un arrêt aſſez formel, nous en rapporterons une ſentence du préſidial de Lyon, confirmative de celle du bailli de Forez, en l'eſpece qui ſuit.

Antoine Grenet ayant été décerné tuteur aux enfans mineurs de Jean Grenet ſon frere, il accepte la tutelle, ſans aucune déclaration qu'il fût créancier du défunt, ni proteſtation de ſes droits. Et enſuite fait procéder à l'inventaire, ſans avoir de même fait aucune déclaration ni proteſtation.

Ayant continué ſon adminiſtration pendant longues années, & ſe voyant pourſuivi par maître Guy Betournel, médecin de Montbriſon, comme créancier de l'hoirie, il répudie pour les mineurs ladite hoirie, & fait décerner un curateur en icelle, contre lequel il obtient jugement pour ſes droits de légitime, & ſe fait relâcher quelques fonds.

Le ſieur Betournel, enſuite de la ſentence obtenue au bailliage, ayant fait procéder par une ſaiſie réelle de tous les biens, le curateur en appelle, & de ladite ſentence du bailliage, au préſidial de Lyon, où pareillement ledit ſieur Betournel fait entrer en cauſe ledit Antoine Grenet, lui débat ſa qualité de créancier, & en tant que de beſoin, appelle de ce qu'il s'étoit fait adjuger contre le curateur. En un mot, lui oppoſe fin de non recevoir, tirée de ſon ſilence & réticence, & pour n'avoir par l'acte de tutelle, ni lors de l'inventaire, fait aucune déclaration & proteſtation de ſa dette. Qu'en effet, il falloit croire qu'il ne lui étoit rien dû de la conſtitution à lui faite lors de ſon mariage, & qu'il en avoit ſupprimé les quittances.

Par ſentence dudit préſidial de Lyon, au premier 8
chef de l'édit, il eſt dit : en ce qui concernoit les appellations interjettées par Claude Grenet, curateur, de la ſentence du bailli de Forez, & ſaiſie réelle, faite enſuite à la requête de l'intimé ; que ce dont eſt appel ſortira ſon plein & entier effet, avec dépens de la cauſe d'appel ; & en conſéquence, ſera ladite ſaiſie, continuée, parfaite & parachevée ; permis audit intimé de tirer les dépens en frais extraordinaires des criées. Et en ce qui concerne les conteſtations & oppoſitions formées par Antoine Grenet, ſur lad. ſaiſie, la premiere de ſon chef particulier, pour être payé préférablement à l'intimé, de la conſtitution à lui faite en ſon contrat de mariage, ordonne qu'il en eſt débouté, avec dépens en ſon nom, &c. Ladite ſentence eſt du 10 décembre 1655.

OBSERVATIONS.

Si le créancier d'un mineur peut être ſon tuteur.

DAns cette queſtion, l'auteur examine ſi les créanciers des mineurs peuvent être leurs tuteurs, & ſi ayant célé leur créance ils la doivent perdre. Il dit que le premier cas eſt à l'arbitrage du juge ; mais que la rigueur du ſecond eſt obſervée. Il a traité la même queſtion dans ce livre 4, queſt. 36, où j'ai fait pluſieurs obſervations que je ne répéterai point ici. J'ajouterai ſeulement que depuis j'ai vu dans le recueil d'arrêts de M. Catelan, tom. 2, liv. 8, ch. 1, deux arrêts, par leſquels il a été jugé que le tuteur élu par les parens aſſemblés, ne peut ſe diſpenſer d'accepter la tutelle à lui déférée, ſous prétexte qu'il eſt créancier, ou débiteur du pupille. La raiſon que ce ſavant magiſtrat en donne, eſt fondée ſur l'exception établie par les docteurs, en faveur des tuteurs teſtamentaires ; la même raiſon qui a fait établir l'exception en ce cas, parce que le choix du pere leve tout ſoupçon, la doit faire auſſi établir dans le cas du choix des parens ; parce qu'étant reſponſables de l'adminiſtration du tuteur par eux nommé, il n'eſt pas à préſumer qu'ils nomment un méchant ſujet, leur propre intérêt les engage à faire un bon choix : ainſi l'on doit avoir la même déférence pour leur choix que pour celui du pere. Cette raiſon eſt belle, mais elle n'eſt pas juridique, puiſqu'elle n'eſt conforme ni à l'eſprit, ni aux paroles de la loi. Mais j'ai trop de reſpect pour ce grand magiſtrat pour m'attacher à combattre ſes raiſons ; il vaut mieux m'arrêter aux conſéquences que l'on doit tirer de ſa déciſion, 1°. Que les tuteurs teſtamentaires ne ſont pas ſoumis à l'excluſion pronon- 9
cée par Juſtinien contre les créanciers & les débiteurs des pupilles & des mineurs. 2°. que l'on peut oppoſer cette qualité aux autres tuteurs & curateurs pour les exclure, mais 10
qu'ils ne peuvent pas s'en ſervir eux-mêmes pour ſe diſpenſer d'accepter la charge qui leur eſt déférée, ſoit par la loi ou par les parens des pupilles, ou par les mineurs. 3°. Qu'au parlement de Toulouſe les nominateurs des tuteurs & curateurs, ſont reſponſa- 11
bles de la mauvaiſes adminiſtration de celui qu'ils ont nommé, ſuivant la diſpoſition du droit *de fidejuſſ. & nominat. tut. & curat.* laquelle eſt ſuivie dans tous les parlemens de droit écrit, ſuivant le témoignage de Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 538, nomb. 18, de Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 14, ch. 6, 7 & 8, & de Boniface, tom. 1, part. 1, liv. 4, tit. 5, 12
ch. 1. Mais elle n'eſt pas ſuivie dans tous les parlemens de droit écrit, du reſſort du parlement de Paris, ſuivant un arrêt du 16 juillet 1640, rapporté par M. Brodeau, ſur Louet, lett. T, ch. 1, nomb. 5, & par M. Bardet, tom. 2, liv. 9, ch. 10.

Il y a quelques coutumes, comme celle de Normandie & celle de Bretagne, qui 13
rendent les nominateurs garants & reſponſables de l'inſolvabilité des tuteurs & curateurs.

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

A l'égard des tuteurs honoraires, ſuivant la diſpoſition du droit, ils ſont obligés de veiller à la conduite du tuteur onéraire qui a l'adminiſtration des biens du mineur; & s'ils négligent de le faire, ils ſont reſponſables de ſa mauvaiſe adminiſtration, après la diſcuſſion de ſes biens, ainſi qu'il eſt décidé dans la loi *ſi plures 3, § 2, de adminiſt. tut. ſed hi quos vulgò honorarios appellamus, nec quiſquam putet ad hos nullum periculum redundare. Conſtat enim hos quoque excuſſis priùs facultatibus ejus qui geſſerit, convenirioportere. Dati ſunt enim quaſi obſervatores actus ejus, & cuſtodes, imputabiturque eis, quandoque cur, ſi malè eum converſari videbant, ſuſpectum eum non fecerunt. Aſſiduè igitur, & rationem ab eo exigere eos oportet, & ſollicitè curare, qualiter converſetur; et ſi pecunia ſit, quæ deponi poſſit, curare ut deponatur ad prædiorum comparationem, blandiuntur enim ſibi, qui putant honorarios tutores omninò non teneri. Tenentur enim ſecundùm ea quæ ſuprà oſtendimus.* La même choſe eſt décidée dans la loi *ſi quis tutor* 60, § 2, *de rit. nupt.* & dans la loi *quod ſi* 14, § 1, *de ſolut.*

Autrefois au parlement de Paris, l'on ſuivoit la diſpoſition de ces loix, ſuivant le témoignage de Chopin, *de morib. Pariſ.* liv. 2, tit. 7, n. 11, à la fin, & de Mornac ſur la loi 60, *de rit. nupt.* L'on commença à s'en diſpenſer en faveur du duc de Montpenſier, à cauſe de ſa dignité de prince du ſang; Mornac dit que ce fut le premier exemple, *quod tamen ſine exemplo.* Il ajoute que cet exemple ne doit point être tiré à conſéquence pour les autres tuteurs honoraires, de quelque qualité qu'ils ſoient: *non ita ſiquidem in cæteris honorariis tutoribus, cujuſcumque dignitatis exiſtant.* Il cite un arrêt rendu contre M. de la Trimoüille, Vicomte de Thouars.

Ainſi la diſpenſe a commencé par les princes du ſang: enſuite elle a été étendue aux grands ſeigneurs de la cour; enfin aujourd'hui elle eſt reçue en faveur de tous les tuteurs honoraires, ne fuſſent-ils que ſimples gentils-hommes, ou conſeillers de cour ſouveraine, ce qui eſt un grand abus; d'autant plus que preſque toujours les grands ſeigneurs font nommer leurs intendans pour tuteurs onéraires, dont ils ſont les maîtres, & diſpoſent comme il leur plaît, des revenus des biens des mineurs. En ce cas, quand les tuteurs honoraires ſe ſont immiſcés dans l'adminiſtration, & qu'ils ont mis la main ſur biens des mineurs, il eſt juſte de les rendre reſponſables de l'inſolvabilité du tuteur onéraire, du moins juſqu'à concurrence de ce qu'ils ont reçu. Je l'ai ainſi décidé en conſultation.

Les parlemens de droit écrit ſuivent ſur cela la diſpoſition de droit, ſuivant le témoignage de Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 534, col. 2, de Boniface, tom. 1, pag. 317. Lapeyrere, lett. R, nomb. 168, en excepta les princes. Dans le nombre 171 il dit que la prohibition de l'ordonnance de 1539 ne s'étend pas aux tuteurs honoraires. Maynard, liv. 2, ch. 96, dit la même choſe.

Il faut joindre aux auteurs du pays de droit écrit que j'ai cité, Morgue ſur les ſtatuts de Provence, pag. 40, & Chorier ſur Guy Pape, pag. 288, Maynard, liv. 6, chap. 56, Cambolas, liv. 5, ch. 29.

DES TUTEURS, ILS NE PEUVENT RIEN EXIGER
Pour le mariage de leurs mineurs.

QUESTION CENT-TRENTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *C'eſt une choſe odieuſe à un tuteur de vouloir vendre ſa mineure.*
2. *De l'effet des proteſtations.*
3. *Arrêt du 9 avril 1652, qui entérine les lettres obtenues par le mari de la mineure, contre les quittances & obligations exigées de lui par le tuteur.*
4. *Eſpéce ſemblable dans un arbitrage où les lettres ont été entérinées, même contre la reconnoiſſance faite par le mari de la mineure, dans ſon contrat de mariage, d'avoir reçu trois mille livres à titre de dot.*
5. *Arrêt du parlement de Rouen, qui fait défenſes aux tuteurs de ne rien exiger pour conſentir au mariage de leurs mineurs, à peine de punition.*

BIU Cujas

QUESTION CXXX.

Des promeſſes ou obligations que le tuteur exige pour conſentir au mariage de ſa mineure, & ſi les conjectures ſervent de preuves.

S'IL eſt vrai ce que nous avons dit ailleurs, que comme le pere eſt un tuteur naturel, le tuteur eſt un pere légal, & qu'il n'y peut avoir autre différence entr'eux, ſi ce n'eſt qu'au lieu que la nature donne l'un, c'eſt la loi qui donne l'autre. S'il eſt vrai, qu'enſuite de cette ſubrogation, le tuteur doive avoir l'affection d'un pere, n'eſt-ce pas choſe odieuſe qu'il veuille vendre ſa mineure, & la mettre en commerce? que pour conſentir à ſon mariage, il extorque de celui qui la recherche une ſomme conſidérable, & qui emporte partie de la dot? C'eſt auſſi ce que la cour a condamné par l'arrêt que nous donnons au public. 1

Ciceron a eu raiſon de dire en quelque endroit, *tria eſſe ſumma judicia & penè dicam capitis, tutelæ, ſocietatis & depoſiti.* Qui trompe ſa mineure, qui trompe ſon compagnon, & qui fait fraude à un dépôt, viole les droits les plus ſacrés de la ſociété civile, & s'en rend indigne. Mais de ces trois, la fourbe d'un tuteur eſt la plus grande & la plus puniſſable.

Mais comme c'eſt l'ordinaire de déguiſer les fraudes, & que *ipſa tenebras nequitia timet*, diſoit autrefois Sénéque, il ne faut pas auſſi pour cela demander une preuve claire, & il ſuffit qu'on en ait des conjectures, que cette prévarication ſe découvre par quelques actes, & par ce qui a précédé le mariage, ou qui l'a ſuivi. Si le titre du droit *de probat. & præſumpt.* ſuppoſe qu'au défaut de preuve on puiſſe recourir aux préſomptions, & que les préſomptions jointes faſſent une preuve ſuffiſante; c'eſt notamment aux fraudes & choſes occultes, *bona conſcientia prodire vult*, diſoit le même Sénéque; mais la malice ſe cache, & tâche de couvrir ſes traits. C'eſt auſſi pour cette raiſon qu'il eſt dit en la loi 6, *Cod. de dolo, dolum ex indiciis probari, ſicut præſumitur, in l. 41, ff. ad l. Falcidiam.*

Au reſte, comme en l'eſpece de cet arrêt il eſt parlé des actes de proteſtation que le fiancé avoit 2
fait, & qu'ils ſervoient à convaincre le tuteur, il ne ſera pas hors de propos d'en parler. Il eſt vrai que quelquefois la proteſtation contraire à l'acte ſe peut faire par un mauvais artifice, & que c'eſt un piége qu'on dreſſe à quelqu'un. C'eſt ce que remarque la gloſe de la loi 6, *ff. de acquirenda vel omitt. hæreditate;* car le juriſconſulte ayant parlé de celui *qui fallens adiit hæreditatem*, la gloſe, ſur le mot *fallens*, dit, *id eſt, qui proteſtatus eſt*, pour marquer, que proteſter contre un acte que l'on fait, & avoir la penſée de tromper celui qu'on amuſe par cet acte, eſt la même choſe.

Mais pourtant, & le plus ſouvent, la proteſtation qu'on fait par acte public, pardevant un juge, ou pardevant un notaire, eſt une juſte précaution, & c'eſt pour marquer une contrainte qu'on ne peut pas éviter. Cette précaution eſt autoriſée par nos loix & nos interprêtes, la loi *pupillo*, § 7, *ff. de novi operis nuntiatione*, y eſt expreſſe. La loi *Niſennius*, *ff. de negotiis geſtis*, approuve pareillement ſemblable proteſtation, & le docte Cujas écrivant ſur icelle, aſſure que *proteſtatio declarat animum matris.* Enſuite de quoi il donne la définition de la proteſtation, qu'il emprunte d'Alciat: il dit donc que c'eſt *animi noſtri declaratio, juris acquirendi, vel conſervandi, vel damni depellendi causâ facta.* Mais il ajoûte que mal-à-propos quelques-uns l'ont voulu définir, *clamoſam teſtationem, quæ ob teſtantis ipſius cautionem inventa ſit, cùm etiam citra clamorem & in occulto fieri poſſit coram teſtibus, vel ſcriptura, quæ non niſi impropriè clamare dicitur.*

Extrait des regiſtres de parlement.

Entre maîtres Pierre Targas, & François de la 3
Vetz, conſeillers & ſecrétaires du roi & de ſes finances, appellans de l'ordonnance du prevôt de Paris, ou ſon lieutenant civil, apposée au bas de la requête à lui préſentée par maître Jacques de la Brouſſe, avocat en la cour & au conſeil privé du roi, le 12 février 1650. Même ledit Targas, au nom & comme ayant droit par déclaration dudit de la Vetz, ſignifiée audit de la Brouſſe, demandeur en requête par lui préſentée à la cour le 9 janvier 1651, à ce qu'il plût à la cour évoquer le principal d'entre les parties, pendant aux requêtes du palais, par renvoi du prevôt de Paris, d'entre ledit de la Brouſſe, demandeur aux fins de la requête du 12 février 1650, à ce que l'obligation de lui extorquée contre les bonnes mœurs, par ledit Targas, ſous le nom dudit de la Vetz, pour conſentir par ledit Targas au mariage de damoiſelle Marie Collin ſa belle-ſœur, à préſent femme dudit de la Brouſſe, de la ſomme de trois mille cinq cens livres, du 28 août 1649, fût déclarée nulle, ſous l'offre faite par ledit de la Brouſſe de payer la ſomme de neuf cens ſeize liv. dix-huit ſols, reſtant à payer de la ſomme de mille livres, effectivement baillée pour colorer l'exaction de deux mille cinq cens livres, & intimés, d'une part; & ledit maître Jacques de la Brouſſe, avocat en la cour & au conſeil privé du roi, intimé, défendeur & appellant de toutes les ſaiſies faites, en vertu de ladite obligarion du 28 août, tant à la requête dudit de la Vetz, que dudit Targas, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, d'autre. Et encore entre ledit de la Brouſſe, demandeur en lettres de reſciſion, par lui obtenues le 9 mars 1650, pour être reſtitué contre ladite obligation dudit jour 28 août 1649, ſous leſdites offres de payer ladite ſomme de neuf cens ſeize livres dix-huit ſols, reſtant de ladite ſomme de mille livres, & contre la quittance auſſi extorquée par maître Charles Syonniere ci-devant procureur en la cour, tuteur onéraire de ladite damoiſelle Marie Colin, de la ſomme de deux mille cinq cens livres, ſur le reliquat du compte de ladite Colin, du 25 ſeptembre 1649, pour pareillement conſentir au mariage de ladite Colin ſa pupille, ſous les offres pareillement faites par ledit de la Brouſſe, de tenir compte audit Syonniere de la ſomme de mille liv. par lui effectivement reçue ſur le reliquat dudit compte, & à lui baillée pour mieux colorer ladite exaction, incidemment demandeur, en tant que beſoin ſeroit, en faux contre leſdites obligation & quittance, d'une part: Et leſdits de la Vetz, Targas, & damoiſelle Elizabeth Colin ſa femme, Syonniere, Marie Gorlidot ſa femme, & damoiſelle Catherine Rapoil, veuve en premieres nôces du feu ſieur d'Andilly, ayeule maternelle deſdites Colin, défendeurs, d'autre part: Et encore entre ledit de la Brouſſe, & ladite Colin ſa femme, appellans d'une ſentence des requêtes du palais, du 6 mai 1650, colluſoirement rendue entre ledit Targas, & ledit Syonniere, d'autre, portant condamnation de rendre compte de la tutelle onéraire que led. Syonniere a eu de ladite Colin; enſemble de l'examen, audition & clôture dudit compte, faits en

BIU Cujas

conſéquence, d'une part : Et leſdits Targas & Syonniere, intimés, d'autre : Et encore entre ledit Syonniere, & ladite Colin femme dudit Targas, appellans des ordonnances décernées par maître Pierre Payen, ſieur Deſlandes, conſeiller en la cour, les 4 & 5 juillet 1650 d'une part; & ledit de la Brouſſe, intimé, d'autre part : Et encore entre ledit Syonniere, demandeur en faux, ſuivant l'acte d'inſcription par lui faite au greffe de la cour, le 23 mars dernier, contre deux promeſſes dudit de la Brouſſe, l'une ſous le nom de ladite veuve d'Andilly, de ſept cens livres, datée du 6 ſeprembre 1649, & l'autre, de la ſomme de huit cens livres, ſous le nom dudit Syonniere, datée du lendemain deſdits mois & an, jour des articles dudit mariage, étant enſuite l'une de l'autre, & en même feuillet de papier : Et contre la cotte ou timbre de la main dudit Syonniere, étant au dos deſdites promeſſes rapportées par ledit de la Brouſſe, contenant ces mots, *Monſieur de la Brouſſe*, 1500 *l.* (en chiffre.) Icelles promeſſes converties en ladite quittance extorquée par anticipation ſur le reliquat de compte, le 25 ſeptembre 1649, dans l'intervalle des fiançailles & célébration dud. mariage, qui fut le 4 octobre enſuivant, d'une part : Et ledit de la Brouſſe, défendeur, d'autre part; ſans que les qualités puiſſent nuire ni préjudicier aux parties.

Après que Pucelle, pour l'appellant, a dit que l'ordonnance, de laquelle il ſe plaint, a été appoſée au bas d'une requête, pour prevenir & empêcher l'exécution d'une obligation en bonne forme, ſur des faits imaginaires & ſans fondement : que depuis, en cauſe d'appel, on a obtenu lettres, deſquelles, ne pouvant prévoir les moyens, il ſupplie la cour lui donner ſa replique, après qu'on les aura déduits : Et conclut en ſon appel, à ce qu'il ſoit dit, qu'il a été mal ordonné; en émendant, que l'obligation ſera exécutée ſelon ſa forme & teneur, & l'intimé condamné aux dépens.

Le Mazier, avocat dudit de la Brouſſe, a dit qu'il eſt intimé, & demandeur au principal, à fin de reſtitution de l'obligation dont il s'agit, contre laquelle il a auſſi obtenu lettres de reſciſion; enſemble contre une quittance anticipée priſe le 25 ſeptembre 1649, par Syonniere, lors procureur en la cour, de la ſomme de deux mille cinq cens livres, ſur le reliquat de compte de damoiſelle Marie Colin, femme du ſieur de la Brouſſe, & lors ſa fiancée, de laquelle il s'étoit fait élire tuteur, quoiqu'il ne fût point parent; ſoutient que de l'obligation, il n'en a touché que mille livres, & de la quittance pareille ſomme, le ſurplus étant exactions ſordides, faites par le ſieur Targas & par Syonniere, pour conſentir au mariage d'entre le ſieur de la Brouſſe & damoiſelle Marie Colin, belle-ſœur de Targas, & pupille de Syonniere, lequel perſuadoit au ſieur de la Brouſſe, qu'il faiſoit quelque part de la ſomme à la damoiſelle d'Andilly, ayeule maternelle de cette fille. Pour cet effet elle a été rendue partie néceſſaire en la cauſe, en laquelle le ſieur de la Brouſſe a auſſi interjetté appel de toutes les ſaiſies qui ont été faites ſous les noms des ſieurs de la Vetz & Targas, en vertu de l'obligation du 28 août 1649; enſemble d'une ſentence colluſoirement rendue aux requêtes du palais, entre Targas & Syonniere, le 6 mai 1650, portant condamnation de rendre compte de la tutelle de la damoiſelle de la Brouſſe, examen & prétendue clôture de ce compte, faits en conſéquence. Or contre toutes les parties, les moyens dépendent d'un même principe & d'un même établiſſement; qui eſt de ſçavoir, qu'au mois d'août de l'année 1649, le ſieur Targas ayant fait faire quelques propoſitions de mariage au ſieur de la Brouſſe, pour damoiſelle Marie Colin, laquelle demeuroit lors en ſa maiſon avec damoiſelle Elizabeth Colin ſa ſœur, femme de Targas; & l'ayant engagé en cette affaire, Syonniere tuteur, & lui comploterent d'extorquer du ſieur de la Brouſſe quatre mille livres qu'il n'avoit point du tout envie de leur donner. Néanmoins, ne s'en pouvant défendre, il leur fit des promeſſes qui n'avoient point de cauſe, & Syonniere donna au ſieur de la Brouſſe, pour indemnité d'une partie, une obligation cauſée pour prêt, écrite de ſa main, & par laquelle la damoiſelle d'Andilly ayeule confeſſoit devoir au ſieur de la Brouſſe la ſomme de ſix cens livres, payable après ſon décès : cette obligation datée du 22 août 1649. Quelques jours après, le ſieur Targas s'étant apperçu de la nullité de la promeſſe qu'il avoit exigée, s'en plaignit au ſieur de la Brouſſe, & lui dit qu'il vouloit avoir une bonne obligation pardevant notaires, non point en ſon nom, mais de quelqu'un de ſes amis; qu'elle fût cauſée pour prêt, & qu'effectivement il vouloit prêter mille livres, & faire faire l'obligation de trois mille cinq cens livres. Le ſieur de la Brouſſe n'étoit pas en état de pouvoir réſiſter à cela : l'obligation fut conſentie le 28 août 1649, ſous le nom du ſieur Vetz, ſecrétaire du roi, qui en donna une contre-lettre au ſieur Targas. Mais devant & après cette obligation ainſi extorquée, le ſieur de la Brouſſe fit ſes proteſtations pardevant notaires de ce qui étoit de la vérité, & s'attendant que Syonniere pourroit faire quelque choſe de ſemblable, il proteſta contre tout ce que l'un & l'autre pourroit exiger de lui, pour conſentir à ce mariage, & de faire éclater la vérité dans ſon tems. Il n'avoit donné d'aborb à Syonniere que deux promeſſes de chacune cinq cens livres, dont il n'étoit pas content, & vouloit avoir cinq cens écus; ſi bien qu'il en fallut paſſer par-là, & lui furent données la veille des articles deux autres promeſſes, qu'il voulut avoir en même feuillet de papier; mais qui ſe pouvoient couper avec facilité; l'une datée du jour même 6 ſeptembre, de la ſomme de ſept cens liv. au nom de la damoiſelle d'Andilly; & l'autre, du lendemain 7 ſeptembre, jour des articles, de la ſomme de huit cens livres, au nom de lui Syonniere : en baillant leſquelles, les précédentes furent lacérées, & celles-ci ne contenoient point encore de cauſe : Le ſieur de la Brouſſe confeſſoit devoir, & promettoit payer telle & telle ſomme à Syonniere & à la damoiſelle d'Andilly; mais il ne diſoit point pourquoi. Les fiançailles & le contrat de mariage furent faits le 14 du même mois de ſeptembre. Mais quelque tems après, Syonniere ayant été averti de l'invalidité de ces promeſſes, & de ce que Targas avoit fait pour colorer ſon exaction, il marcha ſur les mêmes briſées, & força le ſieur de la Brouſſe par menaces, de changer ſes promeſſes en une quittance ſur le reliquat de compte de la pupille fiancée; & voulut auſſi effectivement lui bailler la ſomme de mille livres; ſi bien qu'il prit quittance du ſieur de la Brouſſe, de la ſomme de deux mille cinq cens livres le 25 ſeptembre 1646, lors de laquelle quittance Syonnerie ayant rendu les deux promeſſes de quinze cens livres, en même feuillet de papier, au ſieur de la Brouſſe, qui reconnut qu'elles étoient tymbrées & cottées au dos de ces mots, écrits de la main de Syonniere, *Monſieur de la Brouſſe* 1500 *livres*, il détourna adroitement ce feuillet de papier, pour le garder, & en déchira un autre, dont il jetta les fragmens au feu en la préſence de Syonniere. Et le 4 octobre enſuivant, le mariage ayant été célébré, ce jour là & le lendemain furent employés en cérémonies & divertiſſemens ordinaires; mais le 6 octobre, le ſieur de la Brouſſe renouvella pardevant notaires ſes proteſtations précédentes, contre l'obligation & la quittance exigée

de

BIU Cujas

de lui par Targas & Syonniere, pour consentir à son mariage. Le sieur de la Brousse réïteroit ainsi ses protestations, parce qu'il n'osoit éclater si-tôt, & eût bien voulu auparavant faire deux choses : la premiere, ouir le compte de la tutelle de sa femme, & retirer plusieurs piéces, dont Syonniere le pouvoit frustrer; & celui-là veillant toujours à se mettre à couvert de son exaction, se voulut encore prémunir de deux quittances de payement qu'il fit, à dessein de faire approuver indirectement celle du 25 septembre. Mais contre cela, il y a une autre protestation du 23 janvier 1650, qui est d'autant plus solemnelle & véritable, qu'elle se trouve dans une lettre missive de ce jour-là, rapportée par Syonniere même, & dans laquelle le sieur de la Brousse lui fait reproche de son exaction sordide, de lui & de la damoiselle d'Andilly; l'invite de mettre la main à la conscience dans l'année sainte; & lui dit que les cinq cens écus, dont il s'agit, lui serviront bien à plaider contre lui, pour l'affaire du compte, qu'il refusoit de rendre à l'amiable, après en avoir fait semblant & l'avoir entretenu dans cette espérance, depuis le mois d'octobre précédent. La seconde chose qui lui occupoit l'esprit, étoit de rendre au sieur Targas la somme de mille livres, qu'il avoit effectivement touchée de lui, lors de l'obligation du 28 août 1649, dont lui ayant fait offre à l'amiable, & avec le plus de douceur & d'industrie qu'il lui fut possible, Targas en eut de l'ombrage, & ne voulut point recevoir cette somme, prenant son prétexte sur le décri des réales d'Espagne, dont il étoit quelque bruit : Ensorte que ne se trouvant que la somme de quatre-vingt-trois livres deux sols de monnoye de France, il ne voulut recevoir que cela, & en fut fait un endossement par le sieur de la Vetz, sur l'obligation dont il s'agit, le 18 novembre 1649. Mais enfin, le 12 février ensuivant, le sieur de la Brousse fit sa plainte au lieutenant civil, & obtint l'ordonnance, dont est appel, suivie des lettres de rescision, de l'enthérinement desquelles est question. Ce fut alors qu'on vit Syonniere & Targas faire des efforts incroyables, par diverses saisies, & par une reddition de compte collusoirement faite entr'eux aux requêtes du palais, pour embarrasser le sieur de la Brousse. Et Targas agissoit en tout cela sous le nom du sieur de la Vetz, au nom duquel il avoit mis l'obligation. Mais ayant été tous interrogés le 7 avril 1650, le mystère fut découvert; & Targas, qui avoit fait autant de parjures que d'artifices, fut obligé de paroître en son nom, & au même tems ils firent Syonniere & lui une procédure opiniâtrée & sans raison, pour appointer la cause au conseil, nonobstant l'avis des anciens procureurs qui blâmerent la forme de ces appointemens : ce qui n'empêcha pas qu'ils ne fissent rendre arrêt à contredire, & qu'ils n'obtinssent des forclusions, qui obligerent le sieur de la Brousse de s'opposer, même de se pourvoir par lettres en forme de requête civile. Enfin, il y a eu divers arrêts, portant que l'on viendroit plaider. Mais comme Syonniere, par son interrogatoire, s'étoit engagé en divers parjures, notamment sur le fait des promesses premieremeut exigées, & depuis rendues au sieur de la Brousse : Lorsque pour le convaincre, les deux dernieres lui furent représentées dans ce feuillet de papier, cotté au dos de sa propre main, il s'oublia tout-à-fait, & passa jusqu'à ce point que de dénier son écriture, qui a depuis été vétifiée par experts sur piéces de comparaison accordées, après toutes les traverses imaginables, souffertes auparavant que d'y pouvoir parvenir. Alors ces ames malheureuses, bourrelées par leurs crimes & par leurs parjures, voulant fuir par quelque moyen que ce fût l'éclat de cette audience, chercherent la chambre de l'édit, par diverses suppositions de personnes & de créances fausses, qui ont donné des peines extrêmes à découvrir. Et c'est tout dire, qu'à la fin le renvoi ne pouvant être contesté, & ayant été ordonné par la chambre de l'édit, Syonniere ajoutant des forfaits à des crimes, commit encore une fausseté énorme, pensant se faire quitte de tous les maux qu'il avoit fait au sieur de la Brousse, sous les noms de diverses personnes, pour quatre livres parisis. Pour raison de quoi y ayant eu plainte & inscription en faux, cet incident est encore à juger en la chambre de l'édit, au rapport de monsieur Claude Menardeau, sieur de Champré, conseiller. Et pour ce qui est de la cause renvoyée, & sur laquelle il échet de prononcer, il ne se peut dire combien d'efforts ont été derechef employés, & de voyes tentées pour diviser la cause, & combien d'arrêts ont été rendus pour plaider sur le tout, & avec toutes les parties. Enfin la cour voit l'espece d'une cause prodigieuse & inouie : un tuteur, un beau-frere & une ayeule, en la puissance desquels étoit une jeune orpheline, à l'âge de quatorze à quinze ans, exposée en vente au plus offrant, par un genre de crime nouveau parmi nous, & dont l'impunité seroit plus dangereuse que la perpétration du crime même; parce que le public y est outrageusement offensé. Quoi! après qu'un jeune homme sera engagé d'honneur & d'affection, il sera permis à des parens, à un tuteur, à des ames lâches & infâmes de le rançonner, & d'en tirer des obligations? Et ce sera assez de dire que c'est un majeur, que c'est un avocat au conseil, que c'est un homme intelligent qui les a passées; & qui par conséquent n'est point recevable à plaider des faits, contre des actes authentiques, *cùm suis confessionibus acquiescere debeat* : Abus que cela. L'exception de dol a toujours lieu contre les contrats, & il y en a des titres tout entiers dans le droit, *de doli mali & metûs exceptione.* Un autre, *de non numer. pecunia.* Un autre encore, *Ex quibus causis majores in integrum restituuntur.* En un mot, par le consentement unanime de tous les docteurs, les présomptions qui sont appellées *Juris & de Jure*, équipolent à des preuves parfaites ès causes conjecturales; parce qu'autrement les loix seroient impuissantes de remédier aux maux qui se commettent en secret, & avec des artifices & des précautions de diverses manieres. C'est la doctrine de Balde, sur la loi, *Si tutor petitus, Cod. de peric. tut.* rapportée & suivie par *Felinus*, sur la rubrique *de probationibus*; par Alexandre, en ses conseils, *lib. 6, cons. 26;* par *Oldendorpius, cap. 61 de exception.* parlant des légitimes conjectures du dol, & par plusieurs autres. Or en cette cause, la premiere conjecture du dol se doit prendre de la procédure qui a été tenue. Le sieur de la Brousse a le premier baillé sa requête; & au lieu d'aller plaider au Châtelet, le sieur Targas, en son nom & en celui du sieur de la Vetz, a interjetté appel de la premiere ordonnance, parce qu'il ressentoit une persécution intérieure, par l'horreur de son crime, qui lui faisoit appréhender la face du juge. C'étoit bien loin de se présenter hardiment, pour soutenir la vérité, qu'il prétend être aujourd'hui dans son obligation, & de dire avec fermeté : *Cave, cave thoracem.* Ensuite de cela, que n'a-t-on point fait pour étouffer cette cause, & empêcher qu'elle ne fût plaidée en cette audience célébre, & depuis, pour la diviser sous la bonne conduite de Syonniere? Toutes les procédures sont de son étude, & de même main les unes que les autres. C'étoit le chef du conseil de l'injustice & de l'impiété, *ille dux erat, hic socius, facinus quo inquinat, æquat.* La seconde conjecture de dol résulte de la qualité des perſon-

BIU Cujas

nes, du tems, de la quantité des deux ſommes, que l'on prétend avoir prêtées ou avancées au ſieur de la Brouſſe : l'obligation eſt du 28 août 1649, de la ſomme de trois mille cinq cens livres, & la quittance ſur le reliquat du compte, du 25 ſeptembre, de la ſomme de deux mille cinq cens livres, neuf jours auparavant la célébration du mariage. Tombera-t-il ſous le ſens de qui que ce ſoit, que lors le ſieur de la Brouſſe eût eu beſoin de ſix mille livres? Ou que s'il en eût eu beſoin, il ſe fût adreſſé ni au ſieur Targas, ni à Syonniere, l'un tuteur, & l'autre beau-frere de la fille qu'il recherchoit en mariage? Y en a-t-il quelque emploi, & voit-on quelque choſe d'extraordinaire qui ait obligé l'un à faire ce prêt gratuit, & l'autre une avance ſur un compte, à une perſonne qu'ils ne connoiſſoient conſtamment, & *ex confeſſis*, que depuis les propoſitions de mariage? Cela ne ſe peut comprendre du tout, & comme dit le juriſconſulte, en la loi *Si ita quis, ff. de evictionibus, hoc nemo ſanus probabit.* Le ſieur de la Brouſſe confeſſe que chacun des deux lui donna mille livres, pour colorer davantage la fourbe. Sa bonne foi le rend débiteur de ces deux ſommes, ce que ne font pas ni l'obligation ni la quittance comptable qu'il a baillée, puiſqu'elles ſont nulles & vicieuſes. Et dans ce différend, qui eſt en ce point ſemblable à celui de Nicias & d'Euthynus, la condamnation ne peut être rendue que ſur le pied de la confeſſion. La troiſieme conjecture du dol réſulte des proteſtations diverſes, qui ont été faites les 27 & 28 août, & 6 octobre 1649, par leſquelles le ſieur de la Brouſſe a conſigné ès mains de perſonnes publiques, la vérité de tout ce qui s'eſt paſſé entre les parties, & celles-là ſont encore confirmées par une autre, qui ne peut être ſuſpecte, parce qu'elle a été fournie par Syonniere même dans une lettre miſſive du 23 janvier, que le ſieur de la Brouſſe a reconnue, & dont il a demandé acte, parce qu'elle contient le reproche de ſon exaction, & lui met la honte devant les yeux, pour l'obliger à lui en faire juſtice. Or tout cela venant en concurrence avec les autres conjectures, compoſe une preuve cent fois plus forte que celle des actes, dont on ſe ſert pour dire que le ſieur de la Brouſſe a emprunté ces deux ſommes, faiſant celle de ſix mille livres, du ſieur Targas & de Syonniere. La quatrieme conjecture naît de deux circonſtances très-importantes : L'une, que Targas a voulu cacher ſon nom, & a emprunté celui du ſieur de la Vetz ſon confrere, même pour recevoir ce qui a été endoſſé, & pour faire toutes les pourſuites, juſqu'au jour de l'interrogatoire du ſieur de la Vetz, qui ſeroit un argument foible, s'il n'étoit aſſiſté des autres particularités de la cauſe; mais qui ſe rencontrant au fait, lui donnent une force toute particuliere, comme il eſt remarqué par Lucas *de Penna*, ſur la loi, *Quemadmodum, Cod. de gr. & cenſ.* L'autre, que le ſieur de la Brouſſe eſt encore à préſent porteur de l'obligation de ſix cens livres de la damoiſelle d'Andilly, payables après ſon décès au ſieur de la Brouſſe, qui étoit une eſpece d'indemnité, ménagée par Syonniere, pour la participation de cette ayeule, dans ſon exaction. Obligation toute écrite de ſa main, & qu'il a confeſſé par ſon interrogaroire avoir tirée de cette femme, pour la bailler au ſieur de la Brouſſe : Qu'eſt-ce que tout cela? La cinquieme conjecture eſt encore plus puiſſante, parce qu'elle réſulte du rapport des deux promeſſes, en même feuillet de papier, exigées par Syonniere la veille des articles, converties le 25 ſeptembre enſuivant en une quittance comptable, donnée par anticipation à Syonniere, tuteur : lequel a été aſſez abandonné pour dénier ſa propre écriture, quand ces promeſſes lui ont été repréſentées après l'interrogatoire. Et depuis qu'elle a été vérifiée, nonobſtant tous les efforts & toutes les ruſes qu'il a déployées, il a effrontément confeſſé ſon parjure, & inventé tout récemment un autre fait captieux & ridicule, qu'il a penſé appuyer par une inſcription en faux, laquelle ne ſert qu'à fortifier toujours d'autant plus la connoiſſance de ſon crime. La ſixieme & derniere conjecture réſulte des violences qui ont été attentées avec port d'armes offenſives contre le ſieur de la Brouſſe, à cauſe de cette affaire. La componction travailloit ſi fort les eſprits du ſieur Targas & de Syonniere, qu'ils ſe ſont emportés aux dernieres extrêmités, après avoir éludé un accommodement projetté par l'interpoſition d'une perſonne illuſtre, en la préſence duquel ils étoient demeurés d'accord de la meilleure partie de la vérité du fait, & puis ont voulu avoir recours aux armes & aux trahiſons, pour raiſon de quoi informations en ont été faites, compoſées d'onze témoins, ouis par un commiſſaire du Châtelet, qui ont été miſes ès mains des gens du roi : Et après leſquelles il ne faut pas dire ſimplement que cette cauſe ne ſoit fortifiée que par l'aſſemblage, la liaiſon & la concurrence de diverſes conjectures puiſſantes, mais qu'il y a des preuves de toutes ſortes pour mettre la confuſion ſur le front des adverſaires du ſieur de la Brouſſe, la malice deſquels l'ayant engagé à la défenſe d'une cauſe de cette qualité, où il a fallu vaincre tous les efforts de la chicane la plus opiniâtrée dont on ait jamais oui parler, il eſt vrai de dire, comme diſoit autrefois S. Bernard au pape Eugene III, parlant en faveur d'Arnoul évêque de Lizieux, qui avoit procès contre l'évêque de Séez, par lui appellé *Sagienſis vulpecula:* Que le public a de l'obligation au ſieur de la Brouſſe *qui nec marſupio pepercit nec corpori;* & que ces paroles qui étoient adreſſées au pape pour celui-là, peuvent être pour celui-ci adreſſées à la cour : *Gratias & vos agite illi, quia veſtro quoque nomini hæc ejus cura non parùm conferre videtur : quia fit ut convincatur malignus & ſic dejiciatur, quæ eſt gloria veſtra.* Conclut à ce qu'il plaiſe à la cour, mettant les appellations & ce dont a été appellé au néant, évoquer le principel, & y faiſant droit, ſans avoir égard à la téméraire inſcription en faux de Syonniere, ayant égard aux lettres, remettre les parties en tel état qu'elles étoient auparavant l'obligation & quittance comptable, dont eſt queſtion, qui ſeront déclarées nulles; & en ce faiſant, les offres faites par la partie, de la ſomme de 916 liv. 18 ſols, reſtant de mille livres qu'il reconnoît avoir actuellement reçue de Targas; & d'autre pareille ſomme de mille liv. auſſi effectivement reçue de Syonniere, ſeront déclarées bonnes & valables, avec condamnation de tous les dépens.

Pucelle, oui en replique.

Gautier, pour Syonniere, a dit que les injures & calomnies avancées à l'audience étoient la récompenſe des bons offices qu'avoit rendu ſa partie à l'intimé : que s'il étoit permis de donner atteinte à des actes publics & en bonnes formes, par des faits de cette qualité, il n'y auroit perſonne dorénavant qui ſe pût tenir aſſuré; & celui-là réuſſiroit le plus heureuſement, qui ſauroit inventer le mieux des faits & des calomnies. Que l'inſpection des proteſtations, deſquelles on s'étoit prévalu à l'audience, en découvroit la fourbe & la fauſſeté, & la moindre réflexion, la malice & la ſuppoſition de tout ce qui avoit été dit. Que ſa partie avoit été tuteur, convenu par tous les parens : qu'il avoit fidellement géré & adminiſtré la tutelle, rendu le compte, & que l'argent dont il s'agit ayant été fourni actuellement a l'intimé, il lui en avoit donné une quittance ſur icelui : Que les promeſſes, que l'on prétend rymbrées de la main dudit

BIU Cujas

Syonniere, ſont un artifice dudit intimé, lequel auroit pris occaſion de la ſouſcription qui étoit ſur les articles de mariage, qui avoient été envoyés pour écrire dans la demie feuille, qui reſtoit de blanc, les deux promeſſes dont on a parlé, & qu'on avoit ajouté ces mots, *Monſieur de la Brouſſe*, en chiffre, 1500 livres; contre leſquelles lettres de chiffre, ſa partie s'étoit inſcrit en faux, pour n'avoir jamais été écrite de ſa main. Au fonds, que ledit intimé avoit reconnu & approuvé ce qui avoit été par lui fait; qu'il étoit majeur de pleine majorité; & par conſéquent, de reclamer aujourd'hui, il n'y avoit ni apparence ni fondement. Et partant, ſoutenoit qu'il n'y avoit lieu de débouter l'intimé de ſes lettres, & le condamner aux dépens.

Corbin, pour l'ayeule, a dit que par une déclamation, on avoit tâché de donner atteinte à l'honneur de ſa partie, ſous prétexte d'une obligation qu'elle a faite de bonne foi, & pour deniers qui lui ont été donnés par Syonniere; que la ſtipulation de payement, après ſon décès, a été pour ſa facilité; & tout ce qu'elle a fait en la conduite de ſes petits-enfans n'a été que par conſeil, & ſuivant l'ordre preſcrit par le teſtament de leur mere. Et conſéquemment, qu'il n'y avoit rien à lui imputer.

Bignon, pour le procureur général du roi, a dit qu'un orateur Grec avoit fait une oraiſon, appellée du mot ἀμάρτυρος qui étoit pour parvenir à la connoiſſance des faits de cette qualité, qui conſiſtoient en conjectures, & deſquelles l'on pouvoit avec peine tirer la vérité. Que d'abord, en celle qui ſe préſente, il ſembloit y avoir beaucoup à redire, qu'un majeur de pleine majorité fût recevable de ſe pourvoir contre des actes publics, authentiques & en bonne forme; qu'étant entré en payement, & reconnoiſſant avoir reçu une partie des deniers mentionnés ès promeſſes & obligations dont il s'agit, il y eût apparence de l'écouter. Mais d'autre côté, conſidérant le fait, comme il a été articulé, le tems, les circonſtances particulieres de ce qui s'eſt paſſé, les fuites & chicanes pratiquées, pour éviter la lumiere de l'audience, les dénégations & variations qui paroiſſent par les interrogatoires, les preuves qui réſultent de l'information; même qu'à la communication du parquet, ayant été mis en avant qu'il y avoit eu un appointement rédigé par l'avis d'une perſonne de qualité, qui étoit demeuré entre les mains de maître Claude Robert, pour le faire recevoir: Et lui préſent n'ayant point inſiſté, ſon ſilence modeſte fit préſumer la vérité dud. appointement, & conſéquemment, la reconnoiſſance de la fourbe & tromperie: Ils ne peuvent ſe contenir, qu'ils ne portent le coup, & ne percent l'apoſthume: qu'il ſeroit à ſouhaiter de pouvoir bannir du palais toutes les friponneries qui font honte, ſur-tout aux perſonnes d'honneur. Que ce complot de trois perſonnes, une ayeule, un beau-frere & un tuteur, qui ont concerté le prix du mariage d'une pupille, eſt trop odieux pour le laiſſer ſans atteinte. Et au reſte, que la lettre qui a été écite par l'intimé, & laquelle Syonniere a fait reconnoître, pour s'en ſervir, marque les reproches par où a commencé ledit intimé de refuſer à lui faire juſtice, tant pour raiſon de l'argent qu'il prétendoit, que de ſon compte. Enfin, tant d'autres circonſtances qui ſe rencontrent, ne leur laiſſent aucune ombre de doute. C'eſt pourquoi il eſtime qu'il y a lieu de mettre les appellations reſpectivement interjettées, & ce dont a été appellé, au néant; évoquer le principal; & y faiſant droit, remettre les parties en tel état qu'elles étoient auparavant leſd. promeſſes & obligations; condamner led. de la Brouſſe à payer de ſon conſentement les ſommes qu'il reconnoît avoir véritablement reçues, applicables moitié aux priſonniers, & l'autre moitié à l'Hôtel-Dieu, & le décharger du ſurplus.

La cour a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant; émendant, évoquant le principal, & y faiſant droit, ſans avoir égard au faux, ayant égard aux lettres, & icelles enthérinant, a remis & remet les parties en tel état qu'elles étoient auparavant les obligations & quittances baillées par led. de la Brouſſe, lequel lad. cour a condamné payer lad. ſomme de 1916 liv. 18 ſols, reſtant de la ſomme de 2000 livres, par lui reconnue avoir reçu deſdits Targas & Syonniere, applicable moitié au pain des priſonniers de la conciergerie du palais, & l'autre moitié aux néceſſités de la cour; & a fait main-levée audit de la Brouſſe des ſaiſies deſd. Targas & de la Vetz, & a condamné la partie de Gautier en tous les dépens. Fait en parlement le neuvieme avril mil ſix cent cinquante-deux. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

Si un tuteur peut exiger quelque choſe pour conſentir au mariage de ſa mineure.

L'Auteur rapporte ici un arrêt très-important & très-digne de remarque. Par cet arrêt la cour a entériné les lettres obtenues contre des obligations & des quittances, paſſées au profit d'un tuteur, par celui qui avoit épouſé la mineure de ce tuteur: d'où notre auteur conclut qu'il eſt défendu à un tuteur de rien exiger pour conſentir au mariage de ſa mineure, & qu'en pareil cas les préſomptions ſervent de preuves.

La juriſprudence établie par cet arrêt eſt très-équitable; auſſi eſt-elle exactement obſervée, auſſi-bien dans les arbitrages que dans les jugemens; j'en rapporterai ici un exemple arrivé depuis peu.

Meſſire Charles Grolier, écuyer, ſieur de Belair, a été tuteur des enfans de Gaſpard Grolier ſon frere. En 1692 il a marié ſa mineure avec le ſieur Guillet, tréſorier de France en la généralité de Lyon. Pour le prix de ſon conſentement il a fait deux choſes; la premiere, il a exigé du ſieur Guillet une obligation de ſept mille cent livres deux jours avant la célébration du mariage; & par le contrat de mariage, il l'a engagé de reconnoître avoir reçu de lui la ſomme de ſix mille livres, ſavoir trois mille livres à titre de dot, & les autres trois mille livres à titre de don fait à ſa mineure; il y avoit encore dans le contrat une clauſe, portant que le ſieur Grolier continueroit ſon adminiſtration juſqu'à ce que ſa mineure fût parvenue à l'âge de vingt-cinq ans, & que juſqu'à ce tems il ne ſeroit point obligé de rendre compte. 4

BIU Cujas

Quelque tems après, le ſieur Guillet ayant voulu jouir des biens de ſa femme, cela a fait naître un procès : les parties voulant éviter l'éclat d'une plaidoirie, elles paſſerent un compromis, par lequel M. Braquet & moi fûmes nommés arbitres, & M. le Camus de Pontcarré, conſeiller d'honneur au parlement, parent commun des parties, choiſi pour ſurarbitre. Ayant d'abord examiné l'affaire avec M. Braquet, nous fûmes d'avis d'entériner les lettres contre l'obligation, & la clauſe du contrat de mariage, par laquelle le ſieur Grolier s'étoi tréſervé l'adminiſtration des biens de ſa niéce, & ſtipulé qu'il ne rendroit compte qu'à ſa majorité. Mais à l'égard de la quittance des 6000 liv. portée par le contrat de mariage, M. Braquet y fit difficulté ; cela nous ayant obligé d'aller au ſurarbitre, ce ſage magiſtrat fut d'avis d'interloquer ſur ce chef, afin de donner le tems aux parties de s'accommoder. Sur ces entrefaites le ſieur Grolier eſt décédé, ayant inſtitué le ſieur Camus de Lyon ſon héritier univerſel ; lequel ayant repris & prorogé l'arbitrage, il y a eu encore pluſieurs interlocutoires ; mais à la fin, les lettres ont été entérinées pour le tout.

Cette queſtion eſt très-importante ; cependant je ne l'ai point trouvé traitée par aucun auteur ; & même cet arrêt, qui eſt très-digne de remarque, n'eſt rapporté par aucun de nos arrêtiſtes, qui en rapportent tant de mauvais. J'ai ſeulement trouvé que Guenois, dans ſa conférence des ordonnances, tom. 1, liv. 5, tit. 2, *des mariages*, pag. 706, ſur la fin fait mention d'un arrêt du parlement de Rouen, par lequel il fut fait défenſes aux tuteurs & aux parens de prendre aucune choſe directement ou indirectement, pour donner leur conſentement au mariage de leurs mineurs, ſur peine d'être privés de la ſucceſſion deſdits mineurs, & aux peines au cas appartenant.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Guenois ne date pas l'arrêt, il eſt du 25 janvier 1688, il eſt rapporté par Berault, ſur l'article 228 de la coutume de Normandie. Il dit que pour parvenir au mariage d'une pupille, celui qui la pourchaſſoit, c'eſt-à-dire qui la recherchoit en mariage, fit une cédule au profit du tuteur de cette pupille, de deux cents écus par forme de prêt ; il en fit auſſi une de cent écus à trois parens de cette fille, pour les récompenſer des frais qu'ils avoient fait pour l'oppoſition qu'ils avoient formé au mariage, dont ils ſe déſiſterent. Après le mariage accompli, le mari obtint des lettres de reſciſion contre les obligations qu'on avoit exigé de lui, qui furent entérinées ; le tuteur fut condamné à vingt-cinq écus d'amende, & les trois parens à vingt écus & aux dépens.

DES TUTEURS, S'ILS PEUVENT PRÉTENDRE L'INTÉRÊT

Des avances par eux faites pour leurs mineurs.

QUESTION CENT-TRENTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La loi accorde les intérêts aux tuteurs de tout l'argent qu'ils employent utilement pour les affaires de leurs mineurs.*
2. *L'uſage du Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois, eſt conforme à la loi.*
3. *La raiſon le deſire ainſi, afin d'engager les tuteurs à faire des avances pour leurs mineurs.*
4. *Il ne faut pas argumenter de l'hypothéque à l'intérêt.*
5. *L'intérêt eſt dû à tous ceux qui font les affaires d'autrui.*
6. *Avis des avocats de Paris contre les tuteurs.*
7. *Réponſe de l'auteur aux raiſons de cet avis.*
8. *Avis des avocats de Lyon, en faveur du tuteur.*
9. *Dans le compte, il ne faut pas allouer les intérêts article par article, mais ſeulement à la clôture.*
10. *Eſpéce du fait très-favorable.*
11. *L'avis des parens ne ſert qu'à faire des frais, & à colorer les fraudes des tuteurs.*
12. *Il n'eſt pas néceſſaire de faire tant de diſtinctions, il faut s'en tenir à celle de la loi.*
13. *Raiſons de l'uſage de Paris.*
14. *Dans tous les parlemens de droit l'on ſuit la diſpoſition de la loi.*
15. *Le tuteur doit avoir hypothéque ſur les biens de ſon mineur, du jour de la tutelle.*

BIU Cujas

QUESTION CXXXI.

Si l'intérêt eſt dû au tuteur, des avances qu'il fait pour liquider l'hoirie.

ON a la loi pour cela, & elle eſt ſi claire & ſi
1 expreſſe, que peut-être en tout le droit, il n'eſt point de déciſion plus nette & plus formelle.

C'eſt la loi 3, au § *contrarium*, *ff. de contrario judicio tutelæ, vel de contraria tutelæ actione.*

Voici comme le juriſconſulte parle en faveur du tuteur : *Conſequitur autem pecuniam ſi quam de ſuo conſumpſit, etiam cum uſuris, ſed vel trientibus, vel his quæ in regione obſervantur, vel his quibus mutuatus eſt, ſi neceſſe habuit mutuari ut pupillo ex juſta cauſa prorogaret, vel his à quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor.*

Après il demande de quel tems le tuteur doit avoir les intérêts, & conclut, *& magis ut quoad ei reddatur pecunia, conſequatur, nec enim debet ei ſterilis eſſe pecunia.*

Outre ce texte deciſif, on eſt aſſiſté de l'uſage,
2 s'étant ainſi toujours obſervé, & en ce bailliage, & à Lyon, Villefranche & Mâcon, & autres endroits de droit écrit.

On eſt pareillement aſſiſté de l'autorité de monſieur Papon, lequel, en ſon ſecond notaire, ſur l'action contraire de tutelle, paraphraſe la loi ſuſdite, & en termes ſi clairs, & ſi étendus, qu'il n'y peut reſter aucun doute.

On eſt enfin aſſiſté de la raiſon; car ſi l'on dénie
3 au tuteur l'intérêt de ce qu'il peut avancer du ſien, ou de ſes amis, il ne fera point d'avances, il ne payera point de dettes, il laiſſera vendre les biens, & de-là s'enſuivra la ruine des mineurs; de ſorte que ſi le tuteur ne pouvoit avoir aucun intérêt, cette juriſprudence ſeroit plutôt nuiſible que profitable aux mineurs.

Il eſt vrai que les arrêts ont jugé, que comme le
4 mineur a hypothéque ſur les biens du tuteur, du jour qu'il eſt créé tuteur, le tuteur n'a pas la même hypothéque. Mais il y a bien de la différence, & c'eſt mal argumenter, que de vouloir tirer conſéquence de l'un à l'autre.

Si le tuteur n'a point hypothéque, c'eſt parce que la loi ne lui en donne point, & ceux qui en cottent les arrêts diſent que la loi étant courte en ce point-là, l'on ne peut pas la ſuppléer : *noſtrum eſt leges interpretari, non omiſſa ſupplere.*

Mais pour les intérêts, la loi les donne auſſi bien au tuteur qu'au mineur, elle eſt auſſi expreſſe pour l'un que pour l'autre. Il n'y a donc pas apparence d'aller contre ſa diſpoſition, & de combattre en cela & l'uſage & la raiſon.

Quand la cour auroit par fois jugé le contraire, ce ſeroit en quelques rencontres moins favorables, & en des cas où le procédé du tuteur pouvoit être odieux ou ſuſpect, & pourtant il n'y a point de d'auteur qui en cotte aucun arrêt.

Et même par la diſpoſition du droit, non-ſeule-
5 ment un tuteur, mais encore un agent, un ſolliciteur peut demander l'intérêt des avances qu'il fait; la loi 19, au § 4, *ff. de negotiis geſtis*, le décide en termes exprès, & encore mieux la loi 18, au même titre du code. *Ob negotium alienum geſtum, ſumptuum factorum uſuras præſtari bona fides ſuaſit;* & les empereurs ajoutent que cela a lieu, notamment, *ſi ex neceſſitate quis geſſit;* ſur quoi la gloſe dit, *puta ſi fuiſti curator.*

6 Néanmoins, la choſe conſultée par des anciens & fameux avocats du parlement de Paris, ils ont répondu qu'un tuteur ne peut demander l'intérêt de ſa dépenſe, que la cour l'en exclut par ſes arrêts, & que le § *contrarium* de la loi 3, *ff. de contraria tutelæ actione*, n'eſt point ſuivi au palais. Ils n'en donnent point d'autre raiſon, ſinon que la cour ayant ôté au tuteur l'hypothéque tacite & précédente à la clôture du compte, à plus forte raiſon elle lui ôte l'intérêt, qui eſt plus à charge au mineur. Mais on a déja fait voir qu'il n'y a pas identité de raiſon.

La loi ne donnant point cette hypothéque réci- 7
proque, la cour ne l'a pas ôtée au tuteur, elle n'a fait que ſuivre la loi, & n'a pas voulu ſuppléer ce qui a été omis par la loi. Il n'en eſt pas ainſi de l'intérêt, la loi le donne au tuteur auſſi bien qu'au mineur; pourquoi donc dénier au tuteur ce que la loi lui accorde, & pourquoi la corriger en choſe ſi favorable? Nous ſommes en pays de droit écrit, & chaque loi nous eſt ce que chaque article d'une coutume eſt en pays coutumier. Or, comme la cour n'a pas accoutumé, quelque pouvoir qu'elle ait, de juger contre un article de coutume, & qu'en cas de doute, elle ordonne qu'il ſera informé par turbes de l'uſage : auſſi ſemble-t-il que pour ſavoir ſi une loi eſt abrogée, ou non, elle en doit faire autant; ſachant que la loi a été ſuive d'un commun uſage, la cour s'y doit conformer. Mais comme il a été dit ci-devant, il eſt certain qu'en toutes ces provinces on a toujours adjugé au tuteur quelques intérêts de ſa dépenſe.

On dit encore que la cour ôte au tuteur l'intérêt de ſa dépenſe, de crainte que les tuteurs n'en abuſent, & ne conſomment les biens des mineurs en intérêts. Mais nous avons déja remarqué un inconvénient encore plus grand; car les tuteurs par-là ſeront retenus de faire des avances, de payer les dettes, & de ſoutenir les procès, & de ne faire que le moins de réparations qu'ils pourront; de quoi les mineurs recevront un préjudice notable. Et c'eſt ce qui a obligé le juriſconſulte *in l. prima, ff. de contraria actione tutelæ, de dote*, de dire que par cette action *provocandi erunt tutores, ut promptiùs de ſuo aliquid impendant dum ſciunt ſe recepturos id quod impenderent.* Ce qui ſe doit entendre auſſi-bien pour les intérêts que pour le principal. D'ailleurs, n'eſt-ce pas la même choſe qu'un créancier ayant obtenu jugement, & le tuteur le payant pour éviter les frais des ſaiſies, l'intérêt coure au profit du tuteur, comme il courroit au profit du créancier? Enfin il eſt aiſé de juger ſi le tuteur n'a fait des avances qu'à la bonne foi, & pour la conſervation des biens du mineur; ou ſi c'eſt une dépenſe ſuſpecte & affectée, volontaire & non néceſſaire; car en ce dernier cas, l'intérêt lui en pourroit être dénié, comme nous croyons qu'il le doit être pour les légeres impenſes. Mais ſi le tuteur a payé une dette qui portoit intérêt, & s'il l'a fait pour arrêter les pourſuites d'un créancier; s'il a payé une dot, une légitime, il ſeroit bien rigoureux que le mineur s'en prévalût au préjudice du tuteur.

Et quant à ce qu'on peut objecter de l'authent. *Minoris C. qui dare tutores*, tirée de la novelle 72, il ſuffit de répondre qu'un tuteur peut payer la dette d'un mineur, ſans en prendre ceſſion, & que le faiſant *ex neceſſitate officii*, l'intérêt ne laiſſe pas de lui être dû, parce que *officium nemini debet eſſe damnoſum.*

Nous ne ſoutenons cela qu'après en avoir eu le 8
ſentiment conforme au notre, des ſieurs Moiron, Bernico & autres fameux avocats de Lyon. Ce qui nous oblige de dire qu'il ne faut pas donner tant

BIU Cujas

de créance aux préjugés qu'on ne les examine, & qu'on n'en peſe les raiſons pour les ſuivre ou pour les combattre.

9 Ce n'eſt pas que nous eſtimions qu'en un compte il faille article par article, allouer l'intérêt auſſi bien en la dépenſe qu'en la recette. Cela ſeroit trop exact & peut-être trop déſavantageux au mineur. Il faut une fois examiner ſi la recette & la dépenſe marchent de pair; car en ce cas, le tuteur ayant reçu autant que dépenſé, autant dépenſé que reçu année par année, ou peu s'en faut, il n'y échet point d'intérêt de part ni d'autre, & il ſeroit rude que le tuteur fît intérêt de ce qu'il a employé à meſure qu'il l'a reçu. Que ſi la recette excede, il eſt raiſonnable qu'il ſe charge de l'intérêt: Que ſi la dépenſe excede, ſi ce n'eſt pas un excès conſidérable, nous ne jugerions pas qu'on en dût donner l'intérêt article par article; mais le renvoyer à la clôture du compte, afin que ſi par icelle le tuteur ſe trouve créancier d'une ſomme conſidérable, & qui ne procede d'ailleurs que des frais du compte, l'intérêt lui en ſoit adjugé de quelques années.

Au reſte, dans l'hypothèſe en laquelle nous 10
avions conſulté nos voiſins pour l'intérêt que nous y avions, la choſe étoit encore plus favorable. C'étoit un oncle qui n'avoit travaillé que pour ſon mineur, qui pour liquider ſon hoirie, avoit vendu ſes biens propres, qui avoit emprunté, & payé des intérêts, qui avoit acquitté des dettes dont l'intérêt couroit, & par ce moyen, avoit empêché la vente des biens du mineur par décret, & enfin qui avoit fait ſon mineur héritier, & ne lui avoit ſubſtitué qu'au défaut de ſe marier.

Pour faire ceſſer le ſcrupule qu'un tuteur peut 11
avoir, il pourroit faire aſſembler les parens, & de leur avis, faire ordonner qu'il lui ſera permis d'emprunter deniers en rentes ou à intérêts. Mais ce n'eſt que faire des frais & colorer un procédé peut-être plus ſuſpect par-là, qu'il ne ſeroit autrement.

OBSERVATIONS.

Si les intérêts ſont dûs au tuteur pendant la tutelle.

L'Auteur traite ici une queſtion très-fréquente & très importante; ſavoir ſi les tuteurs ſont en droit de demander l'intérêt des ſommes par eux avancées, pour les affaires de leurs mineurs, à compter du jour des avances. Il traite cette queſtion très ſolidement, & prouve démonſtrativement que ſuivant la diſpoſition du droit & l'uſage des pays de droit écrit, l'intérêt eſt dû au tuteur du jour des avances, quand elles ont été faites pour l'utilité des mineurs. Il fait voir que l'équité naturelle & l'intérêt du mineur le deſirent ainſi; il dit qu'ayant demandé l'avis des plus célébres avocats de Lyon, ils ont été de ſon ſentiment. Cependant il dit que la queſtion conſultée aux anciens & fameux avocats de Paris, ils ont répondu que la juriſprudence du parlement étoit contraire; & que comme la cour exclut le tuteur de l'hypothéque tacite, elle lui refuſe auſſi l'intérêt de ſes avances, qui eſt encore plus à charge aux mineurs.

L'auteur combat cette parité. Il dit que la cour peut refuſer l'hypothéque tacite au tuteur, parce que la loi ne la lui accorde pas; mais qu'elle ne peut lui dénier les intérêts de ſes avances, puiſque la loi les lui accorde expreſſément. Il ajoute que ſi le parlement ne peut pas déroger à un article précis de coutume, quoique ſouvent abſurde, à plus forte raiſon ne doit-il pas s'écarter de la diſpoſition expreſſe de la loi, ſur-tout quand elle eſt fondée ſur l'équité naturelle, & autoriſée par l'uſage; ainſi pour cette fois il ne ſe rend pas aux arrêts. Cependant pour y déférer en quelque choſe, il dit qu'il n'eſtime pas que dans un compte il faille allouer l'intérêt auſſi-bien en la dépenſe qu'en la recette, article par article: il faut examiner ſi la recette & la dépenſe marche de pair ou à-peu-près; en ce cas il ne faut pas adjuger l'intérêt au tuteur année par année, mais attendre à la cloture du compte; ſi par l'événement d'icelui le tuteur eſt créancier d'une ſomme conſidérable, il eſt juſte de lui en adjuger les intérêts.

Il propoſe pluſieurs cas où il y auroit de l'injuſtice à refuſer l'intérêt au tuteur, s'il a payé une dette qui portoit intérêts, & s'il l'a fait pour arrêter les pourſuites d'un créancier: s'il a payé une dot, une légitime, ou autre dette portant intérêt.

Je n'eſtime pas qu'il ſoit néceſſaire de faire tant de diſtinctions, il faut s'en tenir à 12
celle faite par la loi, qui dit que le juge doit examiner ſi les avances ont été faites pour l'utilité du mineur: *judex igitur qui contrario judicio cognoſcit, utilitatem pupilli ſpectabit, & an tutor ex officio ſumptus fecerit. Conſequitur autem pecuniam, ſi quam de ſuo conſumpſit, etiam cum uſuris; ſi neceſſe habuit mutuari ut pupillo ex juſta cauſa prorogaret; vel his à quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, ſi nimium profuit pupillo pecuniam eſſe exſolutam.* l. 3, § 1, ff. *de contr. tut. act.*

Après avoir montré que la raiſon, l'équité & l'intérêt du mineur deſirent que l'on 13
adjuge l'intérêt au tuteur dans les cas marqués par la loi, il faut obſerver pourquoi à Paris l'uſage eſt contraire. Quand le tuteur a beſoin d'argent pour les affaires de ſon mineur, il fait aſſembler les parens, qui donnent leurs avis pour emprunter à titre de conſtitution de rente; le juge homologue cet avis, & en conſéquence le tuteur trouve aiſément de l'argent, dont il paye la rente des deniers de ſon mineur: ainſi cette juriſprudence ne va point au ſoulagement du mineur. Mais dans les pays de droit écrit, où les conſtitutions de rentes ne ſont guères en uſage, il faut de néceſſité que le tuteur

BIU Cujas

emprunte à titre de prêt, ou qu'il fourniſſe du ſien : dans le premier cas, il eſt juſte qu'il retire de ſon mineur les intérêts qu'il paye pour lui : dans le ſecond, il ne ſeroit pas juſte que ſes deniers fuſſent oiſifs, *non debet ei ſterilis eſſe ſua pecunia ;* ainſi tout bien conſidéré, il faut s'en tenir à la régle infaillible de la loi, *Si nimium profuit pupillo pecuniam eſſe exſolutam.*

Dans les parlemens de droit écrit, la diſpoſition du droit eſt ſuivie ſuivant le témoi- 14
gnage de Bouvot, dans ſes queſtions notables, part. 2, ſur le mot *tuteur*, queſtion 6, où il cite un arrêt rendu au parlement de Grenoble en 1619 qui l'a ainſi jugé. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 542, col. 1, cite un arrêt rendu en la chambre de l'édit de Languedoc, le 26 mars 1627, qui a jugé la même choſe. M. Catelan, tom. 2, liv. 8, ch. 5, ſur la fin, 1
fait mention d'un arrêt, par lequel il a été jugé que l'intérêt eſt dû au tuteur, non-ſeulement du jour de la clôture, mais depuis la fin de la tutelle & du jour qu'il a remis les biens au pupille devenu adulte : il ajoute que cette déciſion eſt fondée ſur la loi, qui donne au tuteur l'intérêt pendant la tutelle.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

IL eſt permis à un tuteur de ſtipuler les intérêts des deniers des mineurs, quand il les prête à un tiers ; cela ſe juge ainſi au parlement de Paris, ſuivant les arrêts & les autorités rapportés par M. Lepreſtre, cent. 2, ch. 27, & par Brodeau ſur M. Louet, lett. I, ch. 8, nomb. 7.

La même choſe ſe juge au parlement de Bretagne, ſuivant les arrêts rapportés par M. Frain, ch. 77, & le témoignage de M. Henrys ſur ce chapitre, où il a fait une ſavante diſſertation ſur la matiere des intérêts.

Cette faveur accordée aux mineurs, ceſſe quand ils ſont devenus majeurs, ſuivant le ſentiment de Brodeau au même endroit. Hevin pouſſe la choſe juſqu'à ce que le compte ait été rendu, & les piéces remiſes au mineur : il dit que cela a été ainſi jugé dans ſa famille.

A ce ſujet je crois devoir remarquer que quoiqu'une des conditions la plus eſſentielle pour la validité d'un contrat de conſtitution de rente, ſoit que le débiteur ne puiſſe être forcé au rachat ; cependant dans les conſtitutions de rentes faites des deniers des mineurs l'on peut ſtipuler qu'elles ſeront rachetables dans un certain tems : cette ſtipulation eſt valable, ſuivant les arrêts rapportés par Papon, liv. 12, tit. 7, nomb. 30, par Brodeau ſur l'art. 94, nomb. 4, de la cout. de Paris, & par Soefve, part. 1, cent. 3, ch. 94.

Le parlement de Normandie dans les articles déja cités, nomb. 40 en a fait une déciſion expreſſe en ces termes : *Le tuteur peut bailler en conſtitution de rentes les deniers du mineur, à la charge de les rendre audit mineur, tant en principal qu'intérêts après ſa majorité.*

Hypothéque du tuteur.

Notre auteur ſemble ici demeurer d'accord, que le tuteur n'a pas une hypothéque tacite ſur les biens de ſon mineur ; cependant dans ce livre 4, queſtion 35 il a établi le contraire, & dans mes obſervations j'ai montré que c'eſt la juriſprudence univerſelle de tous les parlemens du royaume, & qu'en cela la juriſprudence du parlement de Paris eſt ſolitaire.

DU MARIAGE DES FILLES MINEURES.

QUESTION CENT-TRENTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Ancienne conteſtation ſur ce ſujet.*
2. *Il ſemble que l'affection de la mere étant plus grande, ſon avis doit prévaloir.*
3. *Raiſons du tuteur.*
4. *Eſpéce du ſujet de la queſtion.*
5. *Arrêt en faveur du tuteur.*
6. *Cet arrêt a été rendu ſur des circonſtances particulieres.*
7. *Arrêt en faveur de la mere.*
8. *Diſpoſition du droit ſur cette queſtion.*
9. *Inconvéniens de ſe déterminer en ſemblable occaſion, par l'avis des parens.*
10. *L'autorité du curateur n'eſt pas néceſſaire pour le mariage des mineurs.*

BIU Cujas

QUESTION CXXXII.

Quelle autorité, de la mere, ou du tuteur, doit prévaloir : & si la mere ayant marié sa fille sans le consentement du tuteur, il en peut reclamer.

1 CETTE question se trouve agitée dans Tite Live, en sa décade premiere, liv. 4, ch. 9, & il rapporte qu'elle brouilla toute une ville, & faillit à la jetter dans la combustion. De deux qui recherchoient une mineure, la mere en affectionnoit un, & le tuteur l'autre. Cette division divisa le peuple, les plus grands prenant un parti, & les moindres s'étant rangés de l'autre côté. Il ne dit pas ce que le sénat
2 en détermina : il semble que les liens de la nature étant plus forts que ceux de loi, & que la loi même ayant reconnu que *non est affectus qui vincat maternum*, l'autorité de la mere doit prévaloir. Que comme elle a plus d'intérêt à l'avancement de sa fille, son choix doit être censé le plus juste. Bref, qu'il n'est pas a présumer que de deux partis, la mere veuille préférer le moindre, s'il n'y a d'autres considérations qui emportent la balance.

3 Pour le tuteur, on peut dire au contraire, que comme le pere est un tuteur naturel, le tuteur est un pere légal, & que la loi le subrogeant au pere, il le représente, & doit avoir le même pouvoir : que si les mineurs ne peuvent faire le moindre contrat sans l'autorité d'un tuteur, comment est-ce qu'ils la pourroient rejetter pour le contrat le plus solemnel, pour l'acte le plus important, & qui doit établir leur fortune & le repos de leur vie, pour le reste de leurs jours? Qu'il est vrai qu'une mere a beaucoup d'affection, mais qu'elle est le plus souvent trop tendre & condescendante aux inclinations d'une fille, quoique désavantageuses. Bref, qu'une mere peut être préoccupée, qu'elle peut agir par caprice, & par cette propension qu'a ce sexe à contrarier les autres.

Nous ne voulons pas juger cette préférence, & nous nous contenterons de dire que la mere & le tuteur étant opposés, c'est aux parens à les départir : qu'étant assemblés de l'autorité du juge, & après avoir oui & balancé les raisons de part & d'autre, & interrogé la fille, c'est à eux à décider qui de la mere & du tuteur a de plus justes motifs. Bref, que comme aux autres procès, la pluralité des voix l'emporte. C'est ce qui s'est pratiqué plusieurs fois en ce siége, & l'expérience nous a fait voir que comme les femmes ne démordent pas facilement, on peut aussi dire avec le poëte, *O quàm superbum nomen matris, & nimium potens!* Voici pourtant un exemple contraire & remarquable.

4 La mere de damoiselle Marie Peschard, fille unique & héritiere d'un conseiller au parlement de Rennes, & de l'éducation de laquelle elle étoit chargée, étant allé voir avec elle par forme de visite le comte de Maillé, proche voisin, leur mariage fut traité dans le sejour que la mere & la fille firent chez ce comte. Mais comme elle n'avoit pas encore douze ans accomplis, il fallut attendre, & c'est ce qui donna tems au tuteur & à une tante, en ayant été avertis, de s'y opposer, de bailler leurs plaintes au parlement de Rennes, en crime de rapt, & d'obtenir des défenses, tant de ce parlement que du privé conseil. Ensuite de quoi il y eut beaucoup de procédures à cause même que ledit sieur comte de Maillé ayant été pris & arrêté, il fut traduit en divers endroits.

Mais enfin l'affaire ayant été évoquée & renvoyée 5
au parlement de Paris, la cause y fut plaidée avec assez d'appareil le jeudi 26 mai 1653, monsieur le premier président de Bellievre séant, & par arrêt, le mariage fut déclaré non valablement contracté; défenses faites aux parties de se fréquenter, ordonné que la fille seroit séquestrée en une religion; que les parens s'assembleroient au nombre de douze, pour délibérer sur l'état & mariage de la fille, & que le comte de Maillé seroit tenu de comparoître en personne aux assignations qui lui seroient posées, pour répondre sur les conclusions du procureur général, tous dépens, dommages & intérêts réservés. M. l'avocat général Bignon dit que ce n'étoit pas un véritable rapt, mais que le mariage étoit clandestin, & non valablement contracté, ayant été fait sans le consentement du tuteur, au préjudice des défenses d'une cour souveraine & du conseil, par un attentat & mépris à l'autorité de la justice. Que n'y ayant eu que deux ou trois parens qui eussent assisté, on ne pouvoit pas approuver ce procédé, & que le public s'y intéressoit. En un mot, que *contra legem maritus erat*, ainsi que dit le jurisconsulte en la loi 48, § *primo, ff. de ritu nuptiar.* Qu'encore qu'il n'y eût point d'inégalité, le comte de Maillé étant de haute extraction, la tige de la maison de Brezé, & assez avantagé des biens de fortune, la conséquence en étoit pourtant dangereuse. Il y avoit des informations réciproques; car ledit sieur de Maillé avoit fait quelque rébellion à un lieutenant criminel, il avoit été par contrainte traduit en divers lieux, & maltraité contre l'ordre que la justice prescrit.

M. le Maître, en son plaidoyer vingt-septieme, rapporte un arrêt qui semble contraire, puisque la mere l'emporta sur le tuteur, & que le mariage fut approuvé. Mais il faut remarquer qu'outre l'assistance des parens, le tuteur avoit maltraité & excédé sa mineure niece, qu'il y en avoit plainte & information, & que par ce procédé violent, il s'étoit rendu comme indigne de sa qualité, & de l'autorité qu'elle donne.

OBSERVATIONS.

Dans les mariages des enfans mineurs, qui doit prévaloir, ou du sentiment de la mere; ou de l'autorié du tuteur?

DAns cette question l'auteur décide, que quand la mere & le tuteur ne s'accordent pas sur le choix d'un époux, pour une fille mineure, l'autorité du tuteur doit l'emporter sur l'affection de la mere. Dans ses plaidoyers, qui seront mis dans le quatriéme tome, il se détermine dans le plaidoyer 13 en faveur de la mere, & cela fut 6
ainsi jugé dans son siége, suivant ses conclusions. Mais ici il prend un parti contraire, à cause de l'arrêt rendu contre le sieur comte de Maillé; mais dans l'espece de cet arrêt, il y avoit uue circonstance aggravante, le mariage avoit été contracté au préjudice des

des défenſes faites par un arrêt du parlement de Bretagne, & par un arrêt du conſeil du roi. J'ai déjà dit pluſieurs fois, que c'eſt un défaut dans l'auteur d'avoir trop de déférence pour les arrêts, ſans conſidérer que le plus ſouvent ils ſont rendus ſur des circonſtances particulieres, qui font qu'ils ne doivent point être tirés à conſéquences. Autrefois la cour après la prononciation des arrêts, avoit la bonté d'avertir les avocats du motif de ſes jugemens, afin que l'on ne fît pas une loi générale d'une déciſion particuliere; cette précaution ſeroit encore aujourd'hui plus utile qu'autrefois, à cauſe du grand nombre d'arrêts, que l'on a recueillis dans les derniers tems, dont on a fait tant de volumes, parmi leſquels il s'en trouve pluſieurs qui ſemblent entierement contraires; d'autres qui paroiſſent avoir jugé contre toutes les regles du droit & du bon ſens; en ſorte que l'on peut dire des arrêts, ce que diſoit Ciceron des jugemens de ſon tems, *judicia quæ olim nuſquam fuerant, hodie multifariam nulla ſunt.*

Mais pour revenir à la queſtion, M. le Maître dans ſes doctes plaidoyers, plaid. 27, rapporte un arrêt qui a cofirmé un mariage contracté par une fille mineure, du conſentement de ſa mere, au préjudice de l'oppoſition du tuteur. Il dit ſur cela tout ce que l'on peut dire de plus curieux, mais comme Dieu avoit fait naître ce célébre orateur, pour être un fidéle interprête de ſes loix, il lui avoit inſpiré une noble inclination pour l'étude de l'écriture ſainte, & pour la lecture des peres & des conciles, dont il a rempli ſes plaidoyers. Pour moi qui ne me ſens pas aſſez fort pour ſortir de ma ſphere, je me contenterai de rapporter ſommairement ce que le droit civil preſcrit ſur cette queſtion. 7

En droit, quand le tuteur & la mere ne ſont pas d'accord ſur le ſujet du mariage d'une fille pupille, il faut en ce cas avoir recours à l'autorité du juge, qui doit choiſir le parti le plus avantageux pour la fille. C'eſt la déciſion de la loi premiere, au code, *de nupt.* laquelle doit s'entendre, ſuivant le ſentiment de M. Cujas, dans ſes obſervations, liv. 3, ch. 5, d'une fille pupille. 8

Mais quand la fille a atteint un âge plus avancé, & qu'elle eſt capable de faire un choix, le juge doit conſulter ſon inclination, & ſuivre ſon choix, quand il eſt raiſonnable, quand même il ne ſeroit pas tout-à-fait ſi avantageux que celui du tuteur & des parens, *ſi pares ſint genere ac moribus competitores, is potior exiſtimetur, quam ſibi conſulens mulier approbaverit*, dit la loi *viduæ* 18, du même titre. Cette loi, quoiqu'elle ſoit faite pour les veuves mineures de vingt-cinq ans, comprend auſſi les filles, puiſqu'elle veut que l'on ſuive pour les veuves mineures, ce qu'elle a ordonné pour les filles, *ut in virginum conjunctionibus ſancitum eſt.*

Enfin la loi 20, du même titre, ordonne que dans le mariage des filles étant ſous la puiſſance du pere, l'on ſuive la volonté du pere. Après la mort du pere, ſi la mere eſt vivante, & que la fille ſoit encore mineure, il faut prendre l'avis de la mere & des parens, & celui de la fille principalement; *& ipſius quoque requiratur adultæ judicium.* S'il n'y a ni pere ni mere, & qu'il y ait conteſtation entre le curateur de la fille & ſes parens, il faut ſuivre l'inclination de la fille. Si la fille par pudeur ne veut pas déclarer ſa volonté, en ce cas il eſt permis au juge de choiſir, en préſence des parens, le parti le plus avantageux: *ſi puella cultu verecundiæ propriam noluerit voluntatem depromere, coram poſitis propinquis, judici deliberare permiſſum eſt, cui melius adulta ſocietur.*

La diſpoſition de ces loix eſt fort ſage & fort judicieuſe; pendant la vie du pere elle lui laiſſe la liberté entiere de choiſir tel ſujet que bon lui ſemble pour marier ſes enfans: mais cette liberté doit être dirigée par l'affection paternelle; car ſi un pere abuſe de ſon pouvoir, & qu'il ne ſe mette point en peine de marier ſes enfans, il peut y être contraint, ſuivant un des chefs de la loi *Julia*, rapporté dans la loi 19, *ff. de rit. nupt.* & non-ſeulement il peut être contraint de marier ſes enfans, mais auſſi de les doter ſuivant ſes facultés & ſa condition, *coguntur in matrimonium collocare & dotare*, dit cette loi. Cela ſe juge ainſi au parlement de Toulouſe, ſuivant les arrêts rapportés par M. Albert, ſur les mots *fils & filles*, & par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 68.

Quand le pere eſt décédé, ſi la mere eſt vivante, & qu'elle ne convienne pas avec le tuteur, il faut diſtinguer: ou la fille eſt encore pupille & hors d'état de faire un choix, & pour lors il faut avoir recours au miniſtère du juge, qui choiſira le parti le plus avantageux. Mais ſi la fille eſt en état de faire un bon choix, ſon ſentiment doit prévaloir à celui de ſon tuteur, ou à celui de ſa mere.

Si la fille n'a ni pere ni mere, & qu'il y ait conteſtation entre ſon tuteur & ſes parens, il faut ſuivre ſon inclination, quand les partis qui ſe préſentent ſont à-peu-près égaux: ſur cela il faut obſerver que la loi 18 ne requiert l'égalité que dans la condition & dans les mœurs, *ſi pares ſint genere ac moribus;* elle ne parle point de l'égalité des biens, & avec raiſon: car il y a des hommes ſans biens qui valent mieux que d'autres avec beaucoup de bien: par exemple un avocat qui a du talent, quoiqu'il n'ait que peu ou point

BIU Cujas

des biens, eſt un meilleur parti qu'un ſecrétaire du roi, ou un ſimple bourgeois, quoique riche. Il faut encore obſerver une ſage précaution, qui eſt à la fin de cette même loi, ſi par les mauvaiſes difficultés du tuteur ou des héritiers préſomptifs, le mariage de la fille eſt différé, & qu'elle décéde avant que le procès ſoit jugé; la loi les prive avec juſtice du profit de la ſucceſſion, *ad quos etiam ſi fatalis ſors interceſſerit, tamen hæreditatis commodum pervenire non poſſit.*

Après des déciſions ſi ſages & ſi politiques, il y a ſujet de s'étonner que la juriſprudence ſoit en France ſi incertaine ſur cette matiere: l'uſage parmi nous eſt, dans tous les cas, de convoquer l'aſſemblée des parens, & de ſe déterminer par la pluralité des
9 ſuffrages: mais cet uſage peut avoir de grands inconvéniens, un tuteur peut gagner la pluralité des ſuffrages, ſur-tout celui des héritiers préſomptifs, qui ont intérêt qu'une fille unique ne ſe marie pas: mais quand on ſuppoſeroit que jamais le tuteur ni les héritiers ne peuvent avoir un ſi mauvais deſſein, l'inconvénient peut arriver de la part des amans, qui mettent tout en uſage pour gagner les ſuffrages des parens.

Il eſt ſi vrai que les tuteurs pratiquent de mauvaiſes voies pour marier leurs mineures, que les arrêts ont été obligés de déclarer nulles toutes les promeſſes & les obligations exigées par les tuteurs, pour donner leur conſentement au mariage de leurs mineures, ainſi qu'il a été obſervé ſur la queſtion 130 de la ſuite de ce livre.

10 A l'égard des curateurs, leur conſentement n'eſt point requis pour le mariage de leurs mineures, ſuivant la loi 20, *ff. de rit. nupt.* & la loi 8, *cod. de nupt.* & cela ſe juge ainſi au parlement de Toulouſe, ſuivant les arrêts rapportés par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 69.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA coutume de Bretagne a une diſpoſition très-judicieuſe ſur cette matiere. Dans l'article 495, elle déclare que les enfans mineurs qui contracteront mariage ſans le conſentement de leur pere & mere, pourront être exhérédés, & que les pere & mere pourront révoquer toutes les donations faites à leurs enfans.

Dans l'article 496, elle ordonne qu'après le décès du pere, les mineurs ſeront tenus de requérir & avoir le conſentement de la mere, du tuteur & des proches parens, avec l'autorité de juſtice.

L'article 497, punit de mort ceux qui ſubornent les mineurs, pour les marier ſans le conſentement de leurs pere & mere, ou tuteurs.

DU BÉNÉFICE DE RESTITUTION.

QUESTION CENT-TRENTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il faut diſtinguer entre les dettes actives & les paſſives, pour l'indiviſibilité.*
2. *Les dettes actives ſont diviſées de plein droit entre cohéritiers.*
3. *Si le tiers-acquéreur preſcrit l'hypothéque par dix ans, quand un des cohéritiers eſt mineur.*
4. *Raiſons du cohéritier, majeur.*
5. *Arrêt du 15 mars 1605, en faveur du cohéritier, majeur.*
6. *Réponſe à cet arrêt.*
7. *Conciliation des loix.*
8. *Diſtinction, s'il y a eu partage entre les cohéritiers ou non.*
9. *Avant le partage les dettes ſont communes.*
10. *Si avant le partage, les cohéritiers ont formé la demande chacun pour ſa part, la dette eſt cenſée diviſée.*
11. *Arrêt du mois de mars 1650, qui a jugé que pour les dettes actives, la preſcription court contre les cohéritiers majeurs.*
12. *Sentiment de l'auteur pour ce parti.*
13. *Il ne faut pas déférer aux arrêts, quand ils ſont contraires à l'équité ou à la raiſon.*
14. *Diſpoſition de la coutume de Bourbonnois, conforme à la déciſion de cet arrêt.*
15. *Les changemens en matiere de juriſprudence, ne ſont pas avantageux.*

BIU Cujas

16. *La décision de ce dernier arrêt est la plus juridique.*
17. *Deux arrêts du parlement de Toulouse, qui ont jugé que dans les dettes actives, la restitution du mineur ne profite point au majeur.*

QUESTION CXXXIII.

Si, pour empêcher la prescription de l'action hypothéquaire, la restitution du mineur profite au majeur.

1 IL faut faire distinction entre les dettes actives & passives d'une hoirie. Pour celles-ci l'hypothéque subsiste sur tous les fonds, & sur chacun, *est tota in toto, & tota in qualibet parte.* De sorte que si l'un des cohéritiers possede quelque héritage de l'hoirie; il peut être convenu pour toute la dette, & par conséquent ne s'en peut exempter: si même il n'est pas condamné personnellement pour sa part, c'est toujours hypotéquairement pour le tout, & comme il n'y échet point de discussion, on ne prononce de la sorte, que pour établir son recours.

2 Mais pour les dettes actives, il semble qu'il en faille parler autrement; car comme elles sont censées divisées *ipso jure* entre les cohéritiers, même avant le partage, suivant la loi *6 C. familiæ erciscundæ*, aussi s'ensuit-il que chacun ne peut avoir droit & hypothéque, que pour sa portion. Qu'il repugne que n'étant créancier que d'une partie, il y ait une hypotéque plus grande. Par exemple, Titius étant débiteur à l'hoirie de Cajus de trois mille livres, s'il y a trois cohéritiers, chacun d'eux est créancier de mille livres, & sans attendre un partage, il s'en peut faire payer. *Ea quæ in nominibus sunt non recipiunt divisionem*, parce que par la loi des douze tables, *ipso jure in portiones hæreditarias divisa sunt*: c'est ainsi que parle l'Empereur au texte cotté; ce que les jurisconsultes avoient auparavant décidé *in l. 2* sur la fin, & *in l. 25, ff. eodem titulo*, où il est dit que *cessat familiæ erciscundæ judicium, cùm nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.*

3 On demande si rien n'ayant été demandé à un tiers acquéreur des héritages de Titius, par les héritiers de Cajus, il peut avoir prescrit leur hypotéque par la jouissance de plus de dix ans, quoique l'un des cohéritiers ait été mineur, ou si la minorité y a fait obstacle, non-seulement à l'égard de ce mineur, mais encore des majeurs. Cette question s'est présentée en ce siége par deux diverses fois; sçavoir entre les sieurs Girardon & Brun demandeurs en action hypotéquaire contre la nommée Valet défenderesse; comme cohéritiers de leur ayeul, & créanciers de l'hoirie d'Antoine Peronin, ils s'étoient opposés à la distribution du prix de ses biens; ayant été colloqués, mais non utilement pour le tout, ils conviennent en action hypotéquaire ladite Valet, comme ayant acquis un domaine dudit Peronin: elle excipe de sa jouissance de plus de dix ans, & soutient que si elle n'est pas suffisante à l'égard du sieur Brun, pour avoir été mineure, elle la doit mettre à couvert à l'égard du sieur Girardon.

4 Lequel au contraire soutient que le majeur étant joint & intéressé avec le mineur, la prescription n'a pû courir pour la part & portion qui appartient au majeur; qu'en ce cas, & parce que l'hypotéque est indivisible, *minor conservat partem majoris, & restitutio minoris prodest majori.* Il allegue à cet effet l'arrêt d'audience du 15 mars 1605, que Mornac a remarqué sur la loi 10, *ff. Quemadmodum servitutes*

5 *amittantur*, & après lui Brodeau sur M. Loüet, en la lettre H, nomb. 20.

6 Il est vrai que nonobstant ce préjugé, le même Brodeau reconnoît que cette question reçoit beaucoup de difficulté, par la raison que nous avons touchée, qu'encore qu'il n'y ait point de partage, les dettes sont censées divisées, & chacun des héritiers n'y avoir que sa seule part. Qu'il y a grande différence entre les choses individues & incorporelles, comme sont les servitudes, & les choses corporelles indivises, mais divisibles, ou qui sont censées divisées. Par conséquent que la prescription en ces choses-là peut courir contre le majeur, & pour sa part, quoiqu'elle ne coure pas contre le mineur. Bref, que le privilége du mineur lui étant en ce cas personnel, il ne peut pas s'étendre au majeur: Qu'ayant été jugé, qu'un décret poursuivi contre un majeur & un mineur, peut être cassé à l'égard du mineur, au défaut de discussion de meubles, & subsister pour le majeur; il s'ensuit que pour les choses qu'on peut diviser & séparer, le majeur ne peut pas se servir d'un privilége étranger, & qui n'est accordé qu'en faveur de l'âge.

Qu'on ne peut pas argumenter des choses qui sont absolument indivisibles à celles qui sont divisibles, *de individuis ad dividua.* Outre que suivant la regle établie *in l. in extensione ff. de verbor. obligation. Stipulationes quæ sunt individuæ in petitione, dividuæ tamen sunt in executione.* De sorte qu'on se peut liberer en payant à chaque cohéritier ce qui lui revient de la dette. Qu'on ne peut donc pas dire, que ce soit chose individue. *Individuum enim dicimus cujus effectus dividi non potest.* Et c'est pourquoi en ladite loi, *in executione factorum obligatio individua est, & singuli hæredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.* D'où s'ensuit que quand l'effet se peut diviser, & qu'il aboutit à des condamnations séparées, la chose ne peut pas être dite individue, *quia peti pro parte potest*: ce que Ciceron confirme en l'oraison *pro Roscio Comœdo*, en ces termes: *hæres pro sua parte petit, qua hæreditatem adiit, & pro sua parte dissolvit.*

7 Néanmoins Mornac, à l'endroit cotté, remarque que cela ayant été allégué lors de la plaidoirie, cela fut rejetté des juges, comme trop subtil; & jugé que la majeur & le mineur étant joints, la cause étoit égale par la raison de la loi 10, *ff. Quemadmod. servitut. amittantur*, laquelle pourtant ne semble pas convenable, y ayant grande différence entre la servitude d'un chemin & une obligation. Comme *servitus viæ est individua*, le mineur ne la peut conserver pour lui, qu'elle ne serve au majeur, 44§3 *si servitus vindicetur*, & *l. 25, ff. familiæ erciscundæ.* En cette loi le jurisconsulte demande, *an ea stipulatio qua singuli hæredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, veluti si quis viam, iter stipulatus fuerit*, & conclut que *talis stipulatio non dividitur, quia non potest.* Et partant quand la chose se peut diviser & que l'intérêt est séparé, on peut prendre une

8 conclusion contraire, & dire en ce cas *res scindi potest*, suivant la loi *tutor urgentibus, ff. de minorib.*

Or, pour résoudre ce point & concilier des textes qui semblent contraires, on y pourroit apporter quelque distinction: car si les dettes actives d'une hoirie sont divisés *ipso jure*, c'est plutôt *juris intellectu quàm*

BIU Cujas

effectu, c'est plutôt *divisio intellectualis quàm actualis*. Et c'est pourquoi jusqu'à ce qu'il y ait eu un partage, il est vrai de dire que ce sont encore des dettes communes, qui demeurent dans l'hoirie. Par conséquent que n'y ayant point eu de division réelle & actuelle, l'hypoteque est telle qu'elle étoit auparavant, c'est-à-dire indivisée.

En effet, quoique la loi établisse cette division de dettes *ipso jure*, elle ne laisse pas de reconnoître qu'il y peut écheoir un partage, le jurisconsulte le dit *in l. planè ff. fam. ercis. ad officium judicis nonnumquam pertinet ut debita & credita singulis pro solido, aliis alia attribuat*, dont il rend cette raison, *quia sæpe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet.* Et si il ajoute, *nec tamen hæc attributio illud efficit, ut totum alicui soli debeatur, sed si agendum sit partim suo, partim procuratorio nomine agat :* ce n'est qu'une subtilité du droit ancien, qui
9 attachoit tellement les actions aux personnes, qu'elles en étoient inséparables.

Aussi cette subtilité semble retranchée en la loi 11 & derniere *ff. de distinctione pignorum*, où il est dit, qu'après le partage des héritages, les arbitres, *nomina quoque communium debitorum separatim diversa singulis in solidum assignaverunt.* Ensuite de quoi le jurisconsulte demande, si les débiteurs étant en demeure de payer, chacun des cohéritiers, *debitore*
10 *sibi addicto cessante pro solido, pignus obligatum vendere possit*, & décide qu'oui. Les termes dont ces loix se servent sont remarquables ; car auparavant ce partage & assignat des arbitres, elles disent que ce sont *nomina communium debitorum*, c'est-à-dire, que la division légale *& quæsit juris intellectu*, n'empêchent pas que ce ne soient dettes & hypothéques communes & indivises, & par conséquent que jusques au partage, la communion du mineur ne serve au majeur, comme au contraire on doit dire qu'a-
11 près le partage l'intérêt n'est plus commun, puisque chacun peut agir *pro solido*.

Mais quoiqu'il n'y ait point de partage actuel des dettes, si les cohéritiers ont agi pour leur part & rate : si l'obligation étant de trois mille livres, chacun a fait demande au debiteur de son tiers, & en a obtenu condamnation ; nous estimons en ce cas, que ce n'est plus une dette commune, que l'hypothéque n'est plus indivise, puisque d'une seule obligation on en fait trois ; & par conséquent que comme l'intérêt est séparé, & que chacun a son droit particulier, la prescription court contre les majeurs, sans qu'ils se puissent prévaloir du bénéfice du mineur.

C'est donc en ce cas qu'on peut appliquer ce qui est dit en la loi unique, *C. Si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur, quæ quamvis minor proportione sua restitutionis auxilium implorare possit, majori tamen ad communicandum edicti perpetui beneficium ejus ætas patrocinari non potest.* Comme encore ce qui est dit *in l. 2. C. si unus ex pluribus ; ubi si ætatis auxilio unus contra sententiam restitutionem impetraverit, majori qui suo jure non appellaverit, hoc rescriptum non prodest.*

Supposons, sur ce même sujet, que les trois héritiers soient majeurs, & que chacun d'eux ayant agi & fait condamner le débiteur à leur payer leur part & rate, l'un des trois vigilans ait poursuivi le tiers acquereur, & fait déclarer son hypothéque. Nous demandons si sa poursuite peut servir aux autres, & à leur égard empêcher la prescription ? C'est ce qui ne semble pas juste, & néanmoins il y auroit identité de raison, & il seroit aussi juste qu'on se pût prévaloir de cette diligence, que du bénéfice de l'âge, si c'étoit une chose indivisible.

Depuis, le receuil de M. Louet, de la derniere impression de 1655 & en deux tomes, nous étant tombé entre les mains, nous y avons trouvé du changement. Car le sieur Brodeau, décedé depuis quelques années, & qu'on ne peut assez regretter, y ayant mis de nouvelles notes, il assure au nomb. 20 de la lettre H, qu'encore qu'aux choses, qui de leur nature sont inséparables & indivisibles, la qualité du mineur ou sa restitution profite au majeur, cela n'a pas lieu en une rente ou autre dette active, divisible de soi, nonobstant l'individuité de l'hypothéque.

Il dit donc qu'il a été ainsi jugé *in terminis* par 12
arrêt donné en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de monsieur Genou, en mars 1650. Bref, que par cet arrêt, la cour en infirmant la sentence de messieurs des requêtes de l'Hôtel, du 5 mai 1648, qui avoit déclaré la maison affectée & hypotequée à la rente entiere de cinq cents livres, indivisée entre la mere commune & les enfans mineurs, au préjudice de la possession paisible du tiers détenteur des treize ans, déclara ladite maison affectée à la moitié de ladite rente, tant seulement, 13
& pour l'autre moitié l'en déchargea.

Comme nous ne pouvions pas digerer le premier arrêt, & quoique dise Mornac, comme il nous sembloit répugner aux principes de notre droit, & à la 14
raison naturelle ; aussi faut-il que nous avouions que nous avons été grandement satisfait du dernier arrêt. C'est de là que nous inferons qu'il ne faut pas toujours déferer aux premiers arrêts, ni se tenir aux préjugés, lorsque l'équité & la raison exige de nous un sentiment contraire.

Si l'on en étoit toujours demeuré aux termes des premiers arrêt, notre jurisprudence n'auroit pas si souvent & si heureusement changé, qu'elle a fait en plusieurs rencontres. Ce changement procéde, ou de ce que les questions sont quelquefois mieux agitées, & de ce qu'on en recherche mieux les principes ; ou parce que l'étude & l'expérience nous donne de nouvelles lumieres, bref, l'on y peut faire d'un jour à l'autre de nouvelles découvertes. 15

La question que nous venons d'agiter se trouve nettement decidée par l'article 24 de la coutume de Bourbonnois, où il est dit que quand aucune chose corporelle & divisible est commune entre plusieurs mineurs ensemble, & que l'un d'iceux est majeur avant les autres, la prescription commune a encore lieu contre le majeur : & autre chose est, quant aux choses corporelles & non divisibles comme servitude & autres semblables, esquelles la minorité de l'un des communs, empêche que durant icelle ne coure prescription à l'égard des majeurs. Il faut inferer de-là que l'étude des coutumes n'est pas à négliger ; & que même en pays de droit 15
écrit, on en peut tirer des décisions notables.

Maître Jacques Potier, qui le dernier a commenté la coutume de Bourbonnois, allegue à ce sujet un arrêt qu'il a tiré de Lommeau au livre 3, chap. 268 de ses maximes, & il cite encore Tronçon sur l'article 267 de la coutume de Paris.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si le bénéfice de restitution accordé au mineur, profite au majeur.

DAns cette question, l'auteur examine si le bénéfice de restitution accordé au mineur, profite à ses cohéritiers majeurs, pour arrêter le cours de la prescription de l'action hypothéquaire. Il traite fort doctement la question de part & d'autre. Au commencement il se détermine pour l'affirmative sur le fondement d'un arrêt du 15 mars 1605, cité par Mornac sur la loi 10, *quemad. servit. admit.* mais à la fin il prend parti pour la négative, à cáuse d'un autre arrêt du mois de mars 1650, rapporté par Brodeau, sur M. Louet, lett. H, ch. 20, nomb. 4. Au sujet de cet arrêt, il dit qu'il ne faut pas toujours déférer aux premiers arrêts, ni se tenir aux préjugés, lorsque l'équité & la raison exigent de nous un sentiment contraire. (Si l'auteur avoit pratiqué cette maxime, il n'auroit pas tant varié.) Il ajoute que si l'on en étoit toujours demeuré aux termes des premiers arrêts, notre jurisprudence n'auroit pas si souvent & si heureusement changé qu'elle a fait en plusieurs rencontres. Je ne sçaurois approuver cet avis; je tiens que le changement n'est jamais bon, sur-tout en matiere de jurisprudence : je suis fort persuadé que les anciens arrêts étoient plus juridiques que les nouveaux; il ne me seroit pas difficile de prouver cette proposition; mais cela me meneroit trop loin. 16

Pour revenir à la question, je crois que la derniere opinion est la meilleure, comme la plus conforme à l'esprit du droit, qui ne communique le bénéfice de restitution aux majeurs, que dans les choses individues; or quand on dit que l'hypothéque est indivisible, cela doit s'entendre par rapport aux héritages sur lesquels elle est assignée, l'hypothéque demeure toujours indivisible sur chaque piéce d'héritages, quoiqu'ils passent entre les mains de différens possesseurs, *tota est in toto, & tota in qualibet parte*, comme l'explique fort bien le docte Loyseau, dans son traité de l'action mixte, liv. 2, chap. dernier. 17

M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 12, cite deux arrêts du parlement de Toulouse, le premier du 7 février 1657, par lequel il a été jugé que deux freres, dont l'un étoit mineur & l'autre majeur, ayant vendu en qualité d'héritiers de leur pere une métairie, ensuite s'étant pourvus contre la vente, le mineur fut restitué pour la moitié seulement. Par le second, du 20 novemb. 1694, il a été jugé qu'une transaction passée par trois freres puînés avec leur aîné, au sujet de leur légitime, étoit valable à l'égard de celui qui étoit majeur lors de leur transaction; & à l'égard des deux autres qui étoient mineurs il fut ordonné une estimation des biens délaissés par le pere commun. Par cet interlocutoire l'on a jugé que si par l'événement il se trouvoit de la lésion, que les mineurs seroient restitués; mais que cette restitution ne profiteroit point à celui qui étoit majeur. 18

DE L'ASSIGNATION DONNÉE UN JOUR DE DIMANCHE.

QUESTION CENT-TRENTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Espéce de la question.*
2. *Des actes de justice qui peuvent être faits les jours de fête.*
3. *L'exploit de la demande en retrait, peut être fait un jour de fête.*
4. *Aucun acte de justice ne peut être fait le dimanche.*
5. *Il n'y a point de parité entre la consignation en matiere de retrait & la demande en rescision.*
6. *Tous les exploits qui sont faits par un sergent qui n'a point de caractère, sont nuls.*
7. *Il faut distinguer entre l'inhabileté de la personne & le défaut de pouvoir.*
8. *Il faut aussi distinguer entre les juges les sergens ou les notaires.*
9. *Sentence du bailliage de Montbrison, qui suivant les conclusions de l'auteur, a déclaré l'exploit nul.*
10. *Eloge de la famille des Bochards.*

BIU Cujas

QUESTION CXXXIV.

Si l'assignation donnée en matiere de rescision un jour de dimanche, auquel les dix ans de l'ordonnance expiroient, est valable, même se trouvant posée par un qui n'est pas sergent.

1 CETTE controverse ayant été agitée en notre siége, & la cause plaidée par avocats, nous dîmes que la fin de non-recevoir qu'on opposoit à la demanderesse en lettres, étoit établie sur la prétendue nullité de l'assignation, & sur la fin de dix ans; que la nullité étoit fondée sur un double défaut: le premier tiré du jour auquel les lettres avoient été signifiées & l'assignation donnée; sçavoir un jour de dimanche. Le second tiré de la personne de celui qui l'a posée, c'est-à-dire du sergent: Que c'est par ce moyen qu'on soutenoit l'exploit nul; & par conséquent que ne pouvant produire aucun effet, la domandereſſe étoit hors le tems de restitution.

Qu'en effet il n'y avoit pas apparente qu'une assignation donnée un jour de dimanche, un jour de respect & de vénération, & auquel tous actes de justice doivent cesser, & de plus donnée par quelqu'un qui n'a point de lettres ni de caractere, puisse interrompre le cours de la prescription de dix ans.

Que d'autre part on soutenoit, que les simples assignations se pouvoient donner aussi-bien un jour de fête qu'un autre jour, & que l'usage étoit tel, même lorsque la chose presse, & qu'il y auroit du péril à différer. Et quant au sergent, que c'étoit assez qu'il fût réputé tel, & qu'il en fît la fonction, & que c'est en ce cas que, *communis error facit jus.*

Nous dîmes donc que nous avions à peser ces raisons, & les mettre dans la balance, afin de juger qui d'elles emporteroient le poids.

2 Qu'il étoit vrai que par la disposition de notre droit il étoit permis de faire quelques actes de justice aux jours feriés, lors même que la chose étoit pressante; que la loi premiere, la loi troisiéme, au titre *de feriis* aux digestes, le décidoient de la sorte, *si dies actionis exiturus est, si dies actionis peremptura est;* que cela est encore confirmé au titre *de receptis, & quid arbitrium:* car en la loi 13 & en la loi 36 il est dit que *si contingat diem inter partes dictam finiri*, il est permis aux arbitres de faire prononcer leur jugement un jour ferié; qu'enfin on dit que *Scævola consultus feriis quid agi liceret, respondit id omne quod prætermissum noceret.*

Mais qu'il falloit répondre que les loix cottées ne parloient que *de tempore messis vel vindemiarum*, & quand elle auroit parlé *de diebus festis*, qu'il ne falloit pas argumenter des fêtes des payens aux nôtres, notamment pour le jour de dimanche, auquel on pouvoit appliquer ce que dit Ciceron 2, *de legibus*, sçavoir qu'à ce jour, *ratio in hominibus liberis requietem habet litium; in servis, operum & laborum.*

3 Nous demeurâmes bien d'accord que monsieur Louet s'en étoit remis pour ce point à l'opinion de maître Charles du Moulin, & à l'arrêt que cet auteur cite sur l'article 322 de la coutume de Poitou, par lequel une assignation en retrait lignager donnée un jour ferié, fut jugée bonne & valable; que Brodeau étoit de ce sentiment, & l'appuyoit sur l'autorité de Chassanée, Tiraqueau & Masuet.

4 Mais que tous ces auteurs ne parloient pas du dimanche, & qu'ayant simplement traité, *an die feriato citatio fieri possit*, il falloit croire qu'ils ne l'entendoient pas du dimanche. Qu'en effet Guy Pape en sa décision 215 ayant ajouté la même question & cotté divers actes qui se peuvent faire les jours de fête, dit en deux ou trois endroits, que c'est *aliis tamen diebus quàm diebus dominicis:* Et qu'à ce propos maître Antoine Mornac sur la loi *divina ff. de feriis*, remarque que messieurs du parlement ayant accoutumé de s'assembler les jours de fête, pour voir les procès par petits commissaires, afin d'expédier plutôt les parties, dit: *aliis tamen diebus quàm dominicis.*

Que c'est parce que ce jour est le jour du Seigneur, jour de respect, que Dieu s'est réservé pour son culte, auquel par conséquent tous actes de justice doivent cesser: qu'il doit être parmi nous ce que le sabat étoit parmi les juifs, & encore en plus grande vénération, la loi de ce peuple n'étant que l'ombre & la figure de la nôtre. Bref, qu'il falloit pour cela se tenir à la décision précise & formelle d'un empereur chrétien, & que comme c'est la loi derniere, au titre du code *de Feriis*, elle devoit aussi faire la loi aux autres, & leur servir de regle & de limitation. *Dominicum itaque diem*, dit cet Empereur, *ita semper honorabilem decernimus ac venerandum, ut à cunctis executionibus excusetur, nulla quemquam urgeat admonitio, nulla fidejussionis flagitetur exactio, taceat apparitio, advocatio delitescat: sit ille dies à cognitionibus alienus, præconis vox horrida fileſcat, respirent à controversiis litigantes, & habeant fœderis intervallum:* Qu'en ces termes tout étoit compris, & que la loi n'en exceptant rien, c'étoit une conséquence nécessaire que par notre droit, une assignation, tant fût-elle pressée, ne pouvoit être valable un jour de dimanche.

Que c'est en vain que la domandereſſe réplique qu'elle ne pouvoit différer sans perdre son action, & que *dilatio actionem erat peremptura*, parce qu'il suffit d'opposer à cela cette maxime & de droit & de morale, que *non succurritur ei qui se posuit in necessitate.* Le jurisconsulte le dit en la loi septiéme, *ff. qui satisdare coguntur: neque enim*, dit-il, *excusationem meretur qui sibi necessitatem imposuit.* Cette maxime est encore approuvée par les théologiens, & ils tiennent, supposé que Dieu n'eût point voulu faire grace & miséricorde à l'homme, qu'encore qu'il ne pût pas se relever de lui-même, & par sa propre force, il n'auroit pas pû s'en plaindre, parce que sa chute étant volontaire, il auroit dû s'imputer la faute de s'être mis dans cet état & dans cette nécessité.

Qu'appliqnant cette maxime à la domandereſſe, elle étoit d'autant moins excusable, qu'ayant eu dix ans pour se pouvoir contre la vente, elle n'avoit pas dû attendre le dernier jour, & que cette négligence étoit trop grande pour la dispenser du respect qu'on doit à un jour de dimanche: Qu'il falloit conclure ce point, par la décision qu'Ulpien en donne en la loi seconde, §. *Si quis tamen, ff. si quis cautionib.* où après avoir établi pour excuse de n'avoir pû comparoître, par l'obstacle d'une tempête, ou de l'inondation des eaux, il y met cette exception, *nisi quis tamen cùm posset non incidere in tempestatem, vel in fluminis vim, si ante profectus esset, vel tempore opportuno navigasset, ipse se arctaverit.* Et quoiqu'il semble remettre ce point à l'arbitrage du juge, *causâ cognitâ*, le même Ulpien pourtant avoue qu'on peut dire à ce paresseux, *cur non multo ante profectus es quàm dies promissionis veniret?* Mais il y a bien plus d'apparence de le dire à la domandereſſe, & de lui opposer pourquoi dans le cours de

BIU Cujas

dix ans, elle a attendu le dernier jour, pour signifier ses lettres; & pourquoi elle ne s'est pourvûe, *ante quàm dies actionis exiturus esset.*

5 Qu'il ne falloit pas aussi qu'elle alleguât l'arrêt que maître Anne Robert a mis dans ses plaidoyers; car si par cet arrêt la consignation du lignager fut déclarée valable, quoique faite hors les vingt-quatre heures que la coutume donne, pour payer ou pour consigner, parce qu'il y avoit eu une solemnité extraordinaire, & procession solemnelle, qui l'avoit empêché d'agir avant que la cérémonie fût parachevée : c'est à cause que le lignager n'ayant eu que vingt-quatre heures, n'avoit pû, à vrai dire, se précipiter & prévenir cet obstacle.

Il lui falloit du tems pour lever sa sentence, pour établir son rembourssement, vérifier les especes, en faire le bordereau; & il étoit bien excusable d'avoir attendu jusqu'au lendemain, pour payer ou consigner, en cas de refus : mais que cela ne se pouvoit appliquer à cette cause, ni servir de préjugé pour la demandereſſe, qui avoit eu dix ans pour réclamer de sa vente, & se devoit imputer la faute de n'avoir agi plutôt.

Mais passant plus avant, nous dîmes que quand nous voudrions dissimuler ce premier défaut, & refuser au public l'assistance & la jonction qu'il nous demande, nous serions toujours pressés de la faire, par le défaut qui se rencontre au sergent; & nous ne pouvons pas approuver qu'une personne privée ait pû donner une assignation valable : qu'il ne fal-
6 loit pas pour cela employer ce dire vulgaire, que *communis error facit jus*, ni la décision de la loi *Barbarius Philippus*, *ff. de Officio Prætoris.*

Qu'il est vrai que cet esclave, dans l'ignorance
7 de sa condition servile, fut fait préteur, & en fit la fonction quelques années : qu'encore que le vice de sa condition eût été reconnu, les actes qu'il avoit faits pendant sa prêture, ne laisserent pas d'être valables : mais c'est parce que le défaut qui le rendoit inhabile, n'étoit qu'en sa personne, & qu'il avoit eu le pouvoir & le caractere; & que c'est par cette raison qu'un condamné à mort, s'étant évadé, & établi ailleurs dans une charge publique; qu'un moine Apostat, tenant sa qualité & sa profession, s'étant fait pourvoir d'un office, tout ce que l'un & l'autre auroient fait seroit valable. Enfin, c'est par cette même raison, que le parlement de Toulouse auroit confirmé ce qu'un official avoit fait, quoiqu'il ne fût pas prêtre, & que ce soit une qualité requise, & par le concile de Trente & par l'ordonnance de Blois.

Mais qu'une personne purement privée, sans titre ni caractere, s'ingere d'elle-même dans une fonction publique, fasse le notaire ou le sergent, & que sous prétexte d'une erreur commune, on veuille autoriser ses actes, c'est ce qui n'est pas soutenable. Si la créance commune couvre un défaut personnel, une incapacité particuliere & cachée; elle ne couvre pas le défaut d'autorité, & il faut oujours supposer le caractere : autrement ce seroit établir la confusion & approuver le désordre, & au lieu d'arrêter l'abus, lui donner un plus grand cours.

Nous ajoutâmes une double considération; l'une 8
empruntée du sieur Brodeau, qui dit qu'il faut faire différence entre un juge & les notaires ou sergens. Qu'au lieu que le juge est unique & singulier, il y a plusieurs notaires & sergens : Et qu'au lieu que pour le juge, il faut de nécessité le reconnoître & se pourvoir à lui, puisqu'il en fait la fonction; au contraire on a le choix de plusieurs sergens, & qu'on se doit imputer la faute, si l'on fait un mauvais choix.

Pour l'autre considération, nous dîmes que si nous nous contentions en semblables occurrences, de faire défenses aux sergens qui n'ont point de lettres, & qui pour mieux parler ne sont point sergens, d'exploiter à peine de faux & de nullité, ce n'étoit rien faire, puisqu'ils ne laissoient pas de continuer : qu'on ne pouvoit donc mieux leur lier les mains, & les interdire, qu'en rejettant leurs exploits, & en les déclarant nuls autant de fois qu'on les débattroit; que ce seroit le moyen de les décréditer, & d'empêcher les parties de les employer : au lieu qu'on ne pouvoit tolerer le passé, sous prétexte d'une erreur commune, sans rendre cette erreur encore plus commune, & l'abus plus grand.

Nous adherâmes donc à ce que la demandereſſe fût déclarée non-recevable, & déboutée de ses lettres; & requîmes que le prétendu sergent fût ajourné, pour comparoître en personne, & répondre à nos conclusions.

Il fut ainsi jugé entre des parties de Saint-Etien- 9
ne, le lundi 4 décembre 1656, monsieur de Sarron de Champigny, intendant, présidant en notre siége.

Voy. le recueil d'arrêts de Frain, tome 1, chap. 19, où il rapporte que par un arrêt du parlement de Bretagne, une saisie réelle, faite un jour de dimanche, fut révoquée comme nulle & abusive.

OBSERVATIONS.

DAns cette question, l'auteur fait mention d'une sentence rendue dans son siége, suivant ses conclusions, par laquelle il fut jugé que l'assignation donnée un dimanche, qui étoit le dernier jour des dix années prescrites par l'ordonnance, pour le bénéfice de restitution n'étoit pas valable, sur-tout l'exploit ayant été signifié par un sergent qui n'avoit point de lettres du roi. Il traite ces deux questions fort doctement, ainsi je n'ai rien à y ajouter. J'observerai seulement que Monsieur de Sarron de Champigny, qui 10
présida au jugement en qualité d'intendant de la province, étoit pere de Monsieur Bochart de Sarron, sous-doyen du parlement, & ayeul de M. Bochart de Sarron, président en la premiere chambre des enquêtes; l'honneur, la probité, & le mérite sont héréditaires dans cette famille, qui est une des plus anciennes & des plus illustres de la robbe. Jean Bochart, premier du nom, conseiller au parlement, fut nommé par Louis XII. pour remplir la charge de premier président; mais il mourut avant que d'en avoir pris possession. Il eut pour fils Jean Bochart II, qui remplit dignement la profession d'avocat; il fit une action bien glorieuse & bien hardie dans un sçavant plaidoyer, qu'il prononça en la présence du roi François I, pour empêcher l'enregistrement de la bulle du pape, & des lettres patentes du roi, au sujet du concordat, & pour faire ordonner l'exécution de la pragmatique sanction. Jean Bochart V. du nom, fut conseiller au

BIU Cujas

parlement, maître des requêtes, président aux enquêtes, contrôleur général des finances, ensuite sur-intendant, & enfin premier président du parlement, depuis le 4 novembre 1628, jusqu'au 27 avril 1630, qu'il mourut : après avoir passé par tant de charges, il se trouva n'être pas plus riche au jour de son décès, qu'il étoit quand il y entra, sans avoir fait aucunes folles dépenses ; ce qui est un témoignage d'un grand désintéressement, d'autant plus louable qu'il est bien rare, sur-tout dans ce siécle, où l'on ne reconnoît ni vertu, ni mérite que dans les richesses. J'ai oui-dire qu'un prélat de la cour prétend que l'on ne sçauroit être honnête homme si l'on n'a au moins dix mille livres de rente. Un jour ayant demandé à un abbé, qui est aujourd'hui un très digne évêque, combien valoit son abbaye, il lui répondit, qu'il s'en falloit quatre mille livres de rente qu'il ne fût honnête homme.

DE LA PRESCRIPTION DE TRENTE ANS,
Contre les mineurs.

QUESTION CENT-TRENTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *La prescription court contre les mineurs, mais ils peuvent être restitués.*
2. *Il suffit d'obtenir les lettres dans les 30 ans, à compter depuis la majorité.*
3. *Opinion de Ferrerius, que le mineur doit obtenir des lettres dans les dix ans depuis sa minorité, réfutée.*
4. *Avis de l'auteur, que l'ordonnance de Louis XII. n'a lieu que pour les contrats, & qu'elle ne s'étend pas à la seule négligence du tems.*
5. *Progrès du droit sur cette question.*
6. *La jurisprudence du parlement de Toulouse est conforme au sentiment de Ferrieres.*
7. *Au parlement de Grenoble les auteurs sont partagés.*
8. *Au parlement de Bordeaux l'on suit l'opinion de Ferrieres.*
9. *Au parlement de Provence, le mineur peut être restitué pendant trente ans, à compter du jour de sa majorité.*
10. *Eloge de M. du Perrier.*
11. *Dans les pays de droit du parlement de Paris, la prescription de trente ans ne court point contre les mineurs.*
12. *Dans la coutume de Berry, la prescription de trente ans court contre les mineurs, mais ils peuvent être restitués.*
13. *En droit, la prescription court contre les furieux & les insensés.*
14. *M. d'Argentré estime que la prescription ne court point contre les furieux & les insensés.*
15. *Cela se juge ainsi au parlement de Toulouse.*
16. *M. d'Argentré est aussi d'avis que la prescription ne court point contre les prodigues & les interdits.*
17. *L'auteur des observations est d'un sentiment contraire.*

QUESTION CXXXV.

Si celui qui pour quelque action se fait relever du tems qui a couru pendant sa minorité, en doit être relevé dans l'âge de trente-cinq ans.

1 NOs interprétes ont communément tenu, que la prescription court contre le mineur, mais qu'il en est relevé. *Currit quidem præscriptio, sed minor restituitur*, de sorte que celui qui se rend demandeur en action de relâche de fonds, en petition d'hoirie, en payement de légitime, ou en reconnoissance de promesse, est bien recevable, si distraction faite du tems qui a couru pendant sa minorité, & en étant relevé par lettres du prince, il se trouve qu'il n'ait pas laissé écouler plus de trente ans.

2

C'est ainsi que nous l'avons toujours vû pratiquer & observer ; & nous n'en aurions pas aussi fait une controverse, si l'annotation que *Ferrerius*, docte & judicieux avocat du parlement de Toulouse, sur la question 34 de Guy Pape, ne nous en avoit donné le sujet. Cet auteur tient, que le majeur qui poursuit une action, peut bien être relevé du tems qui a couru pendant sa minorité : mais qu'il doit obtenir cette restitution dans les dix ans, & qu'après il ne peut être recevable. Ce qu'il explique par deux exemples. 3

Feignons, dit-il, que la prescription ait commencé à courir contre Titius pendant onze ans ; & qu'après étant venu à déceder, il ait laissé Mævius son fils,

BIU Cujas

fils, âgé de quatorze ans. Il s'enſuivra que la preſcription commencée contre le pere continuera de courir contre le fils, quoique mineur, mais avec eſpérance de reſtitution; enſorte qu'il peut être relevé du tems qui a couru depuis l'âge de quatorze ans juſqu'à vingt-cinq. Mais il doit, dit cet auteur, demander la reſtitution dans les dix ans après ſa majorité; & par conſéquent, ayant paſſé les trente cinq ans, il ne peut être recevable. C'eſt parce qu'en joignant les onze ans, qui ont couru contre le fils, l'action ſe trouve preſcrite par le laps de plus de trente ans.

N'importe, dit-il, qu'il y ait eu partie du tems pendant la minorité, parce que le mineur fait majeur, s'en eſt dû faire relever dans les dix ans, c'eſt-à-dire, dans l'âge de trente-cinq ans accomplis; parce que le mineur ne peut être reſtitué s'il ne demande la reſtitution dans le tems préfix pour cela, *l. ſi minorem, C. de in integrum, l. ſupervacuum, C. de temporibus in integrum reſtitutionis.*

De même qu'on feigne que la preſcription commence à courir contre le mineur de quatorze ans, & ſe trouve complette de trente en l'âge de quarante-cinq; auquel tems il ne ſe trouvera plus recevable, quoiqu'il y ait eu quelques années pendant ſa minorité. Parce qu'il a dû s'en faire relever dans les dix ans après ſa majorité, & n'a pas dû attendre qu'il eût trente cinq ans paſſés. *Nam jure civili*, le tems de reſtitution, *adversùs ea quæ à minore geſta ſunt, vel adversùs temporis lapſum, currit poſt 25 annos.* Enfin, le même auteur conclut cette réſolution en ces termes : *Et hæc vera & certa ſunt, & ita in hoc Parlamento Toloſano judicatur, licèt quibuſdam ſine lege & ratione contrarium videatur.*

Ainſi *Ferrerius* veut aſſujettir les mineurs à ſe faire reſtituer, non-ſeulement pour les contrats & autres actes qu'ils peuvent avoir paſſés, ou leurs tuteurs : mais encore du laps de tems qui a couru pendant leur minorité. Mais outre que c'eſt contre l'uſage, nous ne voyons pas que cette loi de reſtitution leur ſoit néceſſaire, & il y a quelque contradiction dans l'opinion de cet auteur. En effet, il auroit peine à trouver un cas auquel le mineur eût beſoin de lettres pour ſe faire relever du tems qui a couru pendant ſa minorité, ſuppoſé qu'il fût obligé de les obtenir dans les dix ans après ſa majorité. En l'un & en l'autre exemple qu'il en donne, ou le mineur fait majeur reclame dans les dix ans, ou non : s'il n'agit pas dans les dix ans, s'il n'eſt pas reſtitué avant qu'ils ſoient écoulés, *Ferrerius* ne veut pas qu'il ſoit recevable, & il établit en ce cas la preſcription. Mais s'il intente ſon action dans les dix ans de ſa majorité, ſon action ſubſiſtera d'elle-même, & ſe trouvant intentée dans les trente ans, le tems de la minorité compris, il ne faudra point de lettres, & la reſtitution ſeroit inutile, l'action n'étant point preſcrite.

Nous eſtimons donc que l'ordonnance des dix ans de Louis XII n'a lieu que pour les contrats & autres actes que les mineurs, ou leurs tuteurs peuvent avoir fait. Qu'il faut qu'ils aient agi ou parlé, & qu'elle ne ſoit pas étendue à la ſeule négligence du tems qui a couru pendant qu'ils étoient mineurs, au regard des actions communes. L'ordonnance auſſi ne parle que de toutes reſciſions & annullations de contrats, diſtracts ou autres actes qnelconques; & à compter, dit-elle, du jour qu'ils auroient été paſſés. Outre qu'elle ajoûte qu'il y ait eu du dol, fraude, circonvention, crainte ou léſion; ce qu'on ne peut appliquer au tems qui a couru contre un mineur, pour quelque action commune, & en laquelle il ne s'agiſſe pas de reſciſion. Rebuffe, en ſon commentaire ſur cette ordonnance, quoiqu'aſſez long, n'en a rien dit, ni Mornac non plus; & au contraire, le premier ſemble reſtreindre l'ordonnance aux cas exprimés, & limiter par iceux un terme qui eſt général. 4

OBSERVATIONS.

Si la preſcription de trente ans court contre les mineurs.

L'Auteur propoſe ici une queſtion aſſez ordinaire; ſçavoir, ſi la preſcription de trente ans court contre les mineurs, s'ils peuvent en être relevés & en quel tems ils doivent ſe pourvoir. Il réfute Ferrieres, lequel ſur la queſtion 31, de Guy Pape, dit que le mineur peut être relevé; mais qu'il doit ſe pourvoir dans les dix ans de ſa majorité; parce qu'après ce tems n'étant plus reſtituable, la preſcription auroit eu ſon cours, de la même maniere que contre un majeur.

Le raiſonnement de Ferrieres eſt conforme aux principes de droit, & à la juriſprudence du parlement de Toulouſe. Dans l'ancien droit, toutes ſortes de preſcriptions couroient contre les mineurs; mais on leur accordoit le bénéfice de reſtitution, ainſi que cela eſt décidé dans la loi 45, *ff. de morib.* & dans la loi unique, *Cod. ſi adverſ. uſucap.* Dans la loi derniere, *in quib. cauſ. in integ. reſtit. neceſſ. non eſt.* Juſtinien ordonne, que toutes les preſcriptions moindres de trente ans, ne couront point contre les mineurs, *eas ipſo jure non currere;* mais à l'égard de la preſcription de trente & quarante ans, il laiſſe les choſes en l'état qu'elles étoient, *videlicet exceptionibus* 30, *vel* 40, *annorum in ſuo ſtatu manentibus*; & la loi 3, au code, *de præſcrip.* 30, *vel* 40, *ann.* n'excepte que les pupilles, & veut que la preſcription de trente ans coure contr'eux, quand ils ſeront parvenus à l'âge d'avoir des curateurs : *nam cùm ad eos annos pervenerint, qui ad ſollicitudinem pertinet curatoris, neceſſariò eis ſimiliter, ut annorum triginta intervalla ſervanda ſunt;* c'eſt-à-dire, depuis la puberté, juſqu'à vingt-cinq ans. 5

Mais comme lorſque la preſcription de dix & vingt ans couroit contre les mineurs, ils pouvoient être reſtitués; de même aujourd'hui ils peuvent être relevés de la preſcription de 30 ans. Telle eſt la juriſprudence du parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de Ferrieres, & de pluſieurs autres auteurs, cités par Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 717, col. 2, & de M. Catelan, tom. 2, liv. 7, chap. 10 & 20, Guy Pape, queſt. 31, dit que cela ſe juge de la même maniere au parlement de Grenoble : cependant Chorier, ſur cette 6 7

BIU Cujas

même queſtion, fait mention d'un arrêt du mois de juillet 1667, par lequel il prétend que le contraire a été jugé : mais à prendre la clauſe de l'arrêt, comme il la rapporte : l'arrêt a jugé que la preſcription de trente ans court contre le mineur, mais il n'a pas jugé qu'il n'en puiſſe pas être relevé.

Ce même auteur dit que cette preſcription court contre la femme mariée, ſauf à elle ſon recours contre ſon mari, & que cela a été ainſi jugé par deux arrêts de ſon parlement. Cette juriſprudence me paroît ſuſpecte & irréguliere ; car elle eſt directement contraire à la diſpoſition de la loi, *cùm notiſſimi*, § 4. Cet auteur, au même endroit, dit que la preſcription de quarante ans ne court pas contre les enfans de famille, tandis qu'ils ſont en la puiſſance du pere, & qu'il a été ainſi jugé par arrêt du 9 août 1684, ſuivant la loi 1, *cod. de annal. præſcript.* Cependant il n'y a pas plus de raiſon de la faire courir contre les femmes, pour raiſon de la dot, dont le mari eſt le maître, que contre les enfans qui ſont en puiſſance de leurs peres, puiſque l'obſtacle eſt égal : *non valenti agere, non currit præſcriptio.*

Ce même auteur dit, que la faveur de la pupillarité ceſſe à l'égard de la preſcription de 40 ans, & que le parlement en a fait un arrêté le 22 décembre 1626. Cependant dans l'article précédent, il a dit que contre la preſcription de 40 ans, hors le cas de la pupillarité, on n'eſt point relevé, ſuivant ce même arrêté. Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 29, ch. 6, dit qu'il n'y a point de reſtitution contre la preſcription de 40 ans, même en faveur des pupilles. Dans la chap. 13, il dit que la preſcription ne court point contre les enfans de famille, étant dans la puiſſance de leur pere. Dans le chap. 14, il dit que la preſcription ne court point contre la femme pendant le mariage. Dans le chap. 16, il dit que la preſcription ne commence à courir que dès la ceſſation du légitime empêchement ; ſavoir, aux femmes depuis la diſſolution du mariage, & aux mineurs depuis la majorité complette, c'eſt-à-dire, que le mineur doit ſe faire reſtituer contre la preſcription de 30 ans, dans les dix ans, à compter depuis ſa majorité.

8 A l'égard du parlement de Bordeaux, Lapeyrere dans ſes déciſions, lettre P, n. 68, dit que la preſcription de trente ans dort en pupillarité, & court en minorité, mais avec le bénéfice de reſtitution, lequel doit être demandé dans les dix ans de l'ordonnance, pour les années qui ont couru juſqu'à l'âge de vingt-cinq ans ; autrement les dix ans paſſés toutes les années ſe joindront & courront ſans différence. Ce qu'il confirme encore dans ſes notes, diſant que l'on ſuit la déciſion de Ferrieres, ſur la queſtion 31 de Guy Pape.

9 A l'égard du parlement de Provence, autrefois on jugeoit ſuivant l'opinion de Ferrieres ; mais les derniers arrêts jugent que le mineur peut être reſtitué contre la preſcription de trente ans, pendant tout le cours de cette preſcription, c'eſt-à-dire pendant trente ans, à compter du jour de ſa majorité. Boniface, tom. 1, pag. 528, rapporte un arrêt du 14 janvier 1667, qui l'a ainſi jugé ; ſur la fin il dit qu'en 1666 le corps des avocats s'étant aſſemblé dans la maiſon de M. Duperrier pour recueillir & envoyer au roi les queſtions douteuſes qui avoient beſoin d'une déciſion certaine, celle-ci fut du nombre. Ce zéle des avocats du parlement de Provence m'engage à redoubler le mien, & à renouveller les vœux que je fais tous les jours, afin qu'il plaiſe à Dieu d'inſpirer au roi de décider toutes les queſtions douteuſes, qui ſe jugent différemment dans chaque parlement. Les gens de bien ont toujours été animés de ce ſaint zéle. M. d'Argentré, ſur l'article 226 de l'ancienne coutume de Bretagne, chap. 12, n. 9, dit, par rapport à cette même queſtion, qu'il eſt ſurpris de l'indolence des magiſtrats, qui étant élevés aux premieres dignités, & ayant connoiſſance de toutes ces diſputes, ne s'appliquent pas à les terminer, & n'inſpire pas au roi de faire une loi pour les concilier, *Quamobrem interim ſubit admirari hominum noſtrorum ſocordiam, qui ab ultimo ſæpè loco ad ſummos honores evecti, cum iſtas colluctationes nimiis calleant experimentis, in ſummo poſiti opem non adferunt, cùm auctores eos oportuerit principibus figendæ æternùm legis, quæ iſtas concertationes placare poſſit uno verbulo.*

10 M. Duperrier, dans ſes queſtions notables de droit, liv. 1, queſt. 11, traite cette queſtion avec tant d'érudition, & une ſi grande ſupériorité d'eſprit, que l'on ne peut s'empêcher de l'admirer, & que l'on n'oſeroit le critiquer. Son opinion me paroît pourtant ſinguliere ; mais il la ſoumet avec tant de modeſtie à la cenſure du lecteur, que cela augmente l'eſtime & le reſpect que j'ai pour cet excellent juriſconſulte. Il ſoutient que les mineurs qui ont des curateurs, ne ſont point reſtituables contre la preſcription de trente ans.

11 Il faut revenir à notre auteur, & à l'uſage des pays de droit écrit, du reſſort du parlement de Paris. Notre auteur ſoutient que la preſcription de trente ans ne court point contre les mineurs, & qu'ils n'ont point beſoin de lettres pour ſe faire reſtituer contre ; parce que l'ordonnance ne parle que des contrats & des actes qui ont été paſſés par les mineurs, ou par les tuteurs & curateurs ; elle ne regarde point la ſeule négligence du

BIU Cujas

tems qui a couru pendant la minorité. En effet, dans toutes les affaires concernant la preſcription contre les mineurs, qui m'ont paſſé entre les mains, je n'ai point vu qu'ils ayent eu recours au bénéfice du prince, pour ſe faire reſtituer contre la preſcription de trente ans. L'on ſuit en cela la diſpoſition de la coutume de Paris, article 118, qui dit que celui qui a joui d'un héritage ou rente pendant trente ans, a acquis preſcription entre âgés & non privilégiés; ces derniers mots contiennent une exception en faveur des mineurs. Cet article ne parle que des héritages & des rentes: mais ſuivant l'avis de M. Auzanet ſur cet article, il a lieu auſſi pour les actions. M. d'Argentré, ſur l'ancienne coutume de Bretagne, art. 266, ch. 12, n. 12 & 19, eſt auſſi de ce ſentiment.

La coutume de Berry, au titre *des preſcriptions*, art. 1, dit que tous droits, noms, 12
actions, héritages, terres & ſeigneuries, & biens quelconques, ſont preſcrits par l'eſpace de trente ans, & que cette preſcription a lieu contre toutes perſonnes, même contre l'égliſe & les mineurs; mais l'article ſuivant dit que la coutume n'a pas entendu déroger au bénéfice ſpécial des égliſes & des mineurs, qui peuvent être reſtitués contre ladite preſcription. C'eſt-à dire, que la diſpoſition de cette coutume eſt conforme à celle du droit; c'eſt de toutes les coutumes, celle qui approche le plus du droit civil, parce que M. le Préſident Lizet, qui préſida à ſa réformation, étoit très-ſavant dans le droit Romain, qu'il ſoutenoit avec raiſon être le droit commun de toute la France.

Si la preſcription court contre les furieux & les inſenſés.

Dans le droit, l'on accorde aux furieux & aux inſenſés le même privilége ſur les biens 13
de leurs curateurs, qu'aux pupilles & aux mineurs, *l.* 15, § 1, *ff. de curat. in fin.* & *l.* 21, *de privileg. cred.* Et par conſéquent il ſemble qu'il faille porter le même jugement de la preſcription à leur égard, que par rapport aux pupilles & aux mineurs. Cependant il y a grande différence, l'âge de la puberté & de la minorité eſt borné à un certain tems; & par conſéquent le privilége de l'impreſcriptibilité qui leur eſt accordé n'eſt pas perpétuel, ni de longue durée: mais l'état des furieux eſt ſouvent éternel; ainſi ſi on leur accordoit le même privilége, cela cauſeroit un très-grand préjudice au commerce de la ſociété civile. Quoique l'état de ces gens-là ſoit digne de pitié, cette pitié ne doit pas l'emporter par-deſſus l'intérêt du bien public, qui a fait introduire la preſcription de peur que la propriété des héritages ne fût dans une trop longue incertitude, & que les poſſeſſeurs ne fuſſent dans une inquiétude perpétuelle. Et en effet, nous ne voyons pas que les loix ayent jamais excepté les biens des furieux & des inſenſés de la régle de la preſcription; au contraire, nous avons une réponſe du juriſconſulte Julien qui eſt rapportée dans la loi 7, § 3, *de curat. fur.* où il eſt décidé que celui qui a acquis un héritage appartenant à un furieux d'un de ſes curateurs, peut preſcrire, *reſpondi eum qui ab altero ex curatoribus furioſi fundum legitimè mercaretur, uſucapturum.* Nous voyons auſſi que la gloſe du droit canon, laquelle, ſur le chapitre *cum non liceat* 12, *de præſcr.* rapporte tous les cas où la preſcription ceſſe, & cite toutes les perſonnes en faveur deſquelles la preſcription ne court point, ne parle aucunement des inſenſés ni des furieux.

Cependant M. d'Argentré, au même endroit *des appropriances*, ch. 13, établit que la 14
preſcription ne court point contre ceux qui ſont en démence, non plus que contre les pupilles; mais ſa déciſion eſt fondée ſur un principe qui ne peut pas ſervir de régle générale. Il dit que tous les contrats paſſé avec les imbéciles ſont nuls, & par conſéquent ils ne peuvent pas ſervir de titre à la preſcription. Suivant ce principe, quand le contrat a été paſſé avant la fureur, ou s'il s'agit de la preſcpription trentenaire, pour laquelle il n'eſt pas néceſſaire d'avoir un titre, il faut conclure que la preſcription doit avoir lieu.

M. Catelan, tom 2, liv. 7, ch. 13, détermine en général que la preſcription dort, & 15
ne court point contre l'imbécile, non plus que contre le pupille. Il dit que cela fut ainſi jugé dans ſon parlement, par un arrêt du mois d'août 1657. M. Dupleſſis, dans ſa conſultation 35, établit que tous les priviléges qui ſont accordés aux mineurs, appartiennent à ceux qui ſont en démence.

Si la preſcription court contre les prodigues.

M. d'Argentré, au même endroit, ch. 14, porte le même jugement des prodigues, 16
déclarés tels par jugement, que des inſenſés. En effet, la loi premiere, au digeſte, *de Curat. fur.* les traite de la même maniere: *ſolent prætores vel præſides, ſi talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expenſarum habet, ſed bona ſua dilaceranda & diſſipanda profudit, curatorem ei dare exemplo furioſi.* La loi 19, §. 1, *verſ. ſed*, leur donne les mêmes priviléges ſur les biens de leur curateur: *ſed æquiſſimum erit, cæteros quoque, quibus curatores quaſi debilibus, vel prodigis datur.* Mais ce privilége ne doit point être tiré

BIU Cujas

à conſéquence, pour dire que leurs biens ne ſont point ſujets à preſcription ; autrement il faudroit accorder l'inpreſcriptibilité à tous ceux à qui l'on donne des curateurs, ce qui ſeroit d'une conſéquence dangereuſe pour le commerce de la ſociété civile, & pour le repos des familles.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA coutume de Paris, dans l'article 94, dit, que les deniers provenans du rachat des rentes des mineurs, fait pendant leur minorité, conſervent leur nature d'immeubles & de propres, pour retourner aux parens du côté & ligne dont leſdites rentes étoient procédées. L'on a demandé s'il en eſt de même des deniers du rachat des rentes appartenantes aux furieux & aux inſenſés; M. Brodeau, dans ſon commentaire ſur cet article, nomb. 17, vers le milieu, tient la négative. M. Dupleſſis dans ſa conſultation 35 ſoutient l'affirmative. Il dit que l'affaire ayant été entrepriſe ſur ſa conſultation, elle fut jugée conformément à ſon avis, par un arrêt rendu en la troiſiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. Renaut, le premier ſeptembre 1690, duquel il rapporte le diſpoſitif.

Nous avons deux autres arrêts qui ſont contraires. L'un du premier juillet 1686, rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de M. Pucelle, depuis premier préſident au parlement de Grenoble. Par cet arrêt il a été jugé que les deniers du rachat d'une rente dûe à un imbécile, appartenoient dans ſa ſucceſſion à l'héritier des meubles. L'autre du 14 mars 1696, rendu à l'audience de la premiere chambre des enquêtes ; par cet arrêt rendu avec grande connoiſſance de cauſe, il a été jugé que le prix d'un office de ſecrétaire du roi, échu à une fille en démence par le décès de ſon frere, & vendu pendant la démence de cette fille, devoit appartenir à ſon héritier des meubles, & non pas à l'héritier des propres. Ces deux arrêts ſont rapportés dans le cinquieme tome du journal des audiences, liv. 2, ch. 4, & liv. 12, ch. 12.

L'arrêt rendu au profit de M. le prince de Conty, contre Madame de Nemours le 18 décembre 1702, ſemble avoir fixé la juriſprudence ſur ce point. Il a jugé que l'article 94, qui décide que les biens des mineurs ne changent point de nature pendant leur minorité ne s'étend point aux imbéciles.

A l'égard de la preſcription, les coutumes d'Anjou, art. 457, & du Maine, art. 465, diſent que la preſcription ne peut commencer ſon cours contre les mineurs furieux & inſenſés; ainſi ces coutumes égalent les furieux & inſenſés aux mineurs, pour ce qui concerne le commencement de la preſcription ; d'où l'on peut inférer, que quand la preſcription a commencé avant la fureur, elle continue ſon cours pendant la durée d'icelle; mais comme ces coutumes joignent les mineurs aux furieux & inſenſés, il faut conclure que la preſcription qui a commencé avant la minorité, continue ſon cours durant la minorité; & parce que cette conſéquence ſeroit fauſſe, étant une maxime certaine dans les pays de coutumes, que la preſcription dort pendant la minorité, il eſt plus naturel de conclure que dans ces coutumes la preſcription dort pendant la fureur. Mais il ne faut pas chercher des conſéquences juſtes dans les coutumes; elles ont été rédigées par des praticiens qui ne ſçavoient pas l'art de raiſonner conſéquemment. Il faut, ſuivant la penſée de M. Cujas, en porter le même jugement, que du droit reçu par l'uſage, *quod de jure recepto Neratius ſcripſit non eſſe ejus anxiè rationem inquirendam, ne multa ex his quæ certa ſunt ſubvertantur, id Galliæ moribus aptari veriſſimè poſſit, quod plerumque omni ratione deſtituantur. Cujac. de feud. l. 4, t. 14.*

J'ai dit dans ma premiere obſervation, que les mineurs ſont plus favorables que les furieux & les inſenſés : depuis j'ai trouvé une loi qui le dit expreſſément, c'eſt la loi 3, § 1, *ff. de tutel.* dans laquelle le juriſconſulte Ulpien dit, qu'il faut avoir plus de ſoin des intérêts des mineurs que de ceux des inſenſés, *cum magis ætati, quam dementiæ tantiſper ſit conſulendum,* Godefroy, dans ſa note ſur ce § dit la raiſon pourquoi les loix favoriſent les mineurs ; c'eſt à cauſe de la foibleſſe de leur âge, qui eſt une cauſe naturelle, au lieu que la démence procéde d'une cauſe accidentelle : *ætatis ratio ſeu cauſa eſt à natura dementiæ à caſu. Naturæ cauſam, ſeu originis qualitatem inſpicimus potius quàm accidentariam.*

Il y a encore une autre raiſon que j'ai déja rapportée dans ma premiere obſervation : la minorité a un terme fixe, & la fureur n'en a point.

La coutume de Bourgogne borne toutes les preſcriptions à trente années, *de toutes choſes preſcriptibles, toutes preſcriptions ſont uniformes, & réduites à trente ans.* Cette coutume ne fait aucune exception en faveur des pupilles, des mineurs, ni de l'égliſe ; cependant les arrêts du parlement de Dijon ont excepté les mineurs, & jugé, que pendant la minorité, la preſcription ne court point ; ils ſont rapportés par M. Taiſand ſur

BIU Cujas

la coutume du duché de Bourgogne, titre quatorze, note ſeptiéme.

A l'égard de l'égliſe, ce même auteur dit que la preſcription de trente ans a lieu; parce que lors de la rédaction de la coutume, l'état eccléſiaſtique étoit préſent, & par conſéquent s'eſt ſoumis à cette preſcription.

DE LA PRESCRIPTION DES HYPOTHÉQUES.

QUESTION CENT-TRENTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Avis de Chopin, que le poſſeſſeur à titre pignoratif, preſcrit les hypothéques des créanciers par cinq ans.*
2. *Avis de Brodeau, qu'en tous lieux l'acquéreur à titre pignoratif preſcrit les hypothéques par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens.*
3. *Un ſemblable acquéreur ne preſcrit point contre le vendeur.*
4. *Sentiment de l'auteur, qu'un ſemblable poſſeſſeur ne peut point preſcrire les hypothéques des créanciers.*
5. *Conſeil de l'auteur aux créanciers, de s'accommoder avec le débiteur, ou de ſe faire ſubroger en ſes droits.*

QUESTION CXXXVI.

Si celui qui détient un héritage à titre d'engagement, peut preſcrire l'hypothéque des créanciers, qui ſont précédens à ſon contrat gagiaire.

1 Nos auteurs avancent quelquefois des choſes, qui n'étant pas bien peſées & digérées, produiſent de mauvaiſes conſéquences. Le docte Chopin, ſur la coutume d'Anjou, livre 3, chapitre 2, titre 5, tient *emptorem in pignoratitio fundi contractu juvari quinquennii præſcriptione, contra anteriores creditores, ſi tanto tempore debiti ipſe reditus poſſeſſionem habuerit.*

2 C'eſt de cette doctrine que Brodeau, ſur monſieur Loüet, en la lettre H, nombre 9, infere que l'acquéreur, par contrat gagiaire & pignoratif, peut preſcrire les hypothéques des créanciers qui précedent ſon contrat d'engagement; ſavoir, par dix ou vingt ans, ailleurs qu'en la coutume d'Anjou, qui ſe contente de cinq ans.

3 Le même auteur demeure bien d'accord que tel détenteur ne peut preſcrire la propriété du fonds engagé contre le débiteur, par quelque tems que ce ſoit, *etiam per mille annos, quia non ſibi, ſed alteri poſſidet*, & que ſa poſſeſſion n'eſt que précaire; il cite pour cela du Moulin, *conſ.* 91, & la loi *pignori, ff. de uſucapion.* où le juriſconſulte Paul dit *pignori rem acceptam uſu non capimus, quia pro alieno poſſidemus.* Ce que le même auteur confirme par un arrêt du 16 mars 1620, ce que nous ne voulons pas révoquer en doute, puiſqu'il eſt certain que *nemo ſibi mutare poteſt cauſam ſuæ poſſeſſionis;* & qui tient un fonds à titre de dépôt & d'engagement, eſt toujours cenſé en être dépoſitaire.

4 Mais par la même raiſon, qu'il ne peut preſcrire contre le débiteur commun, pour n'avoir un titre tranſlatif du droit de propriété, ni même une véritable poſſeſſion, ſans laquelle la preſcription ne peut s'acquérir, ſelon la loi 25, *ff. de uſucap.* il ſemble qu'il ne peut non plus preſcrire les hypothéques; une hypothéque ne peut empêcher l'autre, ni l'éteindre; & nous ne voyons pas que le fondement manquant, la preſcription puiſſe avoir lieu.

Auſſi, Chopin n'allégue, pour établir ſon ſentiment, que l'article 476 de la coutume d'Anjou, qui eſt exprès à la vérité; mais cette diſpoſition ne paſſe pas les limites de la coutume, *quæ ſuo claditur territorio*, le même auteur cite la loi *re pignori, ff. de acquir. poſſeſſ.* où il eſt dit que le créancier ayant baillé à ferme ou à louage l'héritage que ſon débiteur lui a remis à titre d'hypothéque & d'engagement, *pro colono in agro, in ædibus pro inquilino, per eos creditor poſſidere videtur:* car ce mot *videtur* eſt un terme de fiction & d'impropriété, c'eſt-à-dire, qu'il ne poſſede pas en effet, mais qu'il ſemble poſſéder, puiſqu'il en a la jouiſſance.

Mais ſi cette preſcription peut avoir lieu, ce ſeroit plutôt une preſcription de préférence, qu'une preſcription des hypothéques; c'eſt-à-dire, que l'acquéreur gagiaire, qui a joui par engagement, ſeroit plutôt préférable par la faveur de la poſſeſſion, que les hypothéques des autres ne ſont preſcrites: comment eſt-ce qu'elles le ſeroient, ſi elles ſubſiſtent encore contre le débiteur commun, & ſi venant à racheter ſon héritage engagé, il peut être pourſuivi par les autres créanciers? Ne ſe peut-il pas faire qu'eux-mêmes procurent ce rachat, & s'accommodent avec le propriétaire, pour lui en donner les moyens? En ce cas, ſi leurs hypothéques avoient été preſcrites & éteintes, pourroient-elles revivre, & n'y auroit-il pas quelque contradiction? 5

Mais voici une autre raiſon, qui ſemble ne ſouffrir aucune replique; c'eſt que quand le propriétaire ne voudroit pas retirer ſon fonds, & le négligeroit, ſes créanciers le pourroient faire, en ſe faiſant ſubroger en ſon lieu; car il eſt certain qu'un créancier ſe peut ſervir des exceptions de ſon débiteur, qu'il peut exercer ſes actions, *etiam eo invito*, ſuivant la loi pénultiéme, *C. de non numerata pecunia.* S'étant donc les créanciers fait ſubroger aux droits de leur débiteur, ils pourroient enſuite retirer l'héritage, & en dépoſſéder l'acquéreur.

Il eſt vrai que par cette voie, il ſeroit rembourſé de ſon prix, & de dernier qu'il étoit, ſe ſeroit rendu préférable: mais toujours, & même quoiqu'il eût compoſé avec le vendeur de la plus value, il ne pourroit pas s'en prévaloir au préjudice des autres créanciers. Ainſi cette prétendue preſcription ne ſerviroit que pour une préférence, & n'excluroit pas les autres hypothéques.

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns le tems de la précédente édition, je ne fis point d'obſervations ſur cette queſtion, parce qu'elle ne concerne que les coutumes d'Anjou, du Maine & de Touraine, où les contrats pignoratifs ſont en uſage. L'on appelle un contrat pignoratif, celui par lequel un débiteur vend ſon héritage à ſon créancier, pour jouir des fruits pour l'intérêt de ſon argent, avec faculté de rachat perpétuel; c'eſt ce que l'on appelle dans les pays de droit écrit *antichrèſe*, dont j'ai parlé dans le troiſiéme livre.

Un ſemblable acquéreur ne peut point preſcrire contre le vendeur par quelque tems que ce puiſſe être, parce qu'il ne poſſéde qu'à titre d'engagement; mais il peut preſcrire les hypothéques des créanciers de ſon vendeur. Notre auteur n'a pas raiſon de cenſurer Chopin, pour l'avoir dit; car il eſt certain que l'acheteur à faculté de reméré peut preſcrire contre tout autre que le vendeur.

La citation de Brodeau n'eſt pas juſte; c'eſt ſous la lett. P, ſomm. 8, 9, 10, 11, 12, il faut y joindre le Preſtre, cent. 4, chap. 10.

Pour revenir aux pays de droit écrit, les contrats pignoratifs n'y ſont pas reçus, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du dix-ſept février 1674, rapporté dans le journal du palais.

Par ce même arrêt il a été jugé, que dans les pays de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, il n'eſt pas permis de ſtipuler les intérêts des ſimples obligations.

DE LA DISCUSSION.

QUESTION CENT-TRENTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Au parlement de Grenoble l'on ne fait point de décret, & l'on n'eſt pas obligé de diſcuter les biens qui ſont hors de ſon reſſort.*
2. *Le Dauphiné a retenu pluſieurs des uſages qu'il avoit avant que d'être uni au royaume.*
3. *Au parlement de Dijon, l'on ne fait que de ſimples ſubhaſtations, & la diſcuſſion n'y eſt pas requiſe.*
4. *Au parlement de Paris, l'on oblige à la diſcuſſion de tous les héritages ſitués dans le royaume.*
5. *Sentence du ſénéchal de Lyon qui diſpenſe de la diſcuſſion des héritages ſitués en Dauphiné.*
6. *Arrêt du 20 février 1655, qui infirme la ſentence, & ordonne la diſcuſſion.*
7. *Par le traité de Humbert II. avec Philippe de Valois, le Dauphiné ne peut être uni au royaume.*
8. *Auteurs qui ont traité la matiere de la diſcuſſion.*

QUESTION CXXXVII.

Si l'on eſt obligé de diſcuter les biens qui ſont dans le reſſort du parlement de Grenoble, ou de celui de Dijon.

CETTE queſtion a été agitée à Lyon, & l'on a ſoutenu, que pour les héritages aſſis dans le reſſort de ce parlement, la diſcuſſion n'étoit point néceſſaire.

1 Que tout ainſi qu'au parlement de Grenoble, l'on n'y décrete pas les fonds, & que même en matiere de ſaiſies & actions hypothécaires, la diſcuſſion des biens qui ſont hors le reſſort n'y eſt pas requiſe, il n'étoit pas raiſonnable qu'ailleurs on fût obligé de diſcuter les héritages qui ſont dans le Dauphiné.

2 Que comme le Dauphiné étoit autrefois hors le royaume, & n'y a été joint que par le don qu'en a fait Humbert Dauphin au fils aîné de France, à la charge d'en porter le nom & les armes écartelées de France & de Dauphiné; auſſi ce parlement a retenu beaucoup de ſes précédens uſages; même de ne pas diſcuter ce qui eſt hors le reſſort, parce qu'auparavant la réunion, on n'y diſcutoit pas les biens aſſis en d'autres ſouverainetés; non plus qu'à préſent, on n'eſt pas obligé de diſcuter les biens qui ſont hors le royaume, parce que les François ne peuvent être contraints de plaider hors le royaume. C'eſt une maxime ancienne, qui a été aſſez amplement traitée par Brodeau, ſur monſieur Loüet, en la lett. D, nomb. 49.

On diſoit donc, que puiſque le parlement de Grenoble n'obligeoit pas à diſcuter ce qui eſt hors ſon reſſort, ainſi que l'aſſure M. Expilly, en ſes arrêts, la regle des correlatifs vouloit qu'on ne

BIU Cujas

fût pas obligé de discuter les biens qui sont dans le Dauphiné, afin que la condition fût égale.

3 Et pour le regard des héritages qui sont dans le ressort du parlement de Dijon, on soutenoit qu'il y avoit identité de raison, parce qu'en ce parlement, on ne fait qu'une simple subhastation de biens, & il ne s'y passe point de véritable décret, qui puisse rendre un adjudicataire seigneur incommutable. Et aussi, parce que par la coutume de Bourgogne, le bénéfice de discussion n'a point de lieu, ainsi que le sieur Brodeau l'a remarqué sur M. Loüet, en la lettre F, nomb. 23, où il cite du Moulin, & Chassanée, sur l'article 3 du titre 5 de cette coutume, & un arrêt du parlement de Paris, en une cause évoquée du parlement de Dijon.

4 Mais pourtant, & quoique le sénéchal de Lyon eût déchargé de la discussion, y ayant eu appel de sa sentence, la cour a jugé le contraire, & elle a voulu suivre plutôt son usage & la regle commune, que de considérer ce qui se fait aux autres parlemens. C'est assez que les biens soient situés dans le royaume, pour obliger le créancier à le discuter, avant que de s'adresser au tiers détenteur. C'est donc avec raison que Brodeau, sur ledit sieur Loüet, lettre D, nomb. 49, a rejetté l'opinion de ceux qui tiennent qu'il suffit de discuter les biens situés au ressort du parlement, où la rente est constituée, comme étant la discussion nécessaire de tous les biens immeubles situés en France & dans l'étendue des terres qui sont sous l'obéissance du roi, bien que hors le ressort du parlement.

Extrait des registres de la sénéchaussée de Lyon.

5 Il est dit, sans avoir égard à la discussion proposée, que le domaine situé en la paroisse de Grigny, acquis desdits Léonor de Baillons, & de Françoise Henri sa femme, est déclaré affecté & hypothéqué pour le payement de la somme de trois mille sept cent trois livres un sol six deniers, ensemble aux intérêts depuis l'introduction de la présente instance jusqu'à l'actuel payement : ordonné que, par faute de payement dans six mois, que ledit domaine sera vendu & décreté, pour, du prix en provenant, être le demandeur payé, sauf auxdits Bais leur recours, &c.

Extrait des registres du parlement.

6 LOÛIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces présentes lettres verront, Salut. Savoir faisons que comme de la sentence donnée par le sénéchal de Lyon, ou son lieutenant, le 18 avril 1653, entre Dominique Pecoil, exconsul de notre ville de Lyon, demandeur en requête, d'une part; & Louis & René Bais, marchands aud. Lyon, donataires universels de défunte Catherine Bais leur sœur, défendeurs, d'autre, par laquelle, entr'autres choses, sans avoir égard à la discussion proposée, auroit été ordonné que le domaine situé en la paroisse de Grigny, acquis par Vincent Vertema de Léonor de Baillons de Joux, & Françoise Henri sa femme, demeureroit affecté & hypothéqué pour le payement de la somme de trois mille sept cent trois livres un sol six deniers, dûs par ledit de Baillons & sa femme, ensemble pour les intérêts de ladite somme, depuis l'introduction de l'instance, jusqu'à l'actuel payement. Ordonné que par faute de payement de ladite somme & intérêts, six mois après la prononciation de ladite sentence, ledit domaine seroit vendu & décreté, pour, du prix en provenant, être ledit demandeur payé : Eût été par lesdits Louis & René Bais appellé en notredite cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre lesautres parties; joint les griefs, moyens de nullité, & production nouvelle desdits appellans, qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance, auxquels griefs & prétendus moyens de nullité, ledit Pecoil, intimé, pourroit répondre, & outre ladite production nouvelle, bailler contredits : icelui procès vû, griefs, réponses, forclusions de fournir de moyens de nullité & produire de nouveau; tout joint & diligemment examiné : Notredite cour, par son jugement & arrêt, a mis & met l'appellation & sentence de laquelle a été appellé au néant, sans amende; & émendant, a déclaré & déclare le domaine de Grigny affecté & hypothéqué à la somme de trois mille sept cent trois livres un sol six deniers tournois seulement, lesquels héritages ne pourront être vendus qu'après discussion faite des terres & seigneuries de Jons & Saillans, aux perils & fortunes desdits Bais; condamne ledit Pecoil aux dépens de la cause principale, sans dépens de la cause d'appel, la taxe adjugée à notredite cour réservée. Si mandons au premier de nos huissiers ou sergens sur ce requis, qu'à la requête desdits Louis & René Bais, mettre le présent arrêt à exécution de point en point, & selon sa forme & teneur, de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour le vingt-unieme jour de février, l'an de grace 1655, & de notre regne le douzieme, par jugement & arrêt de ladite cour. *Ainsi signé*, GUYET.

Excussio an & quando de bonis extra territorium sitis fieri debeat, agitat Anton. Thesaurus, decis. 40, & *Anton. de Amatis, decis. Rotæ Ferrariensis* 34.

OBSERVATIONS.

De la discussion.

DAns cette question, l'auteur rapporte un arrêt du parlement de Paris, qui oblige à discuter les héritages situés dans le ressort du parlement de Grenoble, quoique ce parlement dispense ses habitans de la discussion des héritages situés hors son ressort, suivant le témoignage de Basset, tom. 2, liv. 5, tit. 3, ch. 1, & de Chorier, dans sa jurisprudence, sur Guy Pape, pag. 297. L'on peut ajouter, que par un article du traité de Humbert II. avec le roi Philippe de Valois, en 1343, le Dauphiné ne peut être uni au royaume, il en doit toujours être séparé; ce qui a fait dire à du Moulin, sur les titres des fiefs, que le Dauphiné *non est de regno, nec legibus, nec consuetudinibus regni regitur; licet regno inseparabiliter accedat.* 7

Ce seroit ici le lieu de traiter la matiere de la discussion; mais cela me meneroit trop 8

BIU Cujas

loin, je me contenterai de citer les auteurs qui en parlent. M. Cujas, dans son commentaire, sur la nov. 4, marque le progrès du droit sur la discussion. Messieurs Brodeau, Ricard, Auzanet & Ferrieres, sur l'art. 101 de la coutume de Paris. M. Mornac, sur l'autentique, *sed hodie, cod. de oblig. & act.* M. Loiseau dans son traité du déguerpissement, liv. 3, ch. 8, & dans son traité de la garantie des rentes, ch. 8 & 9. M. le premier président de Lamoignon, dans ses arrêtés, au titre *de la discussion.* M. Louet, & son commentateur, lett. D, ch. 49. M. le Prestre, cent. 1, ch. 76. Journal du palais, part. 2, pag. 361. Lalande, sur l'art. 436 de la coutume d'Orléans. Dupineau, sur la coutume d'Anjou, art. 484.

DE LA DISCUSSION.

QUESTION CENT-TRENTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Opinion de du Moulin, que quand les héritages sont trop éloignés ou trop difficiles à discuter, l'on doit être dispensé de la discussion.*
2. *La discussion n'est pas nécessaire pour les biens qui sont hors du royaume.*
3. *L'on n'est pas obligé de discuter les biens situés en Dombes.*
4. *Sentiment de l'auteur au contraire, à cause que le parlement de Dombes a son siége à Lyon, & qu'il est composé des officiers du présidial de Lyon.*
5. *A présent le parlement de Dombes est à Trévoux, & les charges de ce parlement sont incompatibles avec celles du présidial de Lyon.*
6. *Le roi a attribué les mêmes prérogatives au parlement de Dombes qu'à celui de Paris.*

QUESTION CXXXVIII.

Si l'on est obligé de discuter les héritages situés dans la principauté de Dombes.

1 MAITRE Charles du Moulin, sur sa septieme partie du style du parlement, tient que l'on doit être dispensé de la discussion quand les héritages sont si éloignés, ou si difficiles à discuter, qu'il faudroit faire plus de frais pour y parvenir que la dette ne peut valoir. Néanmoins, comme c'est un bénéfice que la loi donne aux fidéjusseurs & tiers acquéreurs, on n'en peut rien relâcher que pour les biens qui sont hors le royaume. C'est ce que le sieur Brodeau, sur M. Loüet, en la lettre D, nombre 49, a remarqué, & il en a cotté des arrêts.

2 Mais pour les immeubles étant hors le royaume, la discussion n'est point nécessaire, & ledit sieur Loüet, en cet endroit, en a cotté un arrêt du 21 janvier 1606; & Brodeau en cotte d'autres, après lesquels cela doit passer pour une regle générale, & même M. René Chopin, sur la coutume d'Anjou, liv. 3, chap. 3, & titre troisieme, au nombre 10, rapporte que par un arrêt du 3 mars 1582, un créancier fut déchargé de la discussion des biens de son débiteur, sis en la principauté de Dombes, dont il y a lieu de s'étonner; car si l'on n'est pas obligé d'aller discuter des biens hors le royaume, à cause que la discussion en seroit difficile, & qu'elle causeroit de trop grands frais, cette considération cesse pour les biens qui sont au pays de Dombes.

Il est vrai que c'est une souveraineté, mais qui est 3
enfermée dans le royaume, presque au cœur d'icelui, & où, par conséquent, l'accès étant libre, & aussi aisé, la discussion ne peut être difficile, ni causer de plus grands frais; vû même que la justice de cette principauté s'exerce dans la ville de Lyon, & que son parlement y a son siége, par la permission de nos rois.

Que si la regle susdite est fondée, comme dit 4
Brodeau, sur cette maxime ancienne, que les François ne peuvent être contraints de plaider hors le royaume, ni être distraits de la justice & autorité souveraine qu'a le roi sur tous ses sujets. Cette considération doit pareillement cesser pour la principauté de Dombes; car le roi permettant le plus, est censé permettre le moins, puisqu'il permet que le parlement de Dombes soit établi dans la ville de Lyon, que la justice de ce parlement s'y exerce publiquement, que ce soit par des François, & même par des officiers de S. M. au présidial de Lyon, il n'entend pas empêcher que ses sujets n'y puissent démêler leurs différends.

Aussi, ce point ayant été de rechef agité, on nous 5
a fait entendre qu'il avoit été jugé autrement.

OBSERVATIONS.

L'Auteur, dans cette question, établit que l'on est obligé de discuter les héritages situés dans la principauté de Dombes; parce que cette principauté est située dans le royaume,

BIU Cujas

royaume, & que ſa juriſdiction s'exerce dans la ville de Lyon, ou ſon parlement à ſon ſiége.

Cette raiſon ne ſubſiſte plus. Il y a plus de quarante ans que M. le duc du Maine, prince ſouverain de Dombes, a transféré ſon parlement dans la ville de Trevoux, capitale de la ſouveraineté de Dombes, & déclaré les charges de ſon parlement incompatibles avec celles du préſidial de Lyon; ce qui en a conſidérablement diminué le prix & l'éclat.

Autrefois les jugemens du parlement de Dombes étoient ſujets à l'appel, qui ſe portoit au parlement de Paris. Pluſieurs de nos anciens m'ont dit, que le rôle de Lyon qui ſe plaide au mois de juillet ou d'août, étoit intitulé, rôle des cauſes de la ſénéchauſſée de Lyon, des bailliages de Mâconnois, Forez, Beaujolois & Dombes. Feu M. Dupré, quoiqu'il fût à la tête du conſeil de Dombes, & qu'il fût porté d'inclination pour en ſoutenir la ſouveraineté & l'indépendance, m'a pourtant aſſuré avoir plaidé au rôle de Lyon une cauſe, ſur l'appel d'un jugement rendu par les officiers du parlement de Dombes.

Le roi, en vertu d'un édit vérifié au parlement de Paris, il y a plus de cinquante ans, a attribué au parlement de Dombes les mêmes honneurs & les mêmes prérogatives, qu'au parlement de Paris.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

IL y a un arrêt dans Soëfve, cent. 1, ch. 74, rendu en l'audience de la grande-chambre, au ſujet d'une terre ſituée en Dombes, dans lequel eſt rapporté le plaidoyer de M. Talon, avocat général, qui ſoutint que l'édit des meres, & les autres ordonnances de nos rois, devoient être obſervées dans la Dombes; *d'autant que Dombes n'eſt point, à proprement parler, ſouveraineté, mais un franc-aleu qui dépend de la couronne de France, & qui reconnoît le roi pour ſeigneur; deſorte que toutes les loix & les ordonnances de nos rois y doivent avoir lieu, & être obſervées comme dans les autres pays immédiatement dépendans de la couronne.*

Chopin, *de doman.* liv. 2, tit. 9, nomb. 2, établit la même propoſition par de puiſſantes raiſons.

DU GAIN DE SURVIE, ET DE SA NATURE.

QUESTION CENT-TRENTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Le gain de ſurvie fait par le mari, eſt un bien maternel.*
2. *Arrêt du premier juin 1619, qui a jugé que l'avantage fait par une femme à ſon mari eſt propre maternel.*
3. *Diſpoſition du droit, conforme.*
4. *Opinion de du Moulin, conforme.*
5. *Sentiment de l'auteur, conforme.*

QUESTION CXXXIX.

Si le gain que le mari fait en ſurvivant à ſa femme, étant retourné à l'enfant du premier lit, doit être cenſé bien paternel ou maternel.

PAR les articles de mariage de damoiſelle Blich, il avoit été convenu, que le mari ſurvivant gagneroit ſur ſa dot la ſomme de trois mille livres. Le cas étant arrivé, & depuis l'enfant provenu de ce mariage, ayant ſurvêcu le pere, il s'agiſſoit de ſavoir de quelle nature & condition cet avantage devoit être conſidéré.

1 Donc pour cette troiſiéme & derniere queſtion, nous ne doutons point que l'avantage fait par une femme à ſon mari par contrat de mariage, ou par teſtament, & qui par le décès d'icelui, eſt échû aux enfans, ne ſoit plûtôt en la perſonne deſdits enfans, un bien maternel, que paternel, & qu'il ne faille plûtôt conſidérer l'origine & la ſource, que le trajet, la perſonne de la mere, de qui le bien eſt provenu, que celle du pere, en laquelle il n'a fait que paſſer. C'eſt parce que ce bien n'y a pas fait une ſouche véritable, & qu'à ſon égard ce n'a été qu'un bien tranſitoire & non permanent. En effet, il n'a été acquis au pere que ſous la condition du retour, & le droit en ayant été ſuſpendu, on ne peut pas dire que ce ſoit un acquêt incommutable.

Cette queſtion eſt traitée par le ſieur Brodeau, 2
en ſes dernieres notes ſur Monſieur Louet, en la lettre N. nombre 3, où (après avoir déduit les raiſons de part & d'autre, & rapporté un arrêt contraire de l'an 1611), il reconnoît qu'il a été donné ſur les circonſtances particulieres de la donation, &

BIU Cujas

parce qu'elle avoit été faite à titre onéreux : mais que depuis, la même queſtion s'étant préſentée, par arrêt du premier juin 1619, l'autre produit & vû ſur le bureau, il fut jugé que l'avantage fait par une femme à ſon mari, qui depuis ſeroit convolé en ſecondes nôces, étoit propre maternel en la ſucceſſion du fils iſſu du premier mariage.

3 C'eſt la déciſion formelle de la loi, *cum aliis, C. de ſecundis nuptiis*, en laquelle il eſt dit, que ce que le pere a donné à ſa femme, *id ex eo tantùm liberi conjugio procreati, ſibi ſpeciale, tanquam paternum noverint patrimonium vindicandum.* Et c'eſt
4 l'opinion de maître Charles du Moulin, lequel, à l'endroit cotté par ledit ſieur Brodeau, tient que *hæreditas reverſa ad filios primi matrimonii ex l. fœmineo C. de ſecund. nupt. cenſetur paterna vel materna ut priùs, quia ea conditio tacitè inerat quando data ſunt.* C'eſt-à-dire, que ſi celui des conjoints qui a ſurvécu, a gagné cet avantage, ce n'a pas été un gain aſſuré; mais qu'au contraire il eſt demeuré en ſuſpens.

5 Attendu même que par la diſpoſition du droit Romain, non-ſeulement ce droit étoit ſuſpendu, *dubiis committendum fortunis*, mais étoit plûtôt perdu irrévocablament par le convol en ſecondes nôces, ſuivant la novelle 22, de juſtinien : où il dit, que dès-lors que le pere ſe remarie, *omnis eum deſerit proprietatis modus*, & que cette propriété demeure acquiſe aux enfans, qui la tranſmettent à leurs héritiers, quoiqu'ils décédent auparavant le pere : *filii proprietatis ſunt domini mox quo mater conjuncta eſt alii viro*, dit l'Empereur; & enſuite, *vindicabunt ea omnia filii hæredeſque eorum*; ainſi qu'il a été traité plus amplement en la queſtion 13, de ce livre 4, & encore en la queſtion 46, du livre 5.

Que ſi cela reçoit quelque doute, il faut du moins accorder que ce gain n'étoit acquis au mari, qu'avec ſuſpenſion, & dans l'attente d'un événement incertain s'il ſurvivoit ou non à ſon enfant du premier lit : & partant, qu'étant icelui venu à décéder le premier, le droit échû a l'enfant marche en arriere, & doit avoir ſon rapport à la mere de laquelle, il le tire, tout ainſi que ſi le pere n'avoit point été au milieu, & qu'il ne dût être conſidéré que comme dépoſitaire; parce qu'en effet, ce gain que fait le mari par le prédécès de ſa femme, il ne l'acquiert que comme mari, en conſéquence du mariage & à l'occaſion des enfans, pour la procréation deſquels ce mariage a été contracté, & c'eſt pour ce ſujet que la loi a jugé qu'il étoit fort juſte que ce gain leur fût réſervé, *tanquam ex cauſa illorum patri acquiſitum*, ainſi que dit juſtinien en ſa novelle 22, chap. 20.

Donc pour ſe recueillir ſur les trois queſtions propoſées, l'on croit que la dot & conſtitution de 30000 livres, devant être partagée, les héritiers du pere en doivent avoir la moitié, *in vim conſuetudinis*; & parce que cette moitié ſe reglant par la coûtume, doit retourner à l'eſtoc & ligne dont elle eſt provenue, & que ce point ne peut recevoir de doute.

Que pour l'autre moitié qui ſe regle par le droit écrit, c'eſt un point plus diſputable, & qui peut ſouffrir une interprétation diverſe; mais pourtant, qu'il y a plus d'apparence & de raiſon de tenir pour la réverſion en faveur des oncles paternels; parce qu'en effet les conditions ſous leſquelles la réverſion a été ſtipulée ſont arrivées, le pere ayant ſurvécu ſa fille, & ſa fille étant décédée ſans enfans, & ſes enfans ſans deſcendans, & parce qu'autrement, cette réſerve & convention auroit été fruſtratoire.

Et enfin l'on eſtime, que quand on voudroit combattre la réverſion, & exclure les oncles de cette moitié, on ne pourroit pas leur dénier ſur icelle les trois mille livres que le pere avoit gagné, & qui par ſon convol étoient revenus à l'enfant du premier lit; & ce dernier point ne reçoit non plus de doute que le premier. Mais comme ce gain de ſurvie ſe devoit prendre ſur toute la conſtitution, & auſſi-bien ſur la moitié de la coutume, que ſur celle de droit écrit : Auſſi cela ne donneroit pas grand avantage, ſi la réverſion ceſſoit, & ce ne ſeroit qu'un accroiſſement de quinze cent livres.

OBSERVATIONS.

L'Auteur touche ici deux queſtions. La premiere, ſi, ayant été ſtipulé par le contrat de mariage, que le mari ſurvivant gagneroit une certaine ſomme, cette ſomme dans la perſonne des enfans eſt un bien paternel ou maternel. Dans la queſtion 119 de ce même livre, il a propoſé la queſtion par rapport à l'augment gagné par la mere; il a décidé que c'eſt un bien paternel dans la perſonne des enfans. Pour autoriſer l'une & l'autre de ces deux opinions, il cite M. Brodeau ſur M. Louet, lett. N, chap. 3, nomb. 14, qui traite la queſtion par rapport au douaire. Cette queſtion me ſemble inutile pour les pays de droit écrit, où il n'y a qu'un ſeul patrimoine, & où la diſtinction des biens paternels & maternels, propres ou acquêts, eſt inconnue; ainſi je ne m'y arrêterai point.

La ſeconde queſtion propoſée par l'auteur, conſiſte à ſavoir, ſi le conjoint ſurvivant perd, par ſon convol en ſecondes nôces, la propriété des avantages à lui faits par ſon premier conjoint. Il a traité cette queſtion à fond dans ce livre 4, queſt. 13, & liv. 5, queſt. 46, où j'ai fait pluſieurs obſervations, que je ne répeterai point ici, de peur de tomber dans des redites, où je ne ſuis peut-être tombé que trop ſouvent; mais mon excuſe eſt écrite dans le titre, *de vet. jur. enucl.* § 14, *omnium habere memoriam, & penitus in nullo peccare, divinitatis magis quam mortalitatis eſt.*

BIU Cujas

DE LA VIRILE.

QUESTION CENT-QUARANTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eloge de ceux qui ſe retractent.*
2. *Variation du droit, ſur le gain des avantages faits entre les conjoints.*
3. *Il faut ſe tenir à la novelle 127, qui ne dit pas que la mere doive diſpoſer expreſſément de ſa virile.*
4. *Erreur d'Irnerius, il faut plutôt s'en tenir à l'original, qu'à l'extrait.*
5. *La vérité doit l'emporter ſur l'uſage, elle n'eſt point ſujette à preſcription.*
6. *Belle penſée de Cujas, ſur la rétractation.*
7. *L'eſprit de préſomption & d'opiniâtreté eſt le caractère de ce ſiécle.*
8. *Erreur des juges & des avocats des pays de droit écrit, au ſujet de la virile.*
9. *Définition de la virile. De quelle maniere la mere peut diſpoſer de ſa virile entre ſes enfans.*
10. *Arrêt du parlement de Paris du 23 juin 1700, qui a jugé que dans une donation univerſelle, la virile n'eſt pas compriſe.*
11. *La juriſprudence du parlement de Provence eſt contraire.*
12. *Progrès du droit ſur la queſtion, ſi l'inſtitution d'héritier comprend la virile.*
13. *Le parlement de Toulouſe juge à préſent que l'inſtitution d'héritier d'un des enfans ne comprend pas la virile.*
14. *Le parlement de Grenoble juge, que l'inſtitution d'héritier de l'un des enfans emporte la virile.*
15. Idem, *au parlement de Provence.*
16. *Toutes les diſpoſitions faites au profit d'un étranger, ne comprennent pas la virile, ſans une mention expreſſe.*
17. *Cenſure des arrêts cités par Deſpeiſſes & Boniface, & leur éloge.*
18. *Les qualités néceſſaires à un bon légiſlateur.*
19. *Quand un étranger eſt inſtitué avec un des enfans, la virile appartient à l'enfant ſeul.*
20. *Quoique l'inſtitution des enfans ſoit par portion inégales, ils partagent également la virile.*
21. *Il n'eſt pas néceſſaire que les enfans ſoient héritiers de leur mere, pour avoir la virile.*

Du droit des créanciers dans la virile.

22. *Il faut diſtinguer entre les dettes contractées par le pere avant ou pendant le mariage, les premiers ont droit ſur la virile, & non les autres.*
23. *A l'égard des dettes contractées par la mere, celles faites avant ou pendant le mariage ne ſe prennent point ſur la virile.*
24. *Les créanciers qui ont contracté avec la mere depuis la mort du pere, peuvent ſe venger ſur la virile, pourvu qu'elle leur ſoit obligée expreſſément.*
25. *La mere peut céder à ſes enfans la virile, ſans que ſes créanciers puiſſent s'y oppoſer.*
26. *La mere ne peut vendre les héritages à elle donnés pour ſon augment, non pas même juſqu'à concurrence de ſa virile.*

De la preſcription de la virile.

27. *Il faut diſtinguer les tems, ceux qui ont acquis avant le mariage peuvent preſcrire. Ceux qui ont acquis pendant le mariage, ne peuvent point preſcrire. A l'égard de ceux qui ont acquis depuis le mariage, il y a beaucoup de difficulté.*
28. *Arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1647, qui a jugé en faveur de la preſcription.*
29. *Arrêt du parlement de Provence, du 14 juin 1675, qui a jugé contre la preſcription.*

De la quotité de la virile.

30. *Pour régler la quotité de la virile, il faut conſidérer le nombre des enfans, au jour du décès de la mere.*

BIU Cujas

31. *Quand une veuve se fait religieuse, il faut considérer le nombre des enfans, au jour de la profession.*
32. *Après la mort du pere, & pendant la vie de la mere, les enfans peuvent disposer de leur part dans l'augment.*

Du partage de la virile entre les enfans.

33. *Quand il y a des enfans de différens lits, les enfans de chaque lit prennent la virile qui vient de leur pere, quand leur mere n'en a pas disposé expressément.*
34. *La virile n'entre point dans la composition de la légitime de la mere.*
35. *Consultation de l'auteur des observations sur cette question, entre les petits-enfans de M. Henrys.*

De la virile du pere.

36. *La virile du pere se régle comme celle de la mere.*
37. *Dans la coutume de Toulouse, le mari gagne une portion virile dans la dot de sa mere.*
38. *Avis & vœux de l'auteur des observations pour retrancher toutes ces difficultés.*

QUESTION CXL.

De la virile qui appartient à la mere qui ne se remarie point, & quel pouvoir elle a d'en disposer.

1 Nous ne sommes pas les premiers à nous rétracter, c'est une chose commune aux plus grands jurisconsultes, & après eux ce nous doit être plutôt un sujet de louange que de blâme. Papinien avoue lui-même, qu'il s'est rétracté, c'est en la loi *si venditor, § finali, ff. de servis exportandis*; & Justinien le confirme, *in l. ult. § sed cum C. de furtis. Licet*, dit cet Empereur, *ab antiquis variatum est, & ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis hoc decidentibus, Papinianus licet variaverit eligendus est.* Scævola & Marcien en ont fait autant, comme a remarqué monsieur Cujas, 2, *observat. cap.* 37, & 4, *observat. cap.* 1. Entre les modernes, le docte président de Chambery, *Antonius Faber*, parmi les erreurs des autres, a mêlé les siennes, & a fait gloire de les censurer.

Notre apréhension n'est donc pas de nous rétracter, c'est plutôt de ce qu'il nous faut non-seulement combattre notre premier sentiment, mais encore l'usage & les préjugés qui l'autorisent. Nous ne laisserons pas pourtant d'agiter encore le point que nous avons traité ailleurs; sçavoir au ch. 55, de ce liv. 4, & de faire voir, que si nous nous sommes trompés, c'est pour avoir voulu suivre un chemin battu.

2 Au lieu cotté, nous avons remarqué la variation de nos loix, sur les avantages que l'un des conjoints fait à l'autre, & sur la portion que le survivant y peut avoir en s'abstenant des secondes nôces. Par les loix 5, 6, 8, au code, *de secundis nupt.* les gains nuptiaux étoient propres à celui qui les gagnoit, & il avoit le pouvoir d'en disposer ainsi que bon lui sembloit, & aussi-bien par une disposition générale, que particuliere. Mais Justinien, en la novelle 2, auroit retranché ce pouvoir, & ne laissant qu'un simple usufruit au survivant des conjoints, auroit ordonné que la propriété en seroit conservée aux enfans communs.

Après quoi le même empereur en sa novelle 22, au chapitre 20, auroit rétabli le premier droit, & permis de disposer de ses avantages; mais avec cette condition ou limitation, que ce fût par une disposition expresse. S'en repentant aussi-tôt après, il retranche encore, mais entierement ce pouvoir, par sa novelle 98, qui ôte tout droit de propriété & ne laisse à une veuve, quoique chaste & continente, qu'un simple usufruit.

Enfin, considérant qu'il y avoit de l'injustice de traiter la mere qui ne se remarie point, également comme celle qui convole en secondes nôces, il accorde à la premiere la propriété d'une virile portion, & telle que chacun des enfans peut avoir. C'est en la novelle 127, en laquelle il ne parle point qu'il faille que la mere en dispose expressément. Il la lui laisse purement & simplement, & il 3 veut, que *habeat proprietatis tantum quantum quantitas filiorum facit, ut secundùm proprietatis rationem, unius & ipsa filii personam sustinere videatur.*

C'est la derniere constitution que Justinien a faite sur ce sujet, c'est elle qui établit la virile, & c'est par elle qu'il la faut régler. Or nous ne voyons pas pourquoi l'on veut astreindre la mere à ne pouvoir disposer qu'expressément d'une chose dont la loi lui donne la propriété, sans condition ni limitation; pourquoi c'est qu'on veut rendre cette propriété imparfaite & limitée, contre le terme & contre le sens de la loi. La loi dit, que la mere qui ne se remarie point aura dans les avantages qu'elle a reçus du mari, autant de part & de propriété, qu'un de ses enfans, qu'elle sera comptée pour un, & aura la même portion, *secundùm proprietatis modum.* La mere étant donc mise en parallele, concourant avec les enfans, & devant avoir autant que chacun d'eux, pourquoi ne sera-ce pas avec le même pouvoir & avec la même liberté?

La novelle 22 parle autrement, il est vrai, mais ce n'est pas par elle qu'il se faut regler. Pourquoi, pour expliquer une loi claire & nette, veut-on recourir à une loi précédente qui a été abrogée, & à laquelle il avoit été auparavant dérogé pour ce regard, vû même qu'il n'y a pas identité de raison, & qu'on ne peut pas en ce cas argumenter du tout à une simple partie?

En la novelle 22, l'empereur donnant à la mere qui ne se remarie point, tous les avantages & le pouvoir d'en disposer; comme ce pouvoir étoit plus grand, il y a voulu imposer une condition. C'est donc pour cela que le lui donnant plus ample, il jugea à propos d'y mettre en faveur des enfans cette précaution, qu'il falloit que ce fût par une déclaration spéciale. Mais par la derniere constitution qu'il a faite sur ce sujet, en dérogeant par icelle à toutes les précédentes, en un mot, en faisant une loi nouvelle, comme il n'a donné qu'une portion, qu'une virile, à la mere, il n'a pas jugé né-

BIU Cujas

ceſſaire d'en limiter le pouvoir. S'il l'avoit voulu faire, il l'auroit dit, ou du moins auroit rappellé ſa novelle 22; mais ne l'ayant pas fait, & en ayant parlé indéfiniment & ſans condition, *quod omiſſum eſt, omiſſum eſſe voluit.*

Il eſt vrai qu'*Irnerius* en a compoſé ſon authentique *nunc autem*: mais ſi le bon homme s'eſt trompé, ainſi qu'il a fait ailleurs, le faut-il ſuivre? Et s'il nous a donné un mauvais extrait, eſt-on obligé de s'y tenir plutôt qu'à l'original? Ce n'eſt pas de la novelle 22, y en ayant encore une autre entre deux, mais de la novelle 127, qu'il a dû former l'authentique, & il n'a pas pû y ajoûter ce que ladite novelle 127 ne dit pas.

On dira encore, que l'uſage eſt contraire; mais la vérité eſt plus forte, & elle n'eſt pas ſujette à preſcription. Et comme nous ne croyons pas écrire ſeulement pour cette province, ni même pour la France ſeule, peut-être que s'il faut qu'ici notre raiſonnement cede à l'uſage, il ſera mieux reçu ailleurs. 5

OBSERVATIONS.

De la portion virile de la mere qui demeure en viduité.

L'Auteur commence cette queſtion par ſe retracter de l'opinion qu'il a eue ſur la queſtion 55, de ce livre 4, où il a ſoutenu, que la mere ne peut diſpoſer de ſa virile, que par une diſpoſition expreſſe. Il dit qu'il n'a point de honte de changer d'avis, après l'exemple des plus grands juriſconſultes qu'il nomme; il cite pour cela M. Cujas, dans ſes obſervations; la citation n'étoit pas exacte, je l'ai réformée: mais il a oublié de citer ce même docteur dans ſon commentaire ſur le livre 10, des queſtions de Papinien, ſur la loi *ſervus 7, de ſervis export.* ſur la fin: ce qu'il dit mérite de trouver ici place. Papinien n'a pas voulu perſévérer long-tems & opiniâtrément dans un ſentiment erroné, ce qui eſt la marque d'un grand eſprit. Il ajoûte que les gens véritablement ſçavans varient ſouvent; mais les ignorans & les demi-ſçavans, qui ſont ordinairement opiniâtres, ne veulent jamais changer: *noluit Papinianus in re parum cognita diu aut ſtultè perſeverare: quod eſt argumentum magni viri.... ſæpe variant docti, non variant vero vulgus & refractarii & ineruditi.* Il a trouvé le changement de Papinien ſi louable, qu'il en a parlé en pluſieurs endroits, ſur-tout dans ſes obſervations, liv. 2, ch. 37, où il propoſe ſon exemple a tous les docteurs du droit: *utinam qui hoc tempore jus noſtrum interpretantur, Papinianum imitati, quæ vel falſo vel inepte aliquando & ſenſerint & ſcripſerint, ingenuè retractent, nec eis contra quam poſtea reſciverint, tam obſtinato tamque obfirmato animo, uti faciunt, perſeverent.* Je ne ſçaurois m'empêcher de faire les mêmes vœux pour les juges & les avocats. M. Cujas dit auſſi que Scævola & Julien ont varié; mais il ne parle point de Voluſius Meſianus qui a auſſi varié, comme le remarque Paul, dans la loi *divi fratres* 17, *de jur. patr.* qui eſt très-belle. L'on y voit que le conſeil des bons Empereurs étoit compoſé des plus grands juriſconſultes, & que les Empereurs les traitoient d'amis. 6

J'ai cru devoir rapporter tous ces exemples, dans la vûe qu'ils pourroient faire quelqu'impreſſion ſur l'eſprit de préſomption & d'opiniâtreté qui regne dans ces tems: l'on crie fort contre l'infaillibilité du Pape; mais ſi l'on n'y prend garde, elle s'établira inſenſiblement en France: car tous ceux qui ſont dans les grands emplois, croyent être infaillibles. 7

Pour revenir à la queſtion que traite ici l'auteur, il établit ſi clairement, ſi ſolidement, & ſi juridiquement, que la mere qui demeure en viduité, peut diſpoſer de ſa virile comme des autres biens, & qu'il n'eſt pas néceſſaire d'une diſpoſition expreſſe, qu'il y a lieu d'être ſurpris que les juges & les avocats des pays de droit écrit, ne ſoient pas encore revenus de leur ancienne erreur: car je ſçai que dans tous les pays de droit, l'on perſiſte dans l'opinion, que la mere ne peut diſpoſer de ſa virile, que par une diſpoſition expreſſe. Notre auteur, ſur la fin de cette queſtion, reconnoît que l'uſage eſt contraire; mais il dit que la vérité doit être plus forte, & qu'elle n'eſt pas ſujette à la preſcription, *manifeſtatâ veritate, cedat conſuetudo veritati*, dit ſaint Auguſtin ſur le pſeaume 105. 8

Cependant, puiſque l'uſage l'emporte ſur la vérité, & qu'il eſt le tyran des loix, auſſi-bien que des modes, & que je me ſuis engagé à écrire ſur la juriſprudence qui eſt en uſage, je crois devoir expliquer les queſtions qui tombent ſur cette matiere.

1°. Ce que c'eſt que la virile.
2°. De quelle maniere la mere doit en diſpoſer entre ſes enfans.
3°. Quelle diſpoſition eſt requiſe à l'égard des étrangers.
4°. Quel droit ont les créanciers du pere & de la mere ſur cette portion.
5°. Si les acquereurs du bien du mari peuvent preſcrire la virile.
6°. Quel tems il faut conſidérer pour régler cette portion.
7°. Comment la virile ſe partage entre les enfans de différens lits.
8°. Si la virile entre dans la compoſition de la légitime maternelle.

BIU Cujas

Définition de la virile.

9 A l'égard de la premiere queſtion, par le mot de *virile*, l'on entend une portion de l'augment que la loi accorde à la veuve, quand elle demeure en viduité. On l'appelle *virile*, parce qu'elle eſt égale à la portion d'un des enfans, *habere verò eam & proprietatis tantum, quantum filiorum quantitatis faciat: ut ſecundùm proprietatis rationem unius, & ipſa filii perſonam obtinere videatur.* C'eſt Juſtinien qui a accordé cette portion aux veuves qui gardent la viduité, afin qu'elles euſſent quelque choſe de plus que celles qui ſe remarient, qui ſont réduites au ſimple uſufruit de l'augment.

Par la novelle 118, ch. 2, les peres & meres qui ſuccédent à un de leurs enfans, ont dans la ſucceſſion une portion en propriété égale à celle de leurs autres enfans, freres & ſœurs du défunt. On l'appelle *virile*, parce qu'ils ſuccédent à leurs enfans *in virilem partem;* mais pour diſtinguer cette portion d'avec celle que la mere gagne dans l'augment, l'on appelle celle-ci *portion virile*, & l'autre *virile* ſimplement.

De quelle maniere la mere peut diſpoſer de ſa portion virile entre ſes enfans.

10 Il faut diſtinguer entre les actes entre-vifs, & ceux à cauſe de mort; la mere ne peut par aucun acte entre-vifs, avantager aucuns de ſes enfans de ce genre de biens, ſans une diſpoſition expreſſe: car par la novelle 22, ch. 21, ſur la fin, il eſt dit, que ſi le pere ou la mere n'ont pas diſpoſé expreſſément de cette eſpece de biens, ils ſont préſumés l'avoir voulu réſerver à tous leurs enfans également: *placuit enim nobis per præſumptionem, quia pater dum vivens non alienaverit, aut expreſſim obligaverit aliquid harum rerum, voluerit magis ſervare filiis.* Suivant cette diſpoſition, ayant été conſulté ſi dans une donation univerſelle faite par une mere à ſon fils, la virile étoit compriſe: j'ai répondu qu'elle n'y étoit pas compriſe, & cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu en la ſeconde cham-
11 bre des enquêtes, le 23 juin 1700. Depuis j'ai vu un livre intitulé, queſtions notables, & maximes du droit, par un célébre avocat du parlement de Provence, lequel dans la page 370, dit que dans ſon parlement la virile eſt compriſe dans l'inſtitution d'héri-
12 tier, & que le même a été jugé au profit d'un enfant donataire univerſel du pere ou de la mere.

A l'égard des actes à cauſe de mort, la mere peut diſpoſer de ſa virile par donation, legs, fidéicommis & teſtament, pourvu qu'elle le faſſe par une diſpoſition expreſſe.

La queſtion la plus ordinaire & la plus fréquente regarde l'inſtitution d'héritier, ſavoir ſi la mere ayant inſtitué un de ſes enfans ſon héritier univerſel, cette inſtitution doit comprendre la virile, quand il n'en eſt point fait mention.

La juriſprudence des arrêts a ſouvent varié ſur cette queſtion, auſſi-bien que la diſpoſition du droit.

13 La loi *ſi quis* § 2, *cod. de ſec. nupt.* décide préciſément que l'aliénation eſt ſuffiſamment faite, lorſque la mere diſpoſe de ce genre de biens par ſon teſtament, ſoit par une diſpoſition ſpéciale, ou par une inſtitution univerſelle: *certum eſſe ſancimus, quod etiam illa de cætero videbitur earundem fuiſſe rerum alienatio, quæ in teſtamento genitoris, vel genitricis, vel ſpecialiter reliquendo, vel generaliter hæredem inſtituendo facta ſit.*

Le chap. 20 de la novelle 22, n'a corrigé cette loi que par rapport à l'inſtitution des étrangers, *aut moriens non expreſſim in alium eas tranſpoſuerit.* M. Cujas, dans ſon commentaire ſur cette novelle, dit qu'il faut une diſpoſition ſpéciale, quand elle eſt faite au profit d'un étranger, *ex hoc novella ſpecialiter tantum non per generalem inſtitutionem extranei:* Mais cette novelle parle de l'augment entier, dont la mere avoit alors la diſpoſition; ainſi il étoit bien juſte de la reſtraindre: mais Juſtinien par par la novelle 127, n'accordant à la mere que la liberté de diſpoſer de la propriété d'une portion virile ſeulement, il lui laiſſe cette liberté entiere, & ſans reſtriction: cependant la juriſprudence des arrêts a extrêmement varié ſur cette queſtion.

14 Le parlement de Toulouſe, quoique ferme dans ſes déciſions, n'a pas laiſſé de varier pluſieurs fois. M. de la Rocheflavin, dans ſes arrêts, liv. 2, ſur le mot *dot*, tit. 6, art. 6, fait mention d'un arrêt du 27 juillet 1595, par lequel il a été jugé que la portion de l'augment gagnée par la femme qui ne s'eſt pas remariée, appartient à l'enfant ſeul par elle inſtitué héritier, encore que nommément elle n'en ait pas diſpoſé en ſa faveur. M. Graverol, dans ſes obſervations ſur cet arrêt, dit que cette juriſprudence a changé, & qu'aujourd'hui, ſans aucune diſtinction, l'inſtitution d'héritier n'emporte pas élection pour l'augment, ſans une diſpoſition expreſſe.

M. Cambolas, dans ſes déciſions notables du droit, liv. 2, ch. 4, ſur la fin, rapporte un arrêt du 26 février 1636, par lequel il fut jugé que l'augment entier appartenoit à

BIU Cujas

la fille inſtituée héritiere par ſa mere ; & partant que *inſtituendo elegerat in augmento.* Il ajoute que le contraire a été depuis jugé, & que c'eſt ſuivant les derniers préjugés que la queſtion ſe juge aujourd'hui ; & dans le liv. 6, ch. 16, il rapporte un arrêt du 19 février 1631, qui a jugé que l'élection en l'augment ne ſe fait pas par l'inſtitution d'héritier d'un des enfans. Cependant Deſpeiſſes, tome premier, pag. 299 & 300, ſoutient que l'inſtitution d'héritier comprend la virile ; mais il y a ſujet de croire qu'il ſe trompe : car M. Catelan, qui a écrit depuis dans le tom. 2, liv. 4, queſt. 28, aſſure qu'au parlement de Toulouſe l'inſtitution d'héritier, même de l'un des enfans, ne comprend pas la virile, ſans une diſpoſition expreſſe.

La juriſprudence du parlement de Grenoble eſt entierement contraire à celle du parlement de Toulouſe. Autrefois ce parlement jugeoit que l'inſtitution d'héritier d'un des enfans n'étoit pas ſuffiſante, ſans une diſpoſition expreſſe ; mais depuis environ cinquante ans, il juge que la virile eſt compriſe dans l'inſtitution d'héritier d'un des enfans, quoiqu'il n'en ſoit fait aucune mention. M. Baſſet, dans ſes arrêts du parlement de Dauphiné, tom. 1, liv. 4, tit. 6, chap. 9, rapporte le progrès de la juriſprudence de ce parlement, & à la fin il cite un arrêt du 3 juillet 1644, qui a jugé que l'inſtitution d'héritier d'un des enfans, valoit élection, & que la virile lui appartenoit, à l'excluſion des autres enfans. Il ajoûte, que depuis cet arrêt l'on n'a plus douté de cette queſtion, & que c'eſt le plus ſolide ſentiment, & le plus conforme au texte de la novelle, à la raiſon, & à l'équité. M. Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy Pape, page 155, dit, que l'inſtitution univerſelle de l'un des enfans, emporte en ſa faveur la portion virile, comme il a été jugé par arrêt du 23 juin 1670, rendu *conſultis claſſibus* : enſorte que la juriſprudence eſt certaine dans ce parlement. 15

A l'égard du parlement de Provence, M. Boniface, dans la ſuite de ſon recueil d'arrêts notables de la cour du parlement de Provence, tom. 3, liv. 1, tit. 28, chap. 1, rapporte pluſieurs arrêts, par leſquels il a été jugé, que la portion virile eſt acquiſe à celui des enfans qui a été inſtitué héritier par la mere, ſans aucune diſpoſition expreſſe. Dans le chapitre ſuivant, il rapporte un arrêt du 18 avril 1673, par lequel il a été jugé, que la portion virile eſt compriſe dans le legs fait à un fils par ſa mere, pour tous droits paternels, maternels, fraternels ou autres. L'auteur des maximes de Provence, page. 370, ſur la fin, dit, que dans ſon parlement la virile appartient à celui des enfans qui eſt inſtitué héritier, quoique la mere n'en ait pas diſpoſé en termes exprès. 16

* *Idem.* Au parlement de Bordeaux, ſuivant le témoignage de l'auteur des nouvelles notes ſur la Peyrere, lettre V. n. 76.

De la diſpoſition en faveur des étrangers.

Si l'on ſe regle par la novelle 22, ch. 20, il eſt certain que toutes les diſpoſitions, ſoit entre-vif, ou à cauſe de mort, faites au profit des étrangers, ne comprennent point ce genre de biens ſans une mention expreſſe. M. Cujas, ſur cette novelle, le dit en termes exprès *non per generalem inſtitutionem extranei.* M. Faber dans ſon code, *de ſec. nupt. def.* 7, eſt de même avis, auſſi-bien que Gudelinus, *de jure noviſſ.* 17

A l'égard de la juriſprudence des arrêts, ceux qui viennent d'être rapportés décident aſſez, que l'inſtitution faite au profit d'un étranger ne comprend pas cette portion, ſans une diſpoſition expreſſe. L'auteur des maximes du parlenent de Provence, chapitre 371, & Chorier, pag. 155, le diſent en termes exprès. Cependant Deſpeiſſes, dans l'endroit ci-deſſus cité, dit que non-ſeulement la portion virile appartient à celui des enfans, que le marié ſurvivant a inſtitué héritier ; mais auſſi à un étranger, s'il eſt inſtitué héritier. Boniface, dans l'endroit ci-devant cité, eſt de même avis ; il cite deux arrêts de ſon parlement, qu'il dit l'avoir ainſi jugé : mais ces arrêts ſont dans l'eſpéce d'une inſtitution faite au profit des enfans.

Il n'y a pas beaucoup de fondement à faire ſur le ſentiment de ces deux auteurs, ni ſur les arrêts qu'ils citent ou qu'ils rapportent : ſouvent ils les prennent à contre-ſens ; car ni l'un ni l'autre n'étoient pas fort employés, & ne fréquentoient guéres le barreau ; ainſi ils ne pouvoient pas ſçavoir par eux-mêmes la véritable eſpéce, ni les circonſtances ſur leſquelles ſont intervenus les arrêts dont ils parlent. Mais après tout, ces deux auteurs ne ſont peut-être pas tant à reprendre pour les fautes où ils ſont tombés, qu'à louer pour leur travail qui eſt immenſe : car il n'y a preſque aucune matiere dans la juriſprudence, qu'ils n'ayent traité. Je ſçai par expérience, que cela eſt très-difficile ; parce qu'il faut à tout moment changer d'idée & de principes. Pour bien faire, il faudroit qu'un auteur ne fût occupé à travailler qu'à une ſeule matiere ; car il y en a telle qui demanderoit la vie entiere d'un homme. Cependant, comme les auteurs ne ſont point gagés en France, & qu'il n'y a point de place pour eux dans le prytanée, ils ne peuvent travailler, 18

BIU Cujas

pour ainſi dire, qu'à leurs heures perdues, & par conſéquent il eſt impoſſible qu'ils faſſent jamais aucun ouvrage parfait.

D'ailleurs les livres ſont les ouvrages des hommes, ils ſe ſentent toujours de la corruption de la nature humaine, qui conſiſte dans l'ignorance & dans la concupiſcence : preſque tous les livres ſe reſſentent de ces deux défauts ; ſur-tout les livres de juriſprudence, parce qu'elle varie ſouvent ; ſoit que ce défaut ſoit naturel à tous les hommes, ou qu'il ſoit particulier à notre nation, que l'on taxe de légéreté. Mais aujourd'hui ce n'eſt plus un défaut, c'eſt une vertu ; l'on prétend faire honneur à une perſonne de dire qu'elle a l'eſprit léger, c'eſt-à-dire, vif, prompt, aiſé & facile ; mais ſi ce caractère d'eſprit fait honneur parmi les dames, il n'eſt pas propre pour faire des loix, dont la compoſition
19 demande un jugement ſolide & un eſprit profond ; elle deſire auſſi un cœur droit, & un eſprit dégagé de toute paſſion, & libre de toute prévention. Mais je m'apperçois que je tombe inſenſiblement dans le défaut que je reproche aux autres, en m'écartant de mon ſujet, par une diſſertation hors-d'œuvre.

20 Si un étranger eſt inſtitué héritier avec un des enfans, cette portion appartiendra entierement à l'enfant, & l'étranger n'y aura aucune part, ſans une déclaration expreſſe, ſuivant le § 2, du chap. 20 de cette même novelle.

21 Si la mere a inſtitué tous ſes enfans ou pluſieurs par portions inégales, ſans avoir donné à aucun en particulier ſa portion virile, ils la partageront tous également, quoique leur inſtitution ne ſoit pas égale, ſuivant le même paragraphe.

22 Si tous les enfans renoncent à la ſucceſſion de leur pere ou de leur mere, ou de tous les deux enſemble, ils ne laiſſeront pas d'avoir cette portion virile ; parce que pour l'avoir, il n'eſt pas néceſſaire que les enfans ſoient héritiers, ni de leur pere, ni de leur mere, non plus que pour avoir l'augment, *dabuntur hæc filiis honore præcipuo, licèt non fiant hæredes, aut patris, aut matris, aut utriuſque.*

Des droits des créanciers.

La quatrieme queſtion concerne le droit que les créanciers du pere & de la mere peuvent prétendre ſur cette portion.

23 A l'égard du pere, il faut diſtinguer entre les dettes par lui contractées avant ou après le mariage.

Pour raiſon des premieres, les créanciers du mari paſſent avant la femme, même dans les pays où la loi *aſſiduis* eſt ſuivie ; car dans cette loi Juſtinien ne donne à la femme hypothéque avant les créanciers du mari, antérieurs au contrat de mariage, que pour raiſon de la dot, & non pour la donation à cauſe de nôces, qui revient à l'augment, parce que c'eſt un gain & un avantage, *non enim pro lucro fovemus mulieres.*

Pour ce qui eſt des dettes contractées par le pere, depuis ſon mariage, elles ne font aucun préjudice à la portion virile, non plus qu'à l'augment ; enſorte que ſi le pere a aliéné les héritages qui y étoient ſujets, la femme & les enfans ſont en droit de les revendiquer, ſuivant le chap. 24 de la même novelle, ſur la fin.

A l'égard des dettes contractées par la mere, il faut pareillement diſtinguer : celles qu'elle a contractées avant ſon mariage, ne peuvent s'étendre ſur la virile ; parce que c'eſt un bien qui procéde du chef de ſon mari. Quant à celles contractées depuis ſon mariage, il faut encore diſtinguer : celles qu'elle a faites pendant la vie de ſon mari, ſéparément ou conjointement, ne donnent aucune atteinte à la virile, non plus qu'à l'augment ; parce que pendant la vie du mari le droit de la femme eſt incertain : car il faut qu'elle ſurvive pour gagner cette portion ; & par conſéquent elle n'a pû obliger une choſe qui ne lui appartenoit pas ; une ſemblable obligation, ſi elle comprenoit nommément
24 la virile, ſeroit contre les bonnes mœurs ; parce que la femme auroit prévu ou deſiré la mort de ſon mari, *hoc eſſet mali hominis.*

Après la mort du mari, la femme ayant par ſa ſurvivance gagné cette portion, elle peut valablement l'obliger à ſes créanciers, pourvu que ce ſoit par une obligation expreſſe, *ſi expreſſim obligaverit*, dit la novelle 22, chap. 20. Cela a été ainſi jugé par un arrêt célébre, rendu après une enquête par turbes, faite par un conſeiller de la cour en la ville de Lyon, lequel eſt rapporté par l'auteur dans ce livre 4, queſtion 55. Telle eſt auſſi la juriſprudence du parlement de Toulouſe, ſuivant les arrêts remarqués par M. Cambolas, liv. 6, ch. 18, & M. Graverol, ſur M. de la Rocheflavain, liv. 2, tit. 6, art. 6. Cependant Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 299, col. 2, dit que les créanciers ſes peuvent faire adjuger ladite portion, ſans une obligation expreſſe, comme il a été jugé en la chambre de l'édit de Languedoc, le 12 juillet 1628.

Il eſt vrai que cette juriſprudence a ſouvent varié au parlement de Toulouſe ; mais à préſent l'on juge certainement, qu'il faut une obligation expreſſe, ainſi que M. Catelan l'aſſure

l'assure dans l'endroit ci-dessus cité ; il dit qu'il l'a vu juger ainsi plusieurs fois, entre-autres par deux arrêts rendus en 1661. De même au parlement de Grenoble, suivant un arrêt du 24 mai 1686, cité par M. Chorier, sur la jurisprudence de Guy Pape, page 155, dans les notes, nomb. 2, à la fin.

La même raison qui a fait décider, que les créanciers de la femme n'ont aucun droit sur sa portion virile, sans une obligation expresse, porte à croire qu'elle peut l'abandonner à ses enfans, sans que ses créanciers, auxquels elle ne l'a pas obligée expressément, puissent y trouver à redire ; cela a été ainsi jugé au parlement de Toulouse par arrêt de 1678, dont M. Catelan fait mention, tom. 1, liv. 2, ch. 69, sur la fin. 25

A l'égard de la vente faite par la femme, après le décès de son mari, des héritages à elle donnés pour lui tenir lieu d'augment, la question est beaucoup plus difficile ; car la loi *hac edictali*, § 3, & la loi *si quis*, *cod. de sec. nupt.* permettent à la mere, qui est demeurée en viduité, de vendre & aliéner ce genre de biens à sa volonté ; & ces loix en cela n'ont point été corrigées par la novelle 22. C'est le sentiment de l'auteur dans les questions 55 & 106 de ce livre 4, où j'ai fait plusieurs observations, que le lecteur prendra la peine de voir s'il lui plaît. 26

De la prescription.

La cinquiéme question consiste à savoir, si les tiers-acquéreurs des biens du mari peuvent prescrire l'hypothéque que la femme a sur les biens de son mari, pour raison de cette portion. 27

Il faut distinguer entre les acquéreurs des biens du mari, avant ou après son mariage. A l'égard de ceux qui ont acquis avant le mariage, il n'y a pas de doute qu'ils peuvent prescrire, puisqu'ils ont une hypothéque antérieure à celle de la femme, comme il a été dit ci-dessus. Quant à ceux qui ont acquis depuis le mariage, il faut encore distinguer entre ceux qui ont acquis pendant la vie du mari ou depuis son décès. A l'égard des premiers, ils ne peuvent point prescrire ; car c'est un principe certain, établi par la loi *cùm notissimi*, § 4, que la prescription ne court point contre la femme pendant le mariage, tant par rapport à sa dot, que pour raison de la donation à cause de nôces. Cette maxime doit avoir lieu, quoique la femme ait parlé au contrat de vente, & qu'elle ait renoncé à ses hypothéques en faveur de l'acquéreur ; parce qu'on ne peut renoncer à un droit qui n'est pas encore acquis, & qui ne peut être ouvert que par la mort d'une autre personne.

Après le décès du mari, il faut encore distinguer s'il y a des enfans vivans, ou s'il n'y en a point. S'il n'y a point d'enfans, l'aliénation étant valable, la prescription doit avoir son cours ; mais quand il y a des enfans, la difficulté est plus grande : car la propriété de la portion virile que la mere a dans l'augment, est incertaine pendant toute sa vie, puisqu'elle dépend d'une condition qui ne peut être accomplie qu'après son décès ; savoir si elle demeurera toujours en viduité : car si elle passe en secondes nôces, ce qu'elle peut faire jusqu'au dernier moment de sa vie, elle perd cette propriété incommutablement, & sans espérance de la recouvrer après le décès de son second mari. Enfin si la mere qui demeure en viduité ne dispose pas expressément de cette portion, elle demeure confondue dans l'augment, & la mere est présumée n'y avoir jamais eu aucun droit ; cependant il a été jugé en faveur de la prescription, par un arrêt du 5 juin 1647, rapporté par l'auteur, sur la quest. 108 de ce livre 4. 28

Le contraire a été jugé au parlement de Provence, par un arrêt du 14 juin 1675, rapporté par M. Boniface, dans la suite de son recueil, tom. 2, liv. 9, tit. 1, ch. 15 : par cet arrêt le fils aîné, à qui la mere avoit fait donation des biens de son mari, dont elle étoit héritiere, fut débouté de la fin de non-recevoir qu'il opposoit à ses freres, qui demandoient leur part des gains nuptiaux, quoiqu'il eût joui des biens de son pere pendant plus de trente ans, depuis la donation à lui faite jusques au décès de sa mere. 29

La différence que l'on peut trouver entre ces deux arrêts, est que celui rapporté par notre auteur a été rendu au profit d'un tiers-acquéreur ; & celui rapporté par Boniface a été rendu contre un fils donataire : mais cette différence est inutile ; car suivant la loi pénultiéme, au code, *de præscript. long. temp.* il n'y a aucune différence, quant à la prescription entre les donataires & les acquéreurs.

De la quotité de la virile.

La sixiéme question regarde la quotité de cette portion. * Nous avons dit ci-dessus que c'est une portion de l'augment égale à celle d'un des enfans. Ici nous examinons le tems qu'il faut considérer pour régler la virile de la mere. 30

BIU Cujas

M. du Perrier, dans ſes queſtions notables de droit, liv. 2, queſt. 24, traite la queſtion fort doctement à ſon ordinaire. Il ſe détermine à dire, qu'il faut s'arrêter au tems de la mort de la mere; parce qu'auparavant l'on ne peut pas ſavoir ſi elle perſéverera en viduité juſqu'à ſon décès. Sur ce principe il décide que la part des enfans qui décédent,
31 accroît également à la mere & aux autres enfans. M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 54, eſt du même ſentiment; il rapporte un arrêt du 24 mars 1665, qui l'a ainſi jugé. Sur la fin il fait mention d'un autre arrêt, qui a jugé que quand la mere ſe fait religieuſe, ſa portion virile doit être réglée par rapport au nombre des enfans qui ſont vivans, lors de ſa profeſſion, & que la part de ceux qui décédent enſuite, ne lui accroît point.

Du partage de la virile entre les enfans.

La ſeptiéme queſtion regarde le partage de la virile entre les enfans de différens lits.
32 La loi *cùm aliis 4, de ſec. nupt.* veut que la mere conſerve aux enfans de chaque lit ce qu'elle a eu de leur pere, comme étant un bien paternel; *quod mulier mariti largitate percepit., id ex eo tantum liberi conjugio procreati ſibi ſpeciale, tanquam paternum noverint patrimonium vindicandum.* La diſpoſition de cette loi eſt confirmée par le ch. 29 de la novelle 22, elle eſt auſſi ſuivie par la juriſprudence des arrêts du parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de M. d'Olive, liv. 3, ch. 19. * Mais cela doit s'entendre, au cas que la mere n'ait pas diſpoſé expreſſément de la virile.

Si la virile fait part de la légitime maternelle.

33 La derniere queſtion conſiſte à ſavoir, ſi la virile entre dans la compoſition de la légitime maternelle. M. d'Olive, au même endroit, dit qu'elle n'y entre pas. Je l'ai ainſi décidé dans une conſultation faite avec M. Sonnet & M. Sever, & cela dans la famille de l'auteur; voici l'eſpéce. Dame Catherine Henrys fut mariée avec Michel Chapuis,
34 écuyer, ſeigneur de Villette; de ce mariage ſont iſſus pluſieurs enfans, mais au jour du décès de la mere qui avoit ſurvêcu ſon mari, il n'y avoit que deux enfans vivans, ſavoir un fils & une fille. Par le contrat de mariage du fils, ſa mere lui avoit fait une donation univerſelle de tous ſes biens, & nommément de ſa portion virile; après ſon décès il y eut conteſtation entre le frere & la ſœur. La ſœur prétendoit que pour compoſer ſa légitime dans les biens de ſa mere, il falloit y faire entrer la portion virile, qui devoit être conſidérée comme faiſant partie des biens de la mere. Nous fûmes d'avis que la prétention de la ſœur n'étoit pas dans les régles, parce que quoique la portion virile appartienne à la mere, qui ne ſe remarie pas, elle retient pourtant toujours la qualité d'un bien paternel, parce qu'elle procéde du pere; ou plutôt c'eſt un troiſiéme genre de biens qui n'eſt ni paternel ni maternel, & que les enfans peuvent avoir, ſans être héritiers ni de leur pere ni de leur mere. M. Dugué, qui remplit très-dignement la place de notre auteur, m'a fait l'honneur de m'écrire qu'il étoit de mon avis, & les parties y ont acquieſcé.

Depuis j'ai vu cette queſtion amplement & doctement traitée dans le recueil des arrêts de M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 74, il rapporte un arrêt rendu à ſon rapport le 5 mars 1659, qui a jugé que la virile gagnée par la femme, n'entre pas dans la légitime des enfans du premier ou du ſecond lit, & qu'elle appartient pour le tout à celui des enfans au profit duquel la mere en a diſpoſé, à l'excluſion des autres. J'avoue que j'ai une grande ſatisfaction de m'être trouvé de l'avis d'un magiſtrat auſſi conſommé.

35 Il ne reſte plus qu'à remarquer, que tout ce qui a été dit de la virile de la mere, peut s'appliquer à la part que le pere gagne dans la dot ou dans l'augment, quand cela a été ainſi ſtipulé par le contrat de mariage, ainſi que cela ſe pratique ſouvent dans les pays de droit écrit. En effet la loi *hac edictali*, § 3, la loi *ſi quis*, § 1, *de ſec. nupt.* la novelle 22, chap. 20, § 1 & 2 donnent le même droit au pere qu'à la mere; & enfin la novelle 127, chap. 3, attribue expreſſément une portion virile au pere comme à la mere, *hæc vero valere, non in matribus ſolis jubemus, ſed etiam in patribus.* Dans la cou-
36 tume de Toulouſe, le mari ſurvivant gagne une portion virile ſur la dot de ſa femme, laquelle ſe régle ſuivant les mêmes principes que la virile que la femme gagne dans l'augment, ſuivant les arrêts rapportés par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 9, 28 & 29.

37 Voilà bien des queſtions inutiles, car en bonne juriſprudence, la portion virile que la loi attribue au pere ou à la mere qui demeure en viduité, leur doit appartenir en propriété; avec la liberté entiere d'en diſpoſer comme de leurs autres biens.

38 Voilà une belle occaſion & bien facile au roi, de ſignaler ſon zele pour la juſtice & pour le repos de ſes ſujets; d'un ſeul coup de plume, il peut, en rétabliſſant les

BIU Cujas

choſes dans les régles, couper la racine à un nombre infini de procès, & s'acquérir par ce moyen mille bénédictions & une gloire immortelle : car la voie la plus ſure pour ſe faire un nom éternel, c'eſt de faire de bonnes loix. L'exemple de l'empereur Juſtinien, dont le nom retentit tous les jours dans les écoles & dans les tribunaux, en eſt un gage infaillible.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

A L'exemple de M. Henrys, j'ai varié ſur la queſtion de la portion virile ; j'ai cru après lui, que la mere pouvoit en diſpoſer comme de ſes autres biens, ſans aucune cérémonie : depuis ayant examiné la choſe avec plus d'attention, je crois qu'il faut s'en tenir à l'opinion commune, qui eſt que les diſpoſitions de la mere, de quelque nature qu'elles ſoient, ne comprennent pas ſa portion virile, ſans une mention expreſſe & ſpécifique. Ce qui m'a engagé à changer de ſentiment, n'eſt pas ſeulement l'autorité des choſes jugées, mais la raiſon de la loi.

Suivant les loix du code, le ſurvivant des conjoints qui ne ſe remarioit pas, avoit la liberté entiere de diſpoſer des gains nuptiaux à ſa volonté, & de la même maniere que de ſes autres biens. Juſtinien par ſa novelle 22, chap. 20, lui a conſervé cette faculté, pourvû toutefois qu'il en diſpoſe par une diſpoſition expreſſe. *Placuit enim nobis per præſumptionem, quia pater dum vivens non alienaverit, aut expreſſim obligaverit harum rerum, aut moriens non expreſſim in alium tranſpoſuerit ; voluerit magis ſervare filiis, tanquam ex cauſa illorum ſibimet acquiſitas, & non ad extraneos deducere.*

Le même empereur, par ſa novelle 98, ch. 1, traite les pere & mere qui ne ſe remarient pas, de la même maniere que ceux qui ſe remarient ; il les réduit tous à un ſimple uſufruit, il veut que la propriété ſoit conſervée aux enfans : *Propterea igitur ſancimus ſi mulier moriatur, & eveniat lucrum fieri viro, dotem hanc omnino ſervare filiis, ſive ad ſecundas veniat nuptias, ſive etiam non, & ex diverſo ſi mortuus fuerit ; mulierem antenuptialis donationis lucra propriis filiis ſervare : uſum quidem lucrorum ex nuptiis apud eos conſtitutum, proprietatem verò eorum filiis ſervandam.*

Mais depuis ayant conſideré que le ſurvivant des conjoints, qui demeure en viduité, mérite plus de faveur que celui qui paſſe à de ſecondes nôces ; il lui a accordé par ſa novelle 127, chap. 3, une portion égale à celle d'un des enfans en toute propriété. *Habere verò eam & proprietatis tantùm, quantùm filiorum quantitas faciat, ut ſecundum proprietatis rationem unius & ipſa filii perſonam obtinere videatur.*

M. Henrys ſe fonde ſur les paroles de cette novelle, pour décider que la mere a la liberté de diſpoſer de ſa portion virile comme bon lui ſemble ; & moi je crois qu'à bien prendre le ſens de ces paroles, elles ne permettent pas à la mere de diſpoſer de cette portion à ſa fantaiſie. 1° Parce que, ſuivant les dernieres paroles, la mere doit diſpoſer de ſa portion comme les enfans : or les enfans ne peuvent diſpoſer de leur portion dans l'augment, que par une diſpoſition expreſſe. 2°. Juſtinien en accordant une portion virile au ſurvivant qui ne ſe remarie pas, n'a pas dérogé à ſa novelle 22, par laquelle il n'accorde au ſurvivant la liberté de diſpoſer des gains nuptiaux, que par une diſpoſition expreſſe. 3°. Ce qui me frappe davantage, c'eſt le motif de la novelle 22. *Si non expreſſim diſpoſuerit, voluerit magis ſervare filiis, tanquam ex cauſa illorum ſibimet acquiſitas, & non ad extraneos deducere.* Cette préſomption, qui eſt naturelle, milite auſſi-bien pour une portion comme pour le tout.

Il faut pourtant excepter de cette régle l'inſtitution d'héritier univerſel en faveur de l'un des enfans ; elle comprend la portion virile, quoiqu'il n'en ſoit pas fait une mention expreſſe, ainſi que je l'ai remarqué dans ma premiere obſervation.

La novelle 127, ch. 3, à la fin, attribue au pere qui ne ſe remarie pas une portion virile auſſi-bien qu'à la mere : la novelle 85 de l'empereur Léon dit la même choſe : *ut patres qui nuptias non iterant, unius liberorum portionem capiant.*

Dans mes précédentes obſervations j'ai établi, que les créanciers de la mere n'ont aucun droit ſur ſa portion virile, ſans une obligation expreſſe, & je crois que cela eſt certain ; cependant depuis j'ai vu dans les nouvelles notes ſur Lapeyrere, lett. V, nomb. 76, une note qui dit que cette virile eſt ſujette au payement des dettes, & que les créanciers ſont en droit de la vendiquer pour être employée à leur payement.

Le même auteur dit, que les enfans qui ſont réduits à la légitime, ſont en droit de demander que la virile ſoit miſe dans la maſſe pour compoſer leur légitime.

BIU Cujas

DE LA PROHIBITION DE LA LOI JULIA, de fundo dotali non alienando.

QUESTION CENT-QUARANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans le tome premier l'auteur a établi, que la femme peut obliger ſa dot.*
2. *Le contraire depuis jugé.*
3. *L'uſage a beaucoup de force, & l'on a de la peine à s'en départir.*
4. *Raiſons & autorités, pour montrer que l'on ne doit pas permettre aux femmes d'obliger & aliéner leurs biens dotaux.*
5. *La prohibition de la loi* Julia *a été étendue par Juſtinien à la donation, à cauſe de nôces.*
6. *Arrêt du 7 ſeptembre 1654, qui juge que l'obligation de la femme pour raiſon de ſa dot, n'eſt pas valable.*
7. *Arrêt ſur requête civile, qui juge que nonobſtant les obligations contractées par la femme pendant le mariage, elle jouira de ſa dot, de ſon augment & intérêt.*
8. *Oppoſition de l'auteur à l'acte de notoriété, demandé & délivré dans ſon ſiége, portant que la femme peut obliger ſa dot.*
9. *Des différences, entre le juriſconſulte Velleïen, & la loi* Julia, de fund. dot.
10. *Arrêt du 18 mai 1657, ſur la requête civile ci-deſſus, dans ſon entier.*
11. *Autre arrêt ſur requête civile, du 13 juillet 1658, qui confirme la loi* Julia, de fund. dot.

QUESTION CXLI.

La prohibition de la loi Julia, de fundo dotali non alienando, *de rechef agitée, & confirmée par arrêt.*

1 DANS ce livre 4, queſtion 8, nous avons rapporté quelques arrêts qui ſemblent avoir jugé qu'en pays de droit écrit, & nonobſtant la prohibition de la loi *Julia*, la femme pouvoit engager ſon bien dotal : qu'elle peut valablement s'obliger & qu'au défaut de prouver qu'elle ait été contrainte, l'aliénation ou l'obligation doit ſubſiſter. Nous ne voulons pas répéter ici ce que nous avons dit *in utramque partem ;* & loin d'affecter les redites, nous ne tendons qu'à achever un travail qui nous mine.

Mais parce que depuis l'impreſſion de notre recueil, le ſieur Brodeau, ſur M. Loüet, en la lettre D, nombre 12, aſſure poſitivement que la femme ne peut pas vendre ni engager ſon bien dotal : que ſi ſon obligation eſt valable, ce n'eſt que pour être exécutée ſur les biens paraphernaux, & que c'eſt de la ſorte que ſe doivent entendre les arrêts que nous avons rapportés, nous ſommes obligés de dire, qu'en effet la queſtion ayant été de rechef agitée,
2 & à Lyon & au parlement, il y a eu arrêt au profit de la veuve Mamejan, par lequel la Cour a jugé qu'elle n'avoit pas pu obliger ſes biens dotaux.

S'il en falloit demeurer là, il n'y auroit plus ſujet d'en douter ; mais nous ſommes encore obligés d'avertir le lecteur de ce qui nous a été aſſuré par les plus fameux avocats de Lyon : que comme cet arrêt eſt contre l'uſage, on n'eſtime pas qu'il ſoit ſuivi. Qu'en effet, & pour empêcher qu'on ne s'y arrête, on a fait acte de notoriété au préſidial de Lyon, contraire à la déciſion de cet arrêt. C'eſt parce qu'il nuit au commerce, ainſi qu'on prétend ; & qu'à préſent, les dots des femmes étant immenſes, on ne peut ſûrement contracter avec un mari, que la femme ne s'oblige, & les femmes n'ayant communément aucuns biens paraphernaux, ni adventifs, leur obligation ſeroit inutile, ſi leur dot étoit inaliénable.

C'eſt ainſi que l'uſage a beaucoup de force, & 3
que s'étant établi, il y a peine de s'en départir. Mais lorſqu'on n'introduit rien de nouveau, & qu'on ſe range ſeulement au droit ancien, ce retour ſemble favorable, même s'il eſt vrai que *interſit Reipublicæ mulieres dotes ſalvas habere.* A cauſe même qu'en cas de déroute des affaires du mari, la dot d'une femme eſt pour lui & pour les enfans une table du naufrage. Quoi qu'il en ſoit, il vaut mieux ne pas ſe fier ſur l'obligation d'une femme, que de ſe mettre au haſard de perdre la dette.

An uxor poſſit ſe obligare cum marito in eodem 4
inſtrumento, vide Andræam Gail, lib. 2 *practicar. obſerv. cap.* 89.

Monſieur Expilly, en ſes arrêts, chap. 123, cotte un arrêt du parlement de Grenoble, qui a caſſé la vente du fonds dotal.

Franciſcus de Tonduti, lib. 2 *reſolution. cap.* 40, *tract. de donatione fundi dotalis à muliere factâ*, remarque qu'en France la *loi* 1 *de fundo dotali eſt partim abrogata*, & décide enſuite, qu'encore que la femme ne puiſſe pas aliéner ſon fonds dotal, elle le peut pourtant par dépendance, & *cum univerſitate bonorum.*

Au reſte, enſuite de cet acte de notoriété du ſiége de Lyon, il y a eu requête civile, préſentée contre l'arrêt. Mais on nous a aſſuré que les créanciers en ont été déboutés, & l'on nous a fait eſpérer l'un & l'autre arrêt pour le donner au public. On en murmure dans Lyon, & on dit que cela nuit au commerce ; mais à dire vrai, la loi y étant ſi expreſſe, & n'y ayant point été dérogé par aucune ordonnance ni loi contraire, il n'y a pas ſujet

BIU Cujas

de ſe plaindre, ſi la cour confirme notre droit municipal.

Que s'il faut recourir à la raiſon, il y a plus d'apparence d'ôter aux femmes le pouvoir de vendre, ou d'engager leurs biens dotaux, que de leur le laiſſer. Outre cette regle générale, qui veut que le public s'intéreſſe à la dotation des femmes, il eſt notoire que c'eſt un avantage commun aux familles, que y arrivant de la diſgrace & de la déroute, il y ait quelque reſſource pour la femme & pour les enfans : que celle qui aura apporté une bonne dot ne ſoit pas réduite à mandier l'aſſiſtance de ſes proches : que ceux-ci, qui avoient eu une naiſſance avantageuſe, ne ſoient pas néceſſités de chercher leur pain. Bref, que dans un naufrage, il leur reſte quelque table de ce débris.

C'eſt de quoi les créanciers ne peuvent pas ſe plaindre; ils ont ſuivi la foi du mari, ils ont ſçu qu'il avoit une femme, & qu'il s'étoit chargé de ſa dot, ils ont dû prendre leurs meſures, & chercher leurs aſſurances, & s'ils ne l'ont fait, ils s'en doivent imputer la faute. Que s'ils ſe ſont aſſurés ſur l'obligation de la femme, ils ont pu apprendre que c'étoit un appui auſſi foible que ſon ſujet, & que ſe pouvant faire relever, ils doivent en appréhender l'événement.

Nous ajoûterons, que quand la femme n'en reclameroit pas par le bénéfice de la loi, & comme étant ſa dot inaliénable, elle tâcheroit de le faire par une autre voye, en vérifiant une eſpece de contrainte. Cela eſt aſſez commun, & il ſuffit de prouver qu'avant le contrat, on a vu pleurer la femme, on lui a vu donner un ſoufflet, pour inférer de-là qu'elle a été comme forcée. Deux ou trois domeſtiques, & quelques voiſins en peuvent porter témoignage; même le mari & la femme peuvent ſe ſervir de cet artifice à mauvais deſſein, & par une prétention frauduleuſe.

N'y ayant donc rien d'aſſuré, il vaut mieux qu'abſolument la femme ne puiſſe pas obliger ſes biens dotaux, & que par ce moyen les créanciers ne ſoient point trompés, & s'aſſurent autrement.

5 Cette prohibition de la loi *Julia* a été étendue par Juſtinien, *ad donationem antenuptialem vel propter nuptias*, en ſa novelle 61, *quod enim ſemel vinculo ſponſalitiæ largitatis obligatum eſt, non erit conveniens alienari, ne res litibus egeat, dum ex hoc ipſo mulier ſit adjuvanda*; & l'empereur ajoûte, pour raiſon, qu'il eſt aiſé au mari, par le pouvoir qu'il a ſur la femme; de lui faire conſentir ce qu'il veut d'elle. *Mulier quippe mariti ſeductionibus facilè decipitur*; & c'eſt en ce cas qu'il eſt vrai de dire, que *hamati ſermones pro vi habentur*, & que *plus eſt perſuadere quàm cogere*.

A quoi ne peut faire préjudice ce que l'empereur Anaſtaſe a dit *in l.* 21, *C. ad Velleianum*; car comme dit Juſtinien en la même novelle, *quando lex Anaſtaſiana loquitur de conſentientibus mulieribus, vel ſuo juri renunciantibus*, elle ſe doit entendre *in rebus mariti, vel dotis quidem æſtimatis, in quidus dominium & periculum mariti eſt.* Mais il y a toujours ſujet de douter, à cauſe de l'hypothéque qu'a la femme, & à laquelle elle ne peut pas valablement renoncer, *ne fragilitate ſuæ naturæ in repentinam deducatur inopiam*, ainſi qu'il eſt dit *in l. unica*, § *& cùm lex C. de rei uxoriæ actione.*

S'enſuit la teneur dudit arrêt, au profit de la femme dudit Mamejan.

6 Comme de la ſentence donnée par le juge gardien conſervateur des priviléges royaux des foires de notre ville de Lyon le 10 février 1646, entre Laurent & Pierre Mamejan, marchands audit Lyon, & y négocians ſous leſdits priviléges, demandeurs en homologation de contrat d'accord, du 17 mai 1645, d'une part, & Euſtache Rouviere, bourgeois dudit Lyon, & Catherine Dantoine ſa femme, & autres créanciers deſdits Mamejan, défendeurs, d'autre : par laquelle, entr'autres choſes, leſdits Rouviere & autres créanciers auroient été condamnés d'entrer audit contrat d'accord, fait ledit jour 17 mai 1645, icelui ſouſcrire & ſigner; à ce faire ſeroient contraints par corps, nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques & ſans préjudice d'icelles; ce faiſant, ledit contrat auroit été approuvé, autoriſé & homologué; ordonné qu'il ſeroit enregiſtré au greffe de la juſtice dudit juge conſervateur, pour y avoir recours en tems & lieu, & leſdits Mamejan, & tous leurſdits créanciers, tant ſouſcrits auxdits contrats, que refuſans, condamnés l'entretenir ſelon ſa forme & teneur : & leſdits Mamejan payer à tous leurs créanciers les ſommes à eux dûes, ſans aucun change ni intérêt; ſçavoir, la moitié de la totalité deſdites dettes, en ſix payemens égaux, le premier commençant quinze mois après la prononciation de ladite ſentence; & ainſi continuer de 15 mois en 15 mois, & l'autre moitié 3 années après le dernier payement, & à faute de ſatisfaire par leſdits Mamejan audit premier terme, permis auxdits créanciers de les faire contraindre pour tous les autres payemens qui ſe trouveroient dûs, avec défenſes à tous leſdits créanciers, tant ſouſcrits audit contrat, que refuſans, contraindre ni faire contraindre leſdits Mamejan en leurs perſonnes & biens hors le tems, termes & conditions portées par ledit contrat & par ladite ſentence, à peine de chacun contrevenant de perte de ſa dette, dépens, dommages & intérêts deſdits Mamejan & des créanciers acquieſçans, & de ſix mille livres d'amende; & à tous huiſſiers ou ſergens, & autres exécuteurs de mandemens de juſtice, de faire leſdites contraintes, & aux geoliers les recevoir en leurs priſons, à peine de ſuſpenſion de leurs charges, & de pareilles amendes; pour leſquelles amendes ſeroit exécutoire délivré, nonobſtant oppoſitions & appellations quelconques, & ſans préjudice d'icelles, & main-levée faite auxdits Mamejan de leurs livres, papiers, marchandiſes, meubles & autres effets ſur eux ſaiſis; & pour les leur délivrer ſeront tous gardiens & ſequeſtres contraints, comme dépoſitaires de biens de juſtice, auxquels ladite ſentence avec quittance deſdits Mamejan ſerviroient de bonne & ſuffiſante décharge; & ſeroit ladite ſentence, en ce qui concernoit ladite main-levée, exécutée par proviſion à caution, en cas d'appel, nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques, & ſans préjudice d'icelles, ſuivant les us, rigueur & priviléges de ladite juſtice dudit juge conſervateur, ſans dépens : Eût été appellé à notre cour de parlement, en laquelle parties ouies en leur cauſes d'appel, & le procès par écrit, conclu & reçu pour juger entre ladite Dantoine, veuve dudit Rouviere, curatrice d'Euſtache Rouviere ſon fils, & dudit défunt, appellante de ladite ſentence, d'une part, & ledit Laurent Mamejan, intimé d'autre; & ſi bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullités, & production nouvelle de ladite appellante qu'elle pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance; auxquels griefs & prétendus moyens de nullité ledit intimé pourroit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens de ladite appellante : Joint les appellations verbales, interjettées par ledit Laurent Mamejan des ordonnances

BIU Cujas

& ſentences rendues par notre ſénéchal dudit Lyon, ou ſon lieutenant, les 27 juillet & 3 août 1647, portant permiſſion de ſaiſir, & que le commiſſaire aux ſaiſies réelles enregiſtreroit la ſaiſie faite à la requête de ladite Dantoine, des fonds & héritages dudit Mamejan, & à elle permis de pourſuivre le payement de ſon dû; & encore de lad. ſaiſie réelle, & de tout ce qui s'en ſeroit enſuivi, ſur leſquelles les parties auroient été appointées au conſeil, écrire par mêmes griefs, réponſes & produire, & joint aux autres appellations d'autres créanciers dudit Laurent Mamejan, de ladite ſentence du 10 février 1646; icelui procès vu, griefs, réponſes, requête du 12 février 1653, par laquelle ladite Dantoine, pour production nouvelle & moyens de nullité auroit employé ledit procès: autre requête dudit Mamejan du 9 avril dernier, employée pour cauſe d'appel, forcluſions d'y répondre, production des parties: arrêt du 7 ſeptembre 1648, entre ledit Laurent Mamejan, appellant du bail judiciaire de quatre maiſons ſiſes en notredite ville de Lyon, à lui appartenantes, d'une part, & ladite Dantoine, audit nom, intimée, d'autre, par lequel, entr'autres choſes, les parties auroient été appointées au conſeil; bailler cauſes d'appel, réponſes & produire, productions de ladite Dantoine, forcluſions de fournir cauſes d'appel, & produire par ledit Mamejan: inſtance entre ladite Dantoine, aud. nom, demandereſſe aux fins de la commiſſion du 30 octobre 1646, à ce que Cécile le Feron, femme ſéparée de biens dudit Mamejan, fut tenue intervenir au procès d'entre leſdits Mamejan & leſdits créanciers, pour raiſon de l'homologation dudit contrat d'accord fait entr'eux, à l'effet de demander la préférence ſur les meubles & effets dudit Mamejan, juſqu'à la concurrence de ſadite conſtitution de dot & conventions matrimoniales; ſinon, & à faute de ce faire, ladite Dantoine fût déchargée du cautionnement fait par ledit défunt Rouviere envers ladite Feron, par ſon contrat de mariage du 14 novembre 1637, d'une part, & ladite Feron, défendereſſe, d'autre: appointement en droit, productions des parties, contredits d'icelles, ſuivant l'arrêt du 12 décembre dernier; arrêt du 15 février 1651, par lequel leſdites appellations d'autres créanciers dudit Mamejan, interjettées de ladite ſentence du 10 février 1646 auroient été disjointes deſdites appellations & inſtances concernant ladite Dantoine: autre arrêt du premier juin 1652, entre ladite Dantoine, audit nom, demandereſſe en requête du 21 mars précédent à ce que l'inſtance de ſaiſie, pendante pardevant ledit juge conſervateur, entre elle & ladite Feron, Daniel Fournerie, Nicolas Mortelet & Mathurin Paris, fût évoqué, d'une part, & leſdits Feron, Fournerie, Mortelet & Paris, défendeurs, d'autre; par lequel ladite inſtance avoit été évoquée; & ordonné que les parties viendroient procéder en notredite cour, ſuivant les derniers erremens, & leſdites parties appointées à produire & ouir droit, comme devant. Productions deſdits Dantoine, Mortelet & Feron: contredits par eux fournis, ſuivant ledit arrêt du 12 décembre dernier; forcluſions de produire & contredite par leſdits Fournerie & Paris: Inſtance entre Jean Bouvarle, marchand de Rhetel, demandeur en ſaiſie & arrêt fait à ſa requête, en vertu de commiſſion dudit juge conſervateur, entre les mains de ladite Dantoine le 14 janvier 1651, de toutes & chacunes les ſommes de deniers, effets & facultés qu'elle avoir en ſon pouvoir, devoit ou pourroit devoir, pour quelque cauſe & occaſion que ce fût, à ladite Feron & audit Marmejan, d'une part; & ladite Dantoine, audit nom, demandereſſe, d'autre: appointement en droit, après que par arrêt du 23 mai 1652, ladite inſtance de ſaiſie auroit été révoquée en notredite cour: production & contredits des parties, ſuivant ledit arrêt du 12 décembre dernier: arrêt du 23 décembre audit an 1652, entre ledit Mamejan, appellant, en adhérant aux publications faites en ladite ſénéchauſſée de Lyon, des loyers & revenus deſdites maiſons, baux judiciaires, & de tout ce qui s'en ſeroit enſuivi, d'une part; & ladite Dantoine, audit nom, intimée, d'autre; par lequel les parties auroient été appointées au conſeil, bailler cauſes d'appel, réponſes & productions: requête dudit Mamejan, du 9 avril dernier, employée pour cauſes d'appel, forcluſions d'y répondre, productions des parties: requête de ladite Dantoine, du 4 mai dernier employée pour contredits, ſuivant ledit arrêt du 12 décembre dernier, déclaré commun; forcluſions d'en fournir par ledit Mamejan: autre arrêt du 15 mars 1658, entre ledit Bouvarlet, demandeur en requête du 4 dudit mois, en ce qu'il fût reçu partie intervenante en ladite inſtance d'entre ladite Dantoine & ladite Feron, & leſdites Dantoine & Feron, défendereſſes, d'autre; par laquelle ledit Bouvarlet auroit été reçu partie intervenante en ladite inſtance, bailler moyens d'interventions, réponſes; & ladite Feron, requête de ladite Dantoine, employée pour réponſes, productions deſdits Bouvarlet & Feron: requête du 27 dudit mois de mars, par laquelle ladite Dantoine, pour production, auroit employé l'inſtance principale, jointe audit procès, & ce qu'il y auroit été écrit & produit: contredits deſdites Dantoine & Feron, ſuivant ledit arrêt du 12 décembre, déclaré commun, forcluſion d'en fournir par ledit Bouvarlet: deux inſtances entre ledit Bouvarlet, demandeur en requête du 23 mars 1653, à ce qu'il fût ordonné avec leſdits Feron & Dantoine, que ſur la ſomme de trente-deux mille cinquante-quatre livres quatre ſols de dot, apportée par ladite Feron audit Mamejan ſon mari, par ſon contrat de mariage du 14 novembre 1637, à la caution dudit Rouviere, ledit Bouvarlet, comme créancier de ladite Feron, ſaiſiſſant & arrêtant entre les mains de ladite Dantoine, par les exploits des 14 janvier 1651, & 24 mai 1652, ſeroit payé de la ſomme de treize mille ſix cens trente livres, intérêts d'icelle échûs & à écheoir, frais & dépens: à ces fins, ladite Dantoine, en ſon nom, & comme tutrice des enfans dudit défunt & d'elle, contrainte par toutes voyes dûes & raiſonnables; ce faiſant, en demeureroit d'autant quitte envers ladite Feron, & icelle Feron envers ledit Bouvarlet, d'une part, & leſdites Feron & Dantoine, audit nom, défendereſſes, d'autre: appointement en droit, production deſdits Bouvarlet & Feron: requête de ladite Dantoine, du 17 juin 1653, employée pour production: autre requête de ladite Feron, du 26 juin dernier, employée pour contredits, ſuivant ledit arrêt du 12 décembre dernier, déclaré commun: forcluſion d'en fournir par leſdits Bouvarlet & Dantoine, arrêt du 23 août audit an 1653, entre Jean Maillefer, marchand demeurant à Reims, créancier deſdits Laurent Mamejan & Feron, demandeurs en requête du 19 dudit mois, à ce qu'il fût reçu partie intervenante audit procès, d'une part; & leſdits Feron, Dantoine, Bouvarlet & Mortelet, défendeurs, d'autre; par lequel ledit Maillefer auroit été reçu partie intervenante audit procès, bailler moyens d'interventions, réponſes, & produire: requête dudit Maillefer, du premier ſeptembre 1653, employée pour moyens d'inter-

BIU Cujas

ventions : autres requêtes desdits Dantoine & Bouvarlet, employées pour réponses : productions par eux & ledit Maillefer, faites sur lesdites interventions : contredits desdits Feron, Dantoine & Bouvarlet, suivant ledit arrêt du 12 décembre : forclusions de répondre à ladite requête, bailler moyens d'interventions, produire & contredire par ledit Mortelet : autre arrêt du 24 janvier 1654, entre ladite Feron, demanderesse en requête du 21 dudit mois, à ce qu'elle fût tenue pour bien relevée, sur les appellations par elle interjettées des sentences & exécutoires donnés par ledit juge conservateur, des 12 & 29 mars & 4 mai 1650 ; & d'autre sentence donnée par les juges-consuls en notre ville de Paris, le 6 mars 1652, ensemble de l'ordonnance, portant permission de saisir, décernée par le conservateur le 24 mai 1652, & des exploits de saisies faites ès mains de ladite Dantoine, le quatorze janvier mil six cent cinquante-un, & ledit vingt-quatre mai mil six cent cinquante-deux, & défendereſſe, d'une part ; & ledit Bouvarlet, défendeur & demandeur en requête du vingt-troisiéme jour dudit mois de janvier, à ce que lad. Feron fût condamnée aux dépens, frais & mises exécutoires faits par led. Bouvarlet, depuis & en exécution desdites sentences, juqu'au jour de l'appel interjetté par ladite Feron, & aux dépens, d'autre ; par lequel, & sur ladite demande, les parties auroient été appointées en droit ; & sur lesdites appellations au conseil, bailler causes d'appel, réponses & produire sur le tout, joint les prétendues fins de non-recevoir, défenses au contraire : réquête de ladite Feron, du 4 février dernier, employée pour causes d'appel : réponses & fin de non-recevoir dudit Bouvarlet : requête de ladite Feron, employée pour réponse ausdites fins de non-recevoir : productions des parties, tant sur lesd. appellations, que demande, contredits de ladite Feron, suivant l'article du 12 décembre dernier, déclaré commun : forclusion d'en fournir par Bouvarlet : autre arrêt du 5 février dernier, entre ladite Feron, appellante de deux sentences rendues par ledit juge conservateur, les 26 avril & 6 mai 1650, ensemble de deux commissions, des 15 janvier 1642, & 7 août 1653, décernées par ledit conservateur, & de la saisie faite entre les mains de ladite Dantoine, du 8 dudit mois d'août, & de tout ce qui s'en seroit ensuivi, d'une part ; & led. Maillefer, intimé, d'autre ; par lequel les parties auroient été appointées au conseil, bailler causes d'appel, réponses & produire : requête dudit jour 5 février & 13 dudit mois, employées pour causes d'appel & réponses : productions des parties : requête de ladite Feron, du 27 juin dernier, employée pour contredits, suivant ledit arrêt du 12 décembre dernier, déclaré commun : forclusions d'en fournir par ledit Maillefer : Autre arrêt du 7 dudit mois de février dernier, entre ladite Feron, appellante de la commission décernée par ledit juge conservateur, le 26 novembre 1649, & de la saisie faite le 15 septembre 1650, à la requête dudit Mortelet, entre les mains de ladite Dantoine, des deniers par elle dûs à ladite Feron, pour sa dot, d'une part ; & ledit Mortelet, intimé, d'autre ; par lequel les parties auroient été appointées au conseil, bailler causes d'appel, réponses & produire ; joint les prétendues fins de non-recevoir ; défenses au contraire : requête de ladite Feron, dudit mois de février, employée pour causes d'appel : réponses ; forclusions de fournir ; fins de non-recevoir : productions des parties : contredits de ladite Feron, suivant l'arrêt du 12 décembre dernier, déclaré commun : forclusions d'en fournir par ledit Mortelet : autre arrêt dudit mois de février entre ladite Feron, demanderesse en requête du 19 dudit mois, à ce qu'elle fût reçue appellante de la sentence rendue par ledit juge conservateur, le 9 août 1650, de la permission de saisir, décernée par les gens tenans les requêtes du Palais, le 10 janvier dernier, & de la saisie faite en conséquence le 27 dudit mois ; & encore à ce que les instances pendantes auxdites requêtes du palais, entre ledit Bouvarlet, demandeur en requêtes des 5, 10 & 14 dudit mois de janvier, & exploits du 27 dudit mois ; lesdits Mamejan & Feron, défendeurs, fussent évoquées, & ordonné que sur icelles les parties viendroient procéder en notredite cour, suivant les derniers erremens ; & encore ledit Mamejan, demandeur en réquête judiciairement faite aux fins de ladite évocation, & être reçu appellant de ladite sentence du 9 août 1652, d'une part ; & ledit Bouvarlet, intimé, défendeur, d'autre ; par lequel sur les appellations, les parties auroient été appointées au conseil ; bailler causes d'appel, & réponse : le principal différend pendant auxdites requêtes du palais, entre lesdites parties, évoqué : ordonné que les parties viendroient procéder en notredite cour, suivant les derniers erremens, & icelles appointées en droit, écrire & produire sur le tout : deux réquêtes desdits Mamejan & Feron, du 9 avril dernier, employées pour causes d'appel : forclusions d'y répondre : productions des parties : contredits dudit Bouvarlet : requête de ladite Feron, du 26 juin dernier, employée pour contredits, suivant ledit arrêt du 12 décembre dernier, déclaré commun : forclusion d'en fournir par ledit Mamejan ; instance entre ledit Bouvarlet, demandeur en requête du 23 dudit mois de février dernier, à ce que Daniel Lesgreslai, marchand à Lyon, fût condamné représenter les piéces en vertu desquelles il prétendoit ladite Feron être débitrice de la somme de quatorze mille quatre cent quatre-vingt quatre livres quatre sols, d'une part, & trois cens cinquante-six livres, d'autre, pour vente prétendue à elle faite de marchandise, faisant partie de celles à lui envoyées par ledit Bouvarlet, par le compte qu'il auroit fourni le 14 janvier 1653, fournir audit Bouvarlet moyens pour soutenir ladite saisie faite sur ladite Feron, comme son associé, autrement, & à faute de ce faire, ledit Lesgreslay demeureroit responsable envers ledit Bouvarlet desdites sommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt quatre livres quatre sols, & de trois cens cinquante-six livres, & de la part que ledit Bouvarlet avoit auxdites sommes & intérêts du jour de la demande, jusqu'à l'actuel payement, & outre, condamné aux dommages, intérêts & dépens, en demandant, défendant, & de la sommation, d'autre part ; & ledit Legreslay, défendeur, d'autre : appointement en droit : productions des parties : trois autres instances entre ladite Feron, demanderesse, & lettres de nous obtenues le 28 mars dernier, pour faire casser & annuller toutes les promesses, lettres-de-change, obligations, traités, consentemens, & autres actes par elle faits, & être les parties remises en tel état qu'elles étoient auparavant, d'une part, & lesdits Mortelet, Maillefer & Bouvarlet, défendeurs, d'autre : appointement en droit, productions des parties, contredits d'icelles & requêtes de ladite Feron, des 19 mai & 26 juin derniers, employées pour contredits, svivant ledit arrêt du 12 décembre dernier, déclaré commun : production de ladite Feron : contredits dudit Mortelet : requête de ladite Dantoine, du 27 février dernier, & piéces attachées : autre requête de ladite Feron, du 9 avril ensuivant, em-

BIU Cujas

ployée pour contredits : autre requête dudit Mortelet, des 16 juin, 16 & 20 juillet dernier, & piéces attachées : conredits de ladite Feron, & salvations dudit Mortelet : requête de ladite Dantoine du 11 avril 1652, à ce que ledit Mamejan fût tenu représenter le billet & état de ses effets, dont il avoit mis copie au greffe dudit juge conservateur, lors de sa banqueroute, & un état de ceux qu'il prétend bailler en payement à ses créanciers : ce qu'il seroit tenu faire dans trois jours pour tous délais, sinon & à faute de ce faire, qu'il y seroit contraint par corps, & demeureroit déchû dudit contrat, fait avec aucuns de ses créanciers, & lui seroit son procès fait & parfait, & à ses complices, comme à un banqueroutier frauduleux, sans préjudice à ladite Dantoine de se pourvoir sur les immeubles; & sauf à elle, après ladite représentation de ses effets, à prendre telles conclusions qu'elle verroit être à faire; ladite rejointe audit procès, par arrêt du premier juin 1652, pour, en jugeant, y avoir tel égard que de raison : Autre requête dudit Mortelet, du 24 avril dernier, à ce qu'en procédant au jugement des instances de saisies faites à la requête dudit Mortelet, & d'appel de ladite Feron à son égard, il fût ordonné que ladite Dantoine seroit tenue vuider ses mains en celles dudit Mortelet, de la somme de mille sept cens quarante-huit livres quatorze sols, intérêts & dépens à lui adjugés par l'arrêt du 21 janvier 1652, confirmatif de la sentence du 24 novembre 1649, ensemble de la somme de quatre mille livres, en laquelle ladite Feron auroit été condamnée envers Gilles Gillet, par autre sentence, aussi confirmée par arrêt avec les intérêts & dépens; à ce faire ladite Dantoine contrainte, comme depositaire, & ce faisant, déchargée; ladite requête communiquée à partie, & mise au sac : Réponse de ladite Feron : autre requête dudit Bouvarlet du 13 août dernier, à ce qu'en procédant au jugement dudit procès, il fût ordonné que sur la déduction prétendue par ladite Feron, de mille pistoles d'Italie, contenue en la lettre-de-change du 4 août 1648, acceptée en payement par ledit Lesgreslay, de son propre mouvement, sur les sommes par elle dûes à la société d'entre lesdits Bouvarlet & Lesgreslay, ladite Feron & Lesgreslay contesteroient l'un contre l'autre, & à faute de ce faire, où il seroit jugé que la déduction dût être faite à ladite Feron, desdites mille pistoles d'Italie, ledit Lesgreslay fût tenu d'en tenir compte audit Bouvarlet, avec les dommages & intérêt; & outre lesdits Feron & Lesgreslay condamnés aux dépens : Autre requête dudit Mamejan du 2 du présent mois, à ce que ladite Dantoine fût tenue de prendre les dettes mentionnées en l'état fait par ledit Mamejan, montant à cinquante-trois mille huit cens soixante-deux livres huit sols, cédées par ledit défunt Rouviere, en payement de la somme de vingt-neuf mille deux cens vingt-quatre livres, à elle dûe du reste de vingt-trois mille livres, pour laquelle somme ledit Mamejan se seroit obligé envers ledit Rouviere, pour raison desdites dettes; & outre, rapporter au profit des créanciers dudit Mamejan, la somme de trente-sept mille cent onze livres dix-neuf sols, à laquelle montoit le surplus desdites dettes transportées par ledit défunt Rouviere audit Mamejan, qui étoient encore dûs, y compris la somme de douze mille quatre cens soixante & quatorze livres dix-huit sols & trois deniers, payée audit Rouviere, pour l'échange desdits cinquante-trois mille huit cens soixante-deux livres huit sols, en lui faisant rétrocession desdites dettes, & lui remettant entre les mains les piéces justificatives qu'elle pourroit retirer de celles qui auroient été mises pardevers le conseiller rapporteur desdites requêtes, aussi communiquées à partie & mise au sac; le tout diligemment examiné : Notredite cour, par son jugement & arrêt, sans s'arrêter aux prétendues fins de non-recevoir desdits Bouvarlet & Mortelet, & requêtes de ladite Dantoine du 11 avril 1652, dudit Mortelet du 24 avril dernier, & dudit Laurent Mamejan du 2 du présent mois, en tant que touche le procès par écrit, a mis & met l'appellation & sentence, de laquelle a été appellé, au néant; émendant, a absous & absout ladite Dantoine, audit nom de curatrice de son fils, de la demande & conclusion dudit Mamejan, pour raison de l'homologation & exécution du contrat par lui fait avec aucuns de ses créanciers le 17 mai 1645; ce faisant, sans avoir égard audit contrat, a permis & permet à ladite Dantoine, audit nom, continuer ses poursuites pour le payement de ce qui lui est dû par ledit Mamejan, en vertu de ladite convention sous seing privé, entre ledit Rouviere, mari de ladite Dantoine, & ledit Mamejan, du 6 avril 1640, reconnue pardevant notaire le même jour, à l'encontre dudit Mamejan, & sur tous ses biens, tant meubles qu'immeubles; à cet effet faisant droit sur les appellations dudit Mamejan, concernant les saisies réelles & baux judiciaires, des maisons à lui appartenantes à Lyon, a mis lesdites appellations à néant; a ordonné & ordonne que ce dont a été appellé sortira effet, sauf néanmoins à liquider ce qui peut avoir été payé en déduction de la somme de deux cens trente mille livres & intérêts promis par ladite convention : & sans s'arrêter à nos lettres du 28 mars dernier, de l'effet & enthérinement desquelles a débouté & déboute ladite Feron, sur l'instance de demande de ladite Dantoine, du 30 octobre 1648, Interventions desdits Bouvarlet & Maillefer, & autres instances concernant les saisies & arrêts faits ès mains de ladite Dantoine, à la requête desdits Mortelet, Fournier, Paris & Bouvarlet, & encore dudit Bouvarlet, ès mains dudit Mamejan; a déclaré & déclare ladite Feron bien & dûement obligée, comme femme séparée dudit Mamejan, marchande publique & faisant négoce pour elle & pour son compte par ses promesses, lettres-de-change & autres actes par elle passés depuis la sentence de séparation, du 16 novembre 1647; comme aussi déclare tant ledit Mamejan que ladite Dantoine, audit nom, débiteurs solidairement vers ladite Feron, pour la restitution de la somme de trente-deux mille cinquante quatre livres quatre sols, par elle constituée en dot par son contrat de mariage du 14 novembre 1637, comme n'étant ladite somme encore acquittée : ce faisant, sur les appellations interjettées par ladite Feron des sentences exécutoires, des 22 & 29 mars 1650, & 4 mai 1652, à l'égard dudit Bouvarlet, & des sentences & commissions des 26 avril, 6 mai 1652, & 7 août 1653, à l'égard dudit Maillefer, & appellations, tant de ladite Feron, que dudit Mamejan, de la sentence du 9 août 1650, à l'égard dudit Bouvarlet, a mis lesdites appellations au néant; ordonne que ce dont a été appellé sortira effet; & néanmoins sur les appellations de ladite Feron, de commissions de saisies, & desdites saisies & arrêts faits en conséquence à la réquête desdits Mortelet, Bouvarlet & Maillefer, a mis lesdites appellations, & ce dont a été appellé au néant; émendant a fait & fait main-levée à ladite Feron desdites saisies & arrêts faits ès mains de ladite Dantoine & dudit Mamejan, à la requête desdits

BIU Cujas

dits Mortelet, Bouvarlet, Maillefer, Fournier & Paris, comme créanciers de ladite Feron, à l'égard de ladite somme de trente-deux mille cinquante-quatre liv. quatre sols, intérêts d'icelles seulement, qui demeureront au profit de ladite Feron, pour lui être conservées & employées à la nourriture & entretenement dudit Mamejan son mari & d'elle, & de leur commune famille, suivant ladite sentence de séparation, sauf en cas de payement par ladite Dantoine de ladite dot, son recours en vertu dudit contrat de mariage, du 14 novembre 1637, & comme subrogé, & étant aux droits & privilége de ladite Feron, sur tous les biens & effets dudit Mamejan, & sans préjudice des droits desdits créanciers saisissans, pour le regard de tous les autres biens de ladite Feron, & des déductions par elle prétendues sur les dettes desdits Mortelet & Bouvarlet, même à l'égard dudit Lesgreslay, pour raison de quoi, ensemble pour la liquidation à faire avec ladite Dantoine; & avant faire droit sur les instances des requêtes dudit Bouvarlet des 5, 10 & 14 janvier dernier, & exploit du 27 dud. mois, en ce qui concerne led. Lesgreslay : autre instance de requête dudit Bouvarlet, du 23 février aussi dernier, & requête dudit Bouvarlet du 31 août ensuivant; ordonne que pardevant le conseiller rapporteur les parties, chacun à son égard, contesteront plus amplement sur ce que dessus, & feront les productions faites en ladite instance de requête, du 23 février, communiquées audit Bouvarlet & Lesgreslay respectivement, & à ladite Feron, pour y bailler contredits, & sans que ci-après ladite Feron puisse être contrainte par corps pour lesdites dettes par elle contractées, dont est question, pendant la vie dudit Mamejan : & sur l'instance de requête dudit Bouvarlet, du 23 dudit mois de janvier dernier, les parties hors de cour & de procès, & a condamné & condamne lesdits Mamejan & Feron chacun en une amende de douze livres, dépens de ladite instance de requête dudit Bouvarlet du 23 février dernier, réservés, & sans dépens de cause principale & d'appel, & d'autres instances : à la charge que ladite Dantoine, audit nom, sera remboursée de ceux par elle faits à cause desdites appellations concernant ladite saisie réelle & baux judiciaires desdites maisons sises à Lyon, compris les frais du présent arrêt, par préférence, comme frais extraordinaires des criées, sur les loyers & prix desdites maisons. Prononcé le septieme septembre mil six cent cinquante-quatre. *Signé*, GUYET.

Y ayant eu nouvelle contestation entre Cécile le Feron, femme séparée de biens dudit Mamejan elle a été terminée par un second arrêt, duquel nous n'avons pu avoir que la copie de la prononciation; mais ce dicton est en termes si formels & si clairs, qu'on ne peut pas desirer une décision plus expresse, pour la loi *Julia*, & la prohibition de l'aliénation des biens dotaux.

Extrait des registres du parlement.

7 La cour a déclaré & déclare tous les biens constitués en dot à ladite Feron, par son contrat de mariage, du 14 novembre 1657, soit les immeubles qui lui peuvent avoir appartenu lors de son contrat de mariage, ou les biens mobiliers, aussi à elle appartenans, dont elle pourra justifier que sondit mari a été chargé, avec l'augment à elle accordé par ledit contrat, & tous les intérêts pour ce dûs, échûs & à écheoir, non sujets aux dettes & hypothéques par elle contractées pendant ledit mariage; sans que les créanciers de ladite Féron, pour raison desdites dettes ainsi contractées, ayent pu valablement pendant la vie dudit Mamejan, ou depuis son décès puissent ci-après la troubler ou empêcher en la propriété & jouissance desdits biens dotaux, augment & intérêts, ni la contraindre par corps, pour ce regard; sauf à eux à se pourvoir sur les autres biens de ladite Feron, non dotaux, qui lui peuvent ou pourroient appartenir, & sans préjudice des autres dettes non contractées pendant ledit mariage. Prononcé le 18 mai 1657.

En cet arrêt, donné sur réquête civile, & en interprétation du premier, il n'y a mot qui ne porte coup. La cour a étendu le privilége des biens dotaux à l'augment, suivant l'extension que Justinien en a faite, elle l'a encore étendu aux intérêts, & avec raison : car en vain les biens dotaux seroient inaliénables, si la femme n'en pouvoit jouir étant veuve ou séparée de biens; & il faut bien que le principal étant inaliénable, l'accessoire le soit pareillement, afin qu'elle puisse s'en entretenir, & ne soit pas un Tantale dans les eaux.

La cour a pareillement jugé, qu'encore que l'obligation de la femme soit valable, parce qu'elle peut avoir d'autres biens, elle ne peut pourtant être contrainte par corps. C'est parce que ce seroit détruire le privilége, & ce qu'on auroit donné d'une main, on l'ôteroit de l'autre, d'autant que la femme se voyant emprisonnée, pour avoir sa liberté, & sortir de prison, abandonneroit ses biens à ses créanciers.

On a réservé aux créanciers à se pourvoir sur les autres biens, de sorte qu'aux termes de cet arrêt, il est vrai de dire que l'obligation de la femme est valable, si elle n'a point été forcée, mais aussi qu'elle n'est pas exécutoire sur les biens dotaux, qu'elle n'a pu ni entendu les comprendre en l'obligation, & que n'y étant pas compris, elle n'a besoin de lettres, que pour plus grande précaution & c'est ce qu'on peut inférer des termes du premier arrêt.

Depuis, l'on a voulu prendre acte de notoriété en ce siége, comme la loi *Julia* n'y étoit point observée, & que nonobstant icelle, les femmes pouvoient valablement obliger leurs biens dotaux.

Les avocats ayant parlé, & le syndic des procureurs pour tous : nous dîmes que nous ne pouvions pas bien adhérer à l'acte qu'on requéroit; 5
que d'une part, il n'y avoit qu'un ou deux avocats anciens qui pussent véritablement assurer l'usage; & pour les procureurs, que s'agissant d'un point de droit, il sembloit que cela fût hors de leur portée : Et d'autre part, qu'il ne suffisoit pas simplement de dire que les femmes s'obligent communément, sans qu'elles en reclament, & qu'on l'a vû ainsi pratiquer : Qu'il faudroit passer plus avant, & pour établir un usage certain, alléguer des priviléges formels, & des sentences contradictoires; puisque la loi veut, *cùm de consuetudine civitatis vel provinciæ inquiritur, illud explorandum an etiam contradicto judicio aliquando firmata sit, l. 34, ff. de legibus.*

Nous ajoûtâmes que si les femmes, qui par le passé se sont obligées avec leurs maris, n'en ont pas reclamé, c'est parce que les maris avoient suffisamment de quoi en répondre, & que cette reclamation ne leur étoit pas nécessaire, ou parce qu'ayant d'autres biens non dotaux, il leur auroit été inutile de s'en plaindre. Quoiqu'il en soit, que leur silence, qui peut aussi avoir procédé de bonne foi ne pouvoit pas faire conséquence pour un usage certain & contraire aux regles de notre

BIU Cujas

droit : qu'il faudroit plutôt avancer, qu'en ayant voulu reclamer & s'oppoſer à la ſaiſie des biens dotaux, les femmes en ont été déboutées.

Qu'au défaut de ce, & depuis les arrêts que lui qui parloit a inſéré dans ſon recueil, & qui ont été donnés ſur des circonſtances particulieres, la queſtion n'ayant point été controverſée & agitée en ce ſiége, on n'en pouvoit rien déterminer de certain; & partant, que nous ne pouvions nous joindre à l'acte qu'on demandoit.

Il ne laiſſa pas néanmoins d'être octroyé en l'audience du ſamedi 28 juillet 1657.

Nos meſſieurs prennent leur fondement ſur l'édit de 1606, qui porte abrogation du Velléien, & ſur l'utilité du commerce. Il eſt pourtant aiſé de détruire ces deux prétextes; car pour l'édit, il fait des inhibitions & défenſes aux notaires d'inſérer aux contrats, obligations & autres actes, la renonciation au droit de Velléien, & de l'authentique *ſi qua mulier*, ni en faire aucune mention; & veut néanmoins que les femmes demeurent bien & dûement obligées, ſans leſdites renonciations. Il ne parle point de la loi *Julia*, & quoique dans le préambule il ſoit dit, & autres droits introduits en faveur des femmes, cela eſt trop vague & général, pour comprendre la loi *Julia*.

D'ailleurs, le roi, par cet édit, n'a entendu autoriſer les obligations des femmes, qu'en tant qu'elles pouvoient s'obliger valablement, en renonçant au Velléien & autres droits introduits en leur faveur. C'eſt-à-dire, que Sa Majeſté a voulu retrancher cette fâcheuſe ſolemnité des renonciations, qui cauſoit tant de procès, & déclarer les femmes auſſi-bien obligées, ſans avoir renoncé, qu'elles l'étoient auparavant en renonçant au Velléien & autres droits, en les leur faiſant entendre.

Que ſi avant cet édit, les femmes pouvoient renoncer à la loi *Julia*, & en ce faiſant, obliger valablement leurs biens dotaux, on en pourroit tirer cette conſéquence, que cette obligation peut être valable à préſent, ſans qu'on y renonce.

Mais nous n'eſtimons pas que les femmes ayent pu renoncer à la loi *Julia*, qui défend l'aliénation des biens dotaux, & quelque renonciation qu'elles fiſſent, nous croyons qu'en païs de droit écrit, ils étoient toujours inaliénables. Il faut donc faire différence entre le Velléien & la loi *Julia de fundo dotali non alienando*. Le Velléien étoit un privilége perſonnel, accordé aux femmes, au ſujet des obligations & interceſſions qu'elles faiſoient pour le fait d'autrui, & même de leurs maris; & ce privilége s'étendoit à tous les biens; c'eſt pourquoi les femmes y pouvoient renoncer. Mais la loi *Julia*, quoiqu'introduite en faveur des femmes, étoit un privilége réel, & qui regardoit plutôt les biens que la femme, & étoit reſtrainte aux biens dotaux.

C'eſt pourquoi, la femme, qui s'obligeoit pour autrui, pouvoit bien renoncer au Velléien; mais elle ne pouvoit pas renoncer à la loi *Julia*, & nonobſtant ſa renonciation, le fonds dotal, qui de ſa nature étoit inaliénable, étoit toujours tel, à cauſe même que ce privilége concernoit le bien public, & l'intérêt des enfans qui pouvoient naître du mariage.

En effet, il auroit été inutile d'établir ce privilége, & c'eſt en vain que la loi auroit voulu conſerver la dot des femmes, s'il leur avoit été loiſible de s'en départir : avec par la même facilité qu'un mari oblige ſa femme à vendre ou engager ſon bien, il lui peut faire renoncer au droit contraire. C'eſt ainſi que nous tenons que le ſerment que la femme fait, d'obſerver la vente, ne lui lie point les mains, & que nonobſtant que la vente ſoit faite *cum juramento*, elle en peut reclamer, parce que le ſerment *non eſt vinculum iniquitatis*, étant auſſi aiſé au mari d'avoir le ſerment de ſa femme que ſon conſentement. Or il en faut dire autant de la renonciation, laquelle procede de la même fragilité, & que le notaire, bien ſouvent, ſupplée.

Auſſi, M. Expilly, au chapitre 123 de ſes arrêts, en cotte un du parlement de Grenoble, par lequel la vente du fonds dotal fut révoquée, quoiqu'il y eût une renonciation expreſſe.

Contre les arrêts que nous rapportons, on a fait parade d'arrêts contraires, & preſque de même tems. On nous a donc oppoſé un arrêt, par lequel une femme de Saint-Eſtienne, dont le mari a fait faillite, ayant obtenu lettres royaux, pour être relevée des ventes & obligations, auxquelles elle étoit intervenue, comme ayant été forcée; la cour l'a reçue à prouver les faits de force & de contrainte par elle allégués. Mais on n'en peut tirer aucun avantage : cette femme a d'abord propoſé ſes faits, & n'a demandé qu'à être reçue à les prouver. La cour a ſuivi ſa concluſion, & lui a permis ce qu'elle demandoit. N'ayant point parlé des biens dotaux, n'ayant point oppoſé ce privilége, la cour ne l'a pas dû ſuppléer. Même nous avons appris que depuis, & après l'enquête faite, on a baillé requête à la cour, pour ſubordinément faire valoir ce remede de la loi.

Quant à l'inconvénient qu'on veut tirer du commerce, il ſuffit de répondre que la prohibition de la loi *Julia* ayant eu lieu parmi les Romains, elle n'a pas fait obſtacle à leur commerce. Qu'ayant à préſent lieu dans tout le reſſort du parlement de Toulouſe, & de celui de Grenoble; qu'étant encore plus religieuſement obſervée dans les coutumes d'Auvergne & de la Marche, le commerce ne laiſſe pas d'y être auſſi libre qu'ailleurs. Chacun y cherche ſes aſſurances, & ne ſe fie point à l'obligation des femmes ſi elles n'ont que leurs biens dotaux.

ADDITION DE L'AUTEUR A CETTE QUESTION.

Arrêts notables, par leſquels il eſt jugé, que nonobſtant les prétendus actes de notoriété des ſiéges de Lyonnois, Beaujolois, Forez & Mâconnois, la loi julia, de fundo dotali, *devoit être obſervée en la ville de Lyon, tant à l'égard de la dot mobiliaire, qu'immobiliaire; & que ſuivant icelle la femme d'un marchand de ladite ville, quoique ſéparée de biens d'avec ſon mari, & marchande publique, n'avoit pû, par obligations contractées depuis ſa ſéparation, & du vivant de ſon mari, engager ou hypothéquer ſes deniers dotaux, augment de dot, & intérêts d'iceux; & en conſéquence, main-levée des ſaiſies faites ſur leſdits deniers dotaux & d'augment, ſauf à ſes créanciers à ſe pourvoir ſur ſes autres biens non dotaux; & même jugé, que ladite femme, quoique ſéparée de biens & marchande publique, ne ſeroit point contraignable par corps durant la vie de ſon mari.*

BIU Cujas

Extrait des regiſtres du parlement.

10 Entre Jean Bouvarlet, marchand demeurant à Rethel, demandeur en requête préſentée aux requêtes du palais, les 5, 10 & 14 janvier 1654, & exploit de ſaiſie faite en conſéquence le 27 dudit mois, d'une part: Et Cecile Feron, veuve de Laurent Mamejan, marchand à Lyon, défendereſſe, d'autre. Et encore ledit Bouvarlet, demandeur en requête du 23 février audit an, d'une autre part; & Daniel Leſgreſley, marchand audit Lyon, défendeur, d'autre. Et encore ladite Feron, demandereſſe en exécution d'arrêt du 7 ſeptembre audit an, & défendereſſe, d'une part; & Jean Maillefer, marchand demeurant à Reims, & Nicolas Mortelet, marchand à Paris, défendeurs & demandeurs en exécution dudit arrêt, d'autre. Vû par la cour leſdites requêtes des 5, 14 & 15 Janvier 1654, à ce qu'il fût permis audit Bouvarlet ſaiſir ce qu'il trouveroit appartenir audit Leſgreley, & que ladite Feron fût appellée, pour conteſter contre icelui Leſgreley, ſur ce qu'elle prétendoit qu'elle étoit débitrice envers lui & ledit Bouvarlet aſſociés, de la ſomme de quatorze mille quatre cent quatre-vingt quatre livres, quatre ſols, d'une part, & trois cent cinquante-ſix livres, d'autre, pour marchandiſes à elle vendues par ledit Leſgreley, dépendantes de ladite ſociété deſdits Bouvarlet & Leſgreley; & en cas qu'elle ſe trouvât débitrice deſd. ſommes, elle fût condamnée les payer au profit de ladite ſociété, intérêts d'icelles, du jour de la demande, & dépens; ledit exploit du 27 dudit mois de janvier, & ſaiſie faite & en conſéquence de ladite requête du 10 dudit mois, & l'arrêt du 21 février audit an 1654, par lequel entre autres choſes, en conſéquence du procès qui étoit pendant en ladite cour, leſdites inſtances pendantes aux requêtes du palais, auroient été évoquées, & ordonné que ſur icelles les parties viendroient procéder en ladite cour, ſuivant les derniers erremens, & icelles parties appointéesen droit à écrire & produire: Production deſdites parties: contredits dudit Bouvarlet: requête de ladite Ferron, du 26 juin audit an, employée pour contredits, ſuivant l'arrêt du 2 décembre précédent, déclaré commun: Ladite requête dudit Bouvarlet, dudit 23 février 1654, à ce que ledit Leſgreley fût condamné repréſenter les piéces, en vertu deſquelles il prétendoit ladite Feron être débitrice deſdites ſommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt-quatre livres quatre ſols, & trois cent cinquante-ſix livres, pour vente prétendue à elle faite des marchandiſes, faiſant partie de celles à lui envoyées par ledit Bouvarlet, par le compte qu'il auroit communiqué le 23 janvier 1653, fourni audit Bouvarlet: moyens pour ſoutenir ladite ſaiſie faite ſur ladite Feron, comme étant ledit Leſgreley aſſocié dudit Bouvarlet; autrement & à faute de ce faire, ledit Leſgreley demeureroit reſponſable envers ledit Bouvarlet deſdites ſommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt-quatre livres quatre ſols, & trois cent cinquante-ſix livres, pour la part que ledit Bouvarlet avoit èſdites ſommes & intérêts du jour de la demande, juſqu'à l'actuel payement; & outre condamné ès-dommages, intérêts & dépens, tant en demandant, défendant, que de la ſommation: défenſes, appointement en droit, productions des parties: requête dudit Bouvarlet, du 31 août 1654, à ce qu'en procédant au jugement dudit procès, lors pendant à ladite cour, ſur l'appel de la ſentence donnée par le juge gardien conſervateur des priviléges royaux des foires de Lyon, le 10 février 1646, & inſtances jointes entre Catherine Dantoine, veuve d'Euſtache Rouviere, & leſdits Feron, Maillefer, Mortelet, & autres parties, il fût ordonné que ſur la déduction prétendue par ladite Feron de mille piſtoles d'italie, contenue en la lettre de change du 4 août 1648, acceptée en payement par ledit Leſgreley, de ſon propre mouvement, ſur les ſommes par elle dûes à ladite ſociété d'entre leſdits Bouvarlet & Leſgreley, leſdits Feron & Leſgreley conteſteroient l'un contre l'autre; & à faute de ce faire, & où il ſeroit jugé que ladite déduction dût être faite à ladite Feron deſdites mille piſtoles d'italie, ledit Leſgreley fût tenu en tenir compte audit Bouvarlet, avec les dommages & interêts; & outre, leſdits Leſgreley & Feron condamnés aux dépens: Ladite requête communiquée à partie, & miſe au ſac. Arrêt du 7 ſeptembre 1654, par lequel entre autres choſes main levée auroit été faite à ladite Feron des ſaiſies & arrêts faits ès main de ladite Dantoine veuve dudit Rouviere & dudit Mamejan, à la requête deſdits Bouvarlet, Mortelet & Maillefer, comme créanciers de ladite Feron, à légard de la ſomme de trente-deux-mille cinquante quatre livres quatres ſols de dot de ladite Feron, & interêts d'icelle, qui demeureroit au profit de ladite Feron, pour lui être conſervée & employée à la nourriture & entretenement dudit Mamejan ſon mari, d'elle & de leur commune famille, ſuivant la ſentence de ſéparation de biens de lad. Feron, du 16 novembre 1648, ſans préjudice des droits deſdits créanciers ſaiſiſſans, pour le regard de tous les autres biens de ladite Feron, & des déductions par elle prétendues ſur les dettes deſdits Bouvarlet & Mortelet, même à l'égard dudit Leſgreley, pour raiſon de quoi, enſemble la liquidation à faire avec ladite Dantoine, & avant que faire droit ſur leſdites inſtances de requête dudit Bouvarlet, des 5, 10 & 14 janvier 1654, & exploit du 27 dudit mois, en ce qui concernoit ledit Leſgreley, & autres inſtances dudit Bouvarlet, du 23 février audit an, & demande en requête dudit Bouvarlet, du 31 août enſuivant: par laquelle ordonné, que pardevant le conſeiller rapporteur, les parties chacun à ſon égard conteſteroient plus amplement ſur tout ce que deſſus, & ſeroient leſdites productions faites en ladite inſtance de requête du 23 février, communiquées auſdits Bouvarlet & Leſgreley reſpectivement, & à ladite Feron, pour y bailler contredits: Procès-verbal dudit conſeiller, du 24 mai & jours ſuivans 1655, concernant la demande dudit Bouvarlet, à ce que leſdits Leſgreley & Feron euſſent à repréſenter leurs regiſtres & livres de raiſon, pour connoître quand ledit Leſgreley auroit fourni à ladite Feron les marchandiſes de la ſociété deſdits Bouvarlet & Leſgreley, pour raiſon deſquelles elle étoit débitrice deſdites ſommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt-quatre livres quatre ſols, & trois cent cinquante-ſix livres, change & intérêts, repréſenter ladite lettre de change de mille piſtoles d'Italie, & ce qui étoit fait en conſéquence, & conteſter entr'eux ſur tout ce que deſſus; & fût ordonné qu'à faute par ledit Leſgreley, juger ladite Feron débitrice de ladite ſociété deſdits Bouvarlet & Leſgreley, deſdites ſommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt-quatre livres quatre ſols, & trois cent cinquante-ſix livres, pour le prix deſdites marchandiſes procédantes de ladite ſociété, qu'il prétendoit lui avoir vendues, & intérêts d'icelles, leſdites ſommes ſeroient rayées du compte de ladite ſociété, qu'il auroit été condamné de rendre par la ſentence des requêtes du palais, du premier août

BIU Cujas

1654, & ledit Leſgreley condamné payer ou tenir compté audit Bouvarlet deſdites mille piſtoles d'Italie, contenues en ladite lettre de change, qui lui auroit été fournie par ladite Feron, à faute par lui de faire juger avec elle, qu'il auroit fait les diligences néceſſaires, pour ſe faire payer du contenu en ladite lettre de change, & que leſdites mille piſtoles d'Italie ſeroient réduites & imputées à ladite Feron, ſur les ſommes de neuf mille ſix cent trente livres, & quatre mille livres, changes & rechanges, intérêts & dépens dûs audit Bouvarlet par ladite Feron, auparavant la vente & délivrance deſdites marchandiſes, de ladite ſociété prétendue faite par ledit Leſgreley & ladite Feron: Et où il ſe trouveroit que ladite lettre de change eût été fournie depuis leſdites mille piſtoles d'Italie, ſeroient déduites ſur ce que lad. Feron ſe trouveroit devoir à ladite ſociété; & outre, leſdits Leſgreley & le Feron condamnés aux dépens: Défenſes deſdits Leſgreley & de ladite Feron, celles de ladite Feron, concernant les ſommes qu'elle auroit ſoutenu devoir être réduites ſur ladite ſomme de quatorze mille quatre cent quatre-vingt quatre livres quatre ſols, & autres ſommes prétendues dues, & conteſtations deſd. parties, tant ſur leſdites déductions, privilége prétendu par ladite Feron, pour le regard de tous les autres biens conſtitués en dot par ſon contrat de mariage, outre les trente-deux mille cinquante-quatre livre; ſurquoi ledit conſeiller les auroit appointées à écrire & produire: Dire de ladite Feron, du 14 août 1655, en exécution dudit arrêt, contenant les ſommes par elle prétendues devoir être déduites par ledit Mortelet, ſur celles par lui prétendues à l'encontre de ladite Feron: Défenſes dudit Mortelet, du 27 mai 1556, contenant l'état des ſommes, changes & rechanges, & intérêts prétendus lui être dûs par ladite Feron, dont il auroit demandé la liquidarion, pour en être payé ſur leſdites trente-deux mille cinquante-quatre livres quatre ſols, & autres biens généralement quelconques de ladite Feron, & icelle condamnée aux dépens: Autre dire dudit Maillefer, du 26 juin audit an 1656, auſſi en exécution dudit arrêt, par lequel il auroit ſoutenu que par le moyen du décès dudit Mamejan, leſdites trente-deux mille cinquante-quatre livres quatre ſols, n'étoient plus deniers dotaux, & étoient deniers ſuſceptibles d'hypothéques des dettes contractées par ladite Feron pendant ſon mariage, ainſi que les autres biens de ladite Feron; & que ſur iceux il devoit être payé de ſon dû: Répliques de ladite Feron, du 27 dudit mois, d'un appointement en droit des 3 juillet & 4 août 1656, ſur leſdites demandes & conteſtations: Productions deſd. Bouvarlet, Feron, Maillefer, Mortelet, & dudit Leſgreley, contre ledit Bouvarlet, ſuivant ledit procès-verbal, & leſdits appointemens & requêtes dudit Leſgreley, du 12 juillet audit an, employés pour production contre ladite Feron, ſuivant ledit procès-verbal: contredits deſdits Bouvarlet, Feron & Leſgreley, tant contre leſdites productions ci-devant faites ſur ladite requête, du 23 février 1654, ſuivant ledit arrêt du 7 ſeptembre, que contre celles ci-deſſus faites en exécution d'icelui: requête dudit Mortelet, du 26 avril dernier, employée pour contredits: autre requête deſdits Bouvarlet & Feron, employée pour ſalvations, ſuivant ledit arrêt du 7 ſeptembre, déclaré commun: forcluſions de fournir de contredits par ledit Maillefer: requête dudit Mortelet, du 26 avril dernier, employée pour plus amples défenſes, écritures & contredits, contre la demande & production de ladite Feron, ſignifiée à partie: Autre requête de ladite Feron: du 28 dudit mois, employée pour réponſes: autre requête d'Eſtienne Mortelet, du 9 février dernier, à ce qu'il fût reçu partie intervenante ès-dites inſtances, jointe à icelles inſtances, par arrêt du 10 dudit mois: autre requête dudit Eſtienne Mortelet, du 18 avril dernier, ſignifiée à partie: arrêt du 9 avril dernier, ſur requête préſentée à ladite cour par ledit Bouvarlet, du 7 mars précédent, à ce qu'il fût ordonné que la ſentence arbitrale du 10 février audit an, intervenue ſur procès par écrit, conclu & reçu pour juger entre ledit Leſgreley, appellant de ladite ſentence des requêtes du palais du premier août mil ſix cent cinquante-quatre, & ledit Bouvarlet, intimé & joint auſdites inſtances, fût homologuée, pour être exécutée ſelon ſa forme & teneur; & en conſéquence que ledit procès jugé par ladite ſentence arbitrale demeureroit disjoint deſdites inſtances; par lequel arrêt ladite ſentence arbitrale auroit été homologuée, pour être exécutée ſelon ſa forme & teneur; ce faiſant, ordonné que ledit arrêt avec ladite ſentence arbitrale, demeureroient joints auſdites inſtances, en ce qui reſtoit à juger, pour y être fait droit, ainſi qu'il appartiendroit: Autres requêtes deſdits Feron & Leſgreley, des 26 deſdits mois & 9 mai dernier, & piéces attachées: Requêtes de ladite Feron, du 11 dudit mois de mai, employée pour contredits, contre les piéces attachées à ladite requête, du 9 dudit mois de mai: Forcluſion d'en fournir par ledit Leſgreley, contre la piéce attachée à ladite requête du 26 avril: Interrogatoire de ladite Feron, fait par le conſeiller rapporteur, le 11 du préſent mois de mai, ſur faits & articles à elles communiqués, joints auſdites inſtances de l'ordonnance de ladite cour, ſur requête de ladite Feron: Tout conſideré: Dit a été, que ladite cour faiſant droit ſur le tout, a ordonné & ordonne, que ſur les ſommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt-quatre livres quatre ſols d'une part, & trois cent cinquante-ſix livres d'autre, employées au compte fourni par ledit Leſgreley audit Bouvarlet, le 23 février 1653, pour le prix prétendu dû par ladite Feron, à cauſe de marchandiſes à elle vendues par ledit Leſgreley qui lui auroient été envoyées par ledit Bouvarlet, & intérêts deſdites ſommes qui peuvent être dûs, déduction ſera faite au profit de ladite Feron, de ladite ſomme de onze mille livres, pour la valeur des mille piſtoles d'Italie, contenues en la lettre de change de Barthelemy Pauly & Bernard Biard, payable audit Leſgreley, ou à ſon ordre, du 4 août 1649, & intérêts de ladite ſomme, à compter ſix mois après ladite lettre de change, dont ledit Leſgreley demeurera reſponſable, & tenu acquitter ladite Feron vers ledit Bouvarlet, à cette fin rapporter les piéces juſtificatives de ladite vente deſdites marchandiſes, pour leſdites ſommes de qutorze mille quatre cent quatre-vingt quatre livres quatre ſols, & trois cent cinquante-ſix livres, pour raiſon de quoi il comptera avec ledit Bouvarlet; enſemble des autres choſes concernant leur ſociété, ſuivant la ſentence arbitrale, du 10 février dernier, homologuée par arrêt du 9 avril enſuivant; ſauf audit Leſgreley à ſe pourvoir au regard de ladite lettre de change de mille piſtoles, contre leſdits Pauly & Biard, défenſes au contraire; ce faiſant, ſur les déductions prétendues par ladite Feron, à l'égard dudit Bouvarlet, de la ſomme de quatre mille livres, contenue en la lettre de change, tirée par Rolland du Buiſſon, le 22 juillet 1649, & acceptée par ladite Feron, & des autres ſommes mentionnées audit procès-verbal, du 24 mai 1655, tant ſur leſdits quatorze

BIU Cujas

mille quatre-vingt-quatre-livres quatre ſols, que ſur la ſomme de neuf mille ſix cent trente livres, dûe audit Bouvarlet, en vertu de la promeſſe de ladite Feron, du 18 juillet 1648, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſauf à ladite Feron à ſe pourvoir contre ledit du Buiſſon, défenſes au contraire. Et à l'égard dudit Nicolas Mortelet, demeurera ladite Feron déchargée de la ſomme de trois mille livres, contenue en la lettre de change du 23 Mars 1649, tirée par ledit Mortelet ſur ladite Feron, payable à François Chapelot, adjugée audit Mortelet, par ſentences des 9 juillet & 24 novembre 1649, confirmées par arrêts des 11 mars 1651, & 27 janvier 1652, de laquelle ſomme de trois mille livres ledit Mortelet eſt demeuré d'accord, ledit Chapelot en avoir été payé, enſemble ladite Feron déchargée des changes & rechanges, dommages, intérêts & dépens, auſſi adjugés pour ce regard. Et ſur les ſommes de trois mille ſix cent quatre-vingt-quatre livres quatre ſols, d'une part, & dix mille huit cent deux livres ſept ſols, d'autre, intérêts & dépens adjugés audit Mortelet par ledit arrêt du 27 janvier 1652, confirmatif de ladite ſentence du 24 novembre 1649, enſemble ſur la ſomme de quatre mille livres, adjugée à Gilles Gillet, par autre arrêt du 30 juillet 1650, confirmatif de la ſentence du premier ſeptembre 1649, à cauſe de la lettre de change du premier janvier 1649, y mentionnée, & par ledit Gillet, tranſportée audit Mortelet le 16 janvier 1651, notamment ſur ladite ſomme de dix mille huit cent deux livres ſept ſols, ſuivant le ſentence du 9 mars 1650, déduction ſera faite au profit de ladite Feron, de la ſomme de ſept mille cinq cent livres, pour la valeur des treize balles de poil de chevre, mentionnée ès-dites ſentences des 24 novembre & 9 mars, & de la ſomme de quatre cent livres, pour le prix d'un fardeau de cordouan, auſſi mentionné en ladite ſentence du 24 novembre; & outre, déduction de la ſomme de deux mille cinquante livres, payée par ladite Feron au nommé Vacheron, en l'acquit & pour le compte dudit Mortelet, par l'écrit dudit Vacheron, du 11 janvier 1549: Et au regard de la déduction de la ſomme de douze cent livres, contenue en la lettre de change, qui a été tirée par ladite Feron ſur ledit Mortelet, payable à la ville de Dieppe, du 10 mai 1648, dont ledit Mortelet a rendu ladite Feron débitrice, par ſon compte du 13 août 1649, communiqué le 10 ſeptembre enſuivant, ledit Mortelet rapportera dans quinzaine ladite lettre de change par lui acquittée; autrement & à faute de ce faire dans ledit tems, & icelui paſſé, en ſera encore fait déduction à ladite Feron, ſur ladite ſomme de dix mille huit cent deux livres ſept ſols, pour la ſoulte & reliqua dudit compte, dû par ladite Feron audit Mortelet, ſans que ledit Mortelet puiſſe prétendre de demander les changes, rechanges, intérêts, frais & dépens, qui ont été adjugés audit Gillet, par ledit arrêt du 30 juillet 1650, pour le regard de ladite lettre de change de quatre mille livres, du premier janvier 1649, en conſéquence du tranſport dudit 7 janvier 1651, dont ladite Feron demeurera pareillement déchargée: & ſur la déduction de la ſomme de deux mille quarante-cinq livres, portée par un billet prétendu écrit par ledit Mortelet, les parties hors de cours & de procès, ſauf à ladite Feron à ſe pourvoir à l'encontre deſdits Mortelet, Chapelot & autres, pour raiſon des marchandiſes ſaiſies ſur ladite Feron, & vendues à Lyon & à Marſeille, défenſes au contraire. (A déclaré & déclare tous les biens conſtitués en dot à ladite Feron, par ſon contrat de mariage, du 14 novembre 1636, ſoit les meubles qui lui peuvent avoir appartenu lors de ſondit contrat de mariage, & lui être échus depuis, pendant icelui mariage, & les biens mobiliers auſſi à elle appartenans, dont elle pourra juſtifier que ſondit mari a été chargé, avec l'augment à elle accordé par ledit contrat, & tous les intérêts pour ce dûs, échûs & à écheoir, non ſujets aux dettes & hypothéques par elle contractées pendant ledit mariage, ſans que les créanciers de ladite Feron, pour raiſon deſdites dettes ainſi contractées, ayent pû valablement pendant la vie dudit Mamejan ſon mari, ou depuis ſon décès, ou puiſſent ci-après la troubler ou empêcher en la propriété & jouiſſance deſdits biens dotaux, augment & intérêts, ni la contraindre par corps pour ce regard; ſauf à eux à ſe pourvoir ſur les autres biens de ladite Feron, non dotaux, qui lui peuvent à préſent, ou pourront à l'avenir appartenir, & ſans préjudice des autres dettes non contractées pendant ledit mariage.) Et conteſteroient leſdits Eſtienne & Nicolas Mortelet enſemble, par-devant ledit conſeiller rapporteur ſur les requêtes dudit Eſtienne Mortelet, des 9 février, & 18 avril dernier, le tout ſans dépens. Prononcé le dix-huitiéme mai mil ſix cent cinquante-ſept. Collationné. *Signé*, Du Tillet.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: Au premier des huiſſiers de notre parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, Salut. Sçavoir faiſons, que comme le jour & dates des préſentes, comparant en notredite cour en la chambre de l'édit, Jean-Baptiſte Favard marchand demeurant à Reims, demandeur aux fins d'une commiſſion du 12 ſeptembre 1654, d'une part: Et Cecile Feron, veuve de défunt Laurent Mamejan, vivant marchand demeurant à Lyon défendereſſe: Et encore ladite Feron, demandereſſe en requête du 11 février 1655, & Jean Bouvarlet, marchand demeurant à Réthel, défendeur: Et entre icelui Bouvarlet, demandeur en autre requête du 17 mars audit an 1655, Et leſdits Favard & Feron, maître Jacque Fremin bailli du comté de Rouſſi, créancier dudit Favard: Nicolas Mortelet, marchand bourgeois de Paris: Catherine Dantoine veuve d'Euſtache Rouviere, au nom & comme tutrice de Pierre Rouviere ſon fils, défendeurs: Et entre ledit Fremin, demandeur en requête du 14 avril 1655; & leſdits Favard, Bouvarlet, Mortelet, Feron & Dantoine, défendeurs: Et entre icelui Favard, incidemment demandeur par le moyen de ſes défenſes, du 14 dudit mois d'avril: Et leſdits Bouvarlet, Mortelet, Fremin, Feron & Dantoine, défendeurs: Et entre ladite Dantoine, demandereſſe aux fins de ſa requête énoncée en l'arrêt du 31 juillet audit an 1655: Et leſdits Bouvarlet, Favard, Mortelet, Fremin & Feron, défendeurs, d'autre: Et entre icelle Feron, appellante de la prétendue vente de marchandiſes faite par Pierre Mageron, huiſſier audiancier au préſidial de Lyon, les 3, 4 & 5 juillet 1653, & permiſſion de ſaiſir, du juge-conſervateur des priviléges des foires de Lyon, & ſaiſie faite en conſéquence, le 6 août audit an 1653, ès-mains de ladite Dantoine, & des ordonnances & jugemens rendus par ledit juge, les 5, 22 & 23 dudit mois d'août: enſemble d'autre permiſſion de ſaiſir, donnée par le prevôt de Pa-

BIU Cujas

ris, ou ſon lieutenant, le 8 dudit mois : Commiſſion du même jour ſur icelle, & pareatis des préſidiaux de Lyon, du 13 dudit mois, & de la ſaiſie faite en conſéquence le 19 ſeptembre enſuivant, & ledit Favard, intimé : Et entre ladite Feron, appellante d'autre permiſſion de ſaiſir donnée par les gens tenans les requêtes du palais, le 11 ſeptembre 1654 : Commiſſion ſur icelle du même jour, & ſaiſie faite en conſéquence ès-mains de ladite Dantoine, le 18 dudit mois, & ledit Bouvarlet intimé : Et entre ladite Feron, appellante d'autre permiſſion de ſaiſir, donnée auſdites requêtes du palais, le 6 juillet 1655 : Commiſſion ſur icelle dudit jour, & exploits de ſaiſie, du 12 dudit mois, faite ès-mains d'icelle Dantoine, & de maîtres Jacques Michel & Claude Gérard, receveurs des conſignations dudit Lyon : Et leſdits Bouvarlet, Favard & Mortelet, intimés : Et entre icelle Feron, appellante d'une autre permiſſion de ſaiſir, donnée par ledit juge-conſervateur de Lyon, le 11 janvier 1655, ſaiſie faite en conſéquence le 13 dudit mois, ès-mains de ladite Dantoine, & ledit Mortelet, intimé : Et encore entre icelle Feron, appellante d'un jugement rendu par ledit juge-conſervateur, le premier juillet 1653, & ledit Favard intimé : Et entre icelui Favard, demandeur en lettres en forme de requête civile, par lui obtenues en chancellerie, le 12 août 1656, & 16 juin 1657, contre les arrêts des 7 ſeptembre 1654, & 18 mai 1657, & ladite Feron, défendereſſe : Et entre ledit Mortelet, auſſi demandeur en lettres par lui obtenues le 16 mai audit an 1657, contre ledit arrêt du 7 ſeptembre 1654, & ladite Feron, défendereſſe : Et entre icelui Favard, demandeur en autres Lettres de requête civile, du 21 juillet 1657, contre l'arrêt du 13 avril précédent, & aux fins de la clauſe inſérée ès-dites lettres, & ladite Feron, défendereſſe : Et encore entre ledit Mortelet, demandeur en autres lettres en forme de requête civile, obtenues les 20 juin, & 18 août audit an 1657, contre leſdits arrêts des 23 avril, & 18 mai audit an, & ladite Feron, défendereſſe : Et entre icelle Feron, auſſi demandereſſe en lettres, en forme de requête civile, par elle obtenues le 4 août audit an 1657, contre l'arrêt rendu au profit dudit Favard, le 24 mai 1653, & ledit Favard, défendeur, d'autre. Vû par notredite cour en ladite chambre de l'édit, & en laquelle par arrêts des 14 avril & 30 juin 1655, les différends des parties auroient été reçus, ladite commiſſion du 12 ſeptembre 1654, & demande dudit Favard, à ce que les deniers par lui ſaiſis par exploit du 6 août 1653, ès-mains de ladite Dantaine, & qu'elle affirmeroit devoir à ladite Feron, lui fuſſent baillés & délivrés, ſur & tant moins & juſqu'à concurrence des ſommes de douze mille cinq cent livres, d'une part, & ſeize cent livres, d'autre, à lui adjugées par ſentence arbitrale du 7 ſeptembre 1651, homologuée par arrêt du premier décembre, & par ledit arrêt du 24 mai 1653, intérêts deſdites ſommes, frais & dépens, à ce faire ladite Dantoine contrainte, ce faiſant déchargée, & ladite Feron condamnée aux dépens : Défenſes, appointement en droit, production de ladite Feron, forcluſions de produire par ledit Favard ; ladite requête du 11 février 1655, & demande de ladite Feron, à ce que nonobſtant les ſaiſies & empêchemens faits par ledit Bouvarlet, Mortelet, Favard, Mailleſer, & autres ſes prétendus créanciers, ès-mains de ladite Dantoine, icelle Dantoine fût contrainte lui payer la ſomme de trente-deux mille cinquante-quatre livres quatre ſols un denier, à elle adjugée pour deniers dotaux, par ledit arrêt du 7 ſeptembre 1654, ſuivant ſon contrat de mariage avec ledit défunt Mamejan, paſſé en la ville de Lyon, le 4 décembre 1637, & intérêts de ladite ſomme, à raiſon de l'ordonnance, depuis la ſentence de ſéparation de biens d'entre elle & ledit Mamejan, du ſeize novembre 1647, juſqu'à l'actuel payement ; quoi faiſant, en demeureroit ladite Dantoine bien & valablement déchargée & quitte. Défenſes, appointement en droit, productions de ladite Feron, forcluſions de produire & contredire par ledit Bouvarlet, ſuivant l'arrêt du 26 février 1656, ladite requête du 27 mars audit an 1655, & demande dudit Bouvarlet, à ce que ſur ladite ſomme de trente-deux mille cinquante-quatre livres quatre ſols un denier, & intérêts échus & à écheoir, que ladite Dantoine étoit condamnée payer à ladite Feron, par ledit arrêt du 7 ſeptembre 1654, enſemble ſur les autres ſommes dûes à icelle Feron, tant par ladite Dantoine, qu'héritiers dudit Mamejan, en principal & intérêts, échus & à écheoir, frais & dépens, ledit Bouvarlet & autres créanciers de ladite Feron, ſaiſiſſans leſdits deniers, ſeront payés des ſommes, pour leſquelles ils avoient fait ſaiſir, tant en principal, intérêts, que frais & dépens, ſoit par préférence, contribution ou autres ; à ce faire ladite Dantoine & héritiers Mamejan contraints par les voies qu'ils étoient condamnés & obligés ; ce faiſant, en demeureront d'autant quittes & déchargés envers ladite Feron, & elle vers leſdits Bouvarlet & créanciers ſaiſiſſans : Ladite requête du 4 avril audit an 1655, & demande dudit Fremin, à ce que ſur les deniers dûs par ladite Feron audit Favard, qui ſeroit payé par préférence audit Bouvarlet & tous autres ſaiſiſſans, des ſommes pour leſquelles il auroit fait ſaiſir ès-mains de ladite Dantoine, ledit Fremin fût payé des ſommes de quinze cent livres, & quatre mille livres, intérêts, frais & dépens à lui dûs par icelui Favard ; à ce faire ladite Dantoine contrainte, ce faiſant, en demeureroit bien & valablement déchargée : Ladite demande incidente dudit Favard, énoncée en ſes défenſes, dudit jour 15 avril 1655, à ce que ſur ladite ſomme de trente-deux mille cinquante-quatre livres quatorze ſols un denier, & autres ſommes dûes à icelle Feron par ladite Dantoine, ledit Favard fût payé des ſommes à lui dûes par ladite Feron, tant en principal, intérêts, que frais & dépens : Ladite requête & demande de ladite Dantoine énoncée audit arrêt du 31 juillet 1655, à ce qu'attendu qu'elle étoit pourſuivie en diverſes juriſdictions à la requête des créanciers de ladite Feron, pour affirmer les ſommes qu'elle lui devoit, leſquelles elle avoit offert conſigner, il fût ordonné que ladite Feron & ſeſdits créanciers ſaiſiſſans conteſteroient entr'eux ſur leurs préférences ; & cependant que défenſes leur ſeroient faites d'exécuter aucunes contraintes à l'encontre d'elle : Défenſes reſpectivement fournies par les parties contre leſdites demandes d'iceux Bouvarlet, Fremin, Dantoine, & demande incidente dudit Favard : Appointement en droit pris ſur icelles ; productions deſdits Bouvarlet, Dantoine, Feron, Mortelet & Favard : Forcluſions de produire par ledit Fremin : Contredits & requêtes employées pour contredits par leſd. Feron, Favard, & Dantoine, ceux de ladite Feron pour le tout, & ceux deſdits Favard & Dantoine contre les productions de ladite Feron, chacun à leur égard, même à ceux dudit Favard, contre les productions faites par ladite Feron ſur la demande d'icelui Fa-

BIU Cujas

vard, aux fins de ſadite commiſſion, du 12 ſeptembre 1654 : forcluſions d'en fournir par leſdits Bouvarlet, Fremin & Mortelet, contre les productions de ladite Feron, même par iceux Bouvarlet, Fremin, Mortelet, Favard & Dantoine, contre les productions les uns des autres : Le procès-verbal de vente, fait par ledit Magneron huiſſier, à la requête dudit Favard, les 3, 4 & 5 juillet 1653, de cent vingt-trois piéces un tiers d'étamine, cent cinquante-deux piéces ras de Châlon de diverſes couleurs, & douze piéces de toile de Hollande, au profit de Jean-Ambroiſe Ferrary, marchand audit Lyon : La permiſſion de ſaiſir dudit juge-conſervateur dudit Lyon, & ſaiſies faites en conſéquence le 6 août audit an 1653, à la requête dudit Favard, ès-mains d'icelle Dantoine, pour ſureté deſdites ſommes de douze mille cinq cent livres, ſeize cent livres : Leſdits jugemens des 5, 22, dudit mois d'août : Le premier, par lequel auroit été ordonné que des deniers provenus de la vente deſdites marchandiſes, Catherine Eſquelin veuve de défunt Ambroiſe Cerizé, ſeroit payée de la ſomme de cent livres, pour le louage d'un magaſin, où avoient été miſes leſdites marchandiſes, & garder icelles, ſi mieux n'aimoient leſdits Favard & Feron s'en rapporter au dire d'experts, ce qu'ils ſeroient tenus opter dans le jeudi enſuivant, ſinon l'option référée à ladite Eſquelin, qui ſeroit en outre payée ſur leſdits deniers de la ſomme de vingt-ſept livres, pour les frais par elles faits, y compris les frais dudit jugement ; au payement deſquelles ſommes, ſeroit l'adjudicataire deſdites marchandiſes, contraint comme dépoſitaire : Et le deuxiéme, qui auroit fait main-levée audit Favard des oppoſitions formées par ladite Eſquelin & Daniel Leſgreley, à la délivrance des deniers provenus de la vente deſdites marchandiſes ; & ordonné ſans s'arrêter à icelles, que leſdits deniers ſeroient baillés & délivrés audit Favard ou à autres, ayant de lui charge, à ce faire ceux qui étoient ſaiſie deſdits deniers, contraints comme dépoſitaires, ce faiſant déchargés, & ſans dépens, ſauf audit Favard à les employer en frais d'exécution : Leſdites permiſſions de ſaiſir du prevôt de Paris, du huit dudit mois d'août : Commiſſion du même jour, pareatis des préſidiaux de Lyon, du 13 dudit mois, & ſaiſie faite en conſéquence ès-mains de ladite Dantoine, le 19 ſeptembre enſuivant, & la requête dudit Favard, comme créancier dudit Mortelet, prétendu créancier de ladite Feron, pour ſureté des ſommes de quatre mille huit cent livres, & neuf cent trente-deux livres un ſol, intérêts & dépens à lui prétendus dûs par ledit Mortelet : Arrêt du 26 mai 1656, par lequel ſur leſdites appellations interjettées par ladite Feron deſdites ventes de marchandiſes, permiſſion de ſaiſir, ſaiſies, ordonnances & jugemens, les parties auroient été appointées au conſeil : Cauſes d'appel & réponſes : Productions des parties, leurs contredits ſuivant ledit arrêt & requête, qui l'auroit déclaré commun : Ceux dudit Favard, énoncés en ceux par lui ci-devant fournis : Leſdites permiſſions de ſaiſir, du 11 ſeptembre 1654 : Commiſſion ſur icelles du même jour, & ſaiſie faite en conſéquence le 18 dudit mois, ès-mains de ladite Dantoine, à la requête dudit Bouvarlet, pour ſureté des ſommes de quatorze mille quatre cent quatre-vingt livres, & trois cent cinquante-ſix livre à lui prétendues dues par ladite Feron : Leſdites permiſſions de ſaiſir ; commiſſion & ſaiſies faite ès-mains deſdits Girard, Michel & Dantoine, à la requête deſdits Bouvarlet, Favard & Mortelet, des 6 & 12 juillet 1655, pour ſureté des ſommes de neuf mille ſix cent livres, quatorze mille livres, quatorze mille quatre cent quatre-vingt quatre livres trois cent cinquante-ſix livres, & intérêts deſdites ſommes prétendues par ledit Bouvarlet ; douze mille cinq cent livres, & ſeize cent livres, intérêts, frais & dépens prétendus par ledit Favard, & autres ſommes prétendues par ledit Mortelet : arrêt dudit jour 26 mai 1656, qui auroit ſur leſdites appellations appointé les parties au conſeil : Cauſes d'appel de ladite Feron ; forcluſions de fournir de réponſes : Productions deſdits Feron, Favard & Mortelet : requête d'icelle Feron, employée pour contredits, ſuivant ledit arrêt & requête, qui l'auroit déclaré commun : forcluſions d'en fournir par leſdits Favard & Mortelet, & de produire & contredire par ledit Bouvarlet : Leſdites permiſſions de ſaiſir, & ſaiſie faite entre les mains de ladite Dantoine, à la requête d'Eſtienne Mortelet, tant en ſon nom, que comme ſoi-diſant avoir droit dudit Nicolas Mortelet, des 11 & 13 janvier 1655, pour ſureté des ſommes de dix-ſept mille quatre cent quatre-vingt-ſix livres onze ſols, prétendues adjugées audit Nicolas Mortelet, contre icelle Feron, par ſentence du 24 novembre 1649, quatre mille livres prétendues adjugées à Gilles Gillet, trois mille ſix cent tant de livres, prétendues adjugées à René le Long, & trois mille livres à François & Claude Chapelot, intérêts deſdites ſommes, frais & dépens : Arrêt du 16 juillet 1656, par lequel ſur l'appel interjetté par ladite Feron, deſdites permiſſions de ſaiſir, & ſaiſies, les parties auroient été appointées au conſeil : Requête de ladite Feron, employée pour cauſes d'appel, écritures & productions : forcluſions de fournir de réponſes audit emploi, & de produire par ledit Mortelet : Ledit jugement du premier juillet 1653, qui auroit ordonné que leſdits arrêts des 1 décembre 1651, & 24 mai 1653, ſeroient exécutés, ſauf à ladite Feron de retirer les marchandiſes en queſtion, & faire contraindre les gardiens d'icelles, après qu'elle auroit payé la ſomme de treize mille cent cinquante livres, prétendue par ledit Favard lui être dûe de reſte : arrêt du 21 février 1657, qui auroit ſur l'appel dudit jugement, appointé les parties au conſeil : Requête de ladite Feron, employée pour cauſes d'appel, écritures & productions : forcluſions de fournir de réponſes audit emploi, & de produire par ledit Favard : Requête d'icelui Favard, du 18 août 1656, à ce qu'il fût, en tant que beſoin ſeroit, reçu oppoſant à l'exécution dudit arrêt du 7 ſeptembre 1654, en ce que ladite Feron ſuppoſoit que par icelui ſes deniers avoient été déclarés non aliénables ni ſuſceptibles d'hypothéque ; faiſant droit ſur ladite oppoſition, les fins & concluſions par lui priſes en l'inſtance, lui fuſſent adjugées ; ladite requête ſignifiée, & ſur icelle réſervé à faire droit en jugeant : Réponſes de ladite Feron ; leſdites lettres en forme de requête civile dudit Favard, des 12 août 1656, & 16 juin 1657 : Arrêts des 7 ſeptembre 1654, & 18 mai 1657, contre leſquels elles auroient été obtenues : Arrêts des 12 avril & 22 juin audit an 1657, qui auroient ſur leſdites lettres appointé les parties au conſeil, joint les fins de non-recevoir de ladite Feron, & défenſes au contraire : Moyens & requête employée pour moyens de requête civile, par ledit Favard : Requête de ladite Feron employée pour réponſes : Productions dud. Favard : Autre production & requête employée pour production par ladite Feron : Contredits deſdites parties, ſuivant ledit arrêt & requête qui l'auroit déclaré commun : Salvations de ladite Feron : Leſdites lettres de requête civile dudit Mortelet du 16 mai audit an

BIU Cujas

1657 : arrêt dudit jour 6 septembre 1654, contre lequel elles auroient été obtenues : Arrêt du 4 juin audit an 1657, par lequel sur lesd. lettres les parties auroient été appointées au conseil, joint les prétendues fins de non-recevoir de lad. Feron, défenses au contraire ; & acte aux parties de ce que pour moyens de requête civile, fins de non-recevoir, réponses, écritures & productions, elles auroient employé ce qu'elles avoient écrit & produit : Lesdites lettres de requête civile dudit Favard, du 21 juillet 1657, & arrêt du 13 avril précédent, contre lequel elles auroient été obtenues : [ensemble sa demande inserée ès-dites Lettres, à ce qu'il lui fût permis d'articuler, comme il faisoit positivement, que la loi *julia* & autres semblables, introduites en faveur des femmes, n'avoient jamais eu lieu par la disposition même du droit civil à l'égard des dots mobiliaires, & que par l'édit d'Henry IV. du mois d'août 1606, vérifié en la cour le 22 mai 1607, le Velleïen, l'authentique *si qua mulier*, & tous les autres droits introduits en faveur des femmes par le droit écrit, avoient été abolis & abrogés, soit pour l'intérêt du commerce, qui seroit trop difficile, même impossible, si les biens dotaux ne pouvoient être aliénés & hypothéqués ; que c'étoit un usage universellement reçu, & inviolablement pratiqué dans tous les pays de Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois, & particulierement dans la ville de Lyon, où le commerce étoit si nécessaire & si commun, que les femmes y pouvoient valablement aliéner & hypothéquer, non-seulement leur dot mobiliaire, mais immobiliaire, quoique lesdits pays soient d'ailleurs régis par le droit écrit, comme icelui Favard offroit justifier par enquête par turbes, & dont même il rapportoit dès-à-présent la preuve par plusieurs consultations, sentences, arrêts & actes de notoriété, des principaux siéges dudit pays : ce faisant, que suivant la disposition du droit écrit les dots mobiliaires fussent déclarées susceptibles d'hypothéques ; & suivant l'usage desdits pays de Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois, les dots tant mobiliaires qu'immobiliaires déclarées aliénables, susceptibles d'hypothéques dans ledit pays ; & en conséquence les fins & conclusions par lui prises en l'instance, adjugées.] Arrêt du 26 juillet 1657, qui auroit sur lesdites lettres appointé les parties au conseil, & sur ladite demande y énoncée en droit, joint les fins de non-recevoir de ladite Feron, & défenses au contraire : Requête de ladite Feron, employée pour fin de non-recevoir : Forclusions de fournir de réponses : Requêtes employées pour moyens de requêtes civiles : productions dudit Favard, & requête de ladite Feron, employée pour productions : contredits d'icelle Feron, suivant ledit arrêt & requête, qui l'auroit déclaré commun : Lesdites lettres de requête civile dudit Mortelet, des 20 juin, & 18 août audit an 1657 : Arrêt du 22 juin, & 13 août 1657, par lequel sur lesdites lettres, les parties auroient été appointées au conseil, joint les prétendues fins de non-recevoir de ladite Feron, & défenses au contraire : Requête de ladite Feron, employée pour fins de non-recevoir : Forclusions de fournir de réponses : Moyens de requête civile, requêtes employées pour réponses : Productions dudit Mortelet : Autre production, & requête employée pour production par ladite Feron : Contredits & requête, employée pour contredits par icelle Feron, suivant ledit arrêt & requête, qui l'auroit déclaré commun : Forclusion d'en fournir par ledit Mortelet : Lesdites lettres en forme de requête civile de ladite Feron, & arrêt du 24 mai 1653, contre lequel elles auroient été obtenues : Arrêt du 7 septembre 1657, qui auroit sur icelle appointé les parties au conseil, joint les prétendues fins de non-recevoir dudit Favard, & défenses au contraire : Requête employée pour moyens de requête civile : Réponses, fins de non-recevoir dudit Favard : Réponses de ladite Feron, employée pour addition de moyens de requête civile : Réponses dudit Favard : Production des parties, leurs contredits & requête de ladite Feron, employée pour salvations, suivant ledit arrêt & requête qui l'auroit déclaré commun : Requête du 9 février 1657, présentée par ledit Estienne Mortelet, à fin d'intervention en ladite instance, jointe à ladite instance par arrêt du 8 mai ensuivant, pour en jugeant y avoir tel égard que de raison : Autre requête dudit Favard, du 13 juin 1657, à ce qu'acte lui fût donné de la demande qu'il formoit à l'encontre de ladite Feron, à ce que le traité ou troc fait entre les parties le 24 mars 1650, fut exécuté ; ce faisant que ladite Feron fût tenue lui payer ce qu'elle lui devoit de reste desdites sommes de douze mille cinq cent livres, intérêts échus & à écheoir, frais & dépens ; & à cette fin, que les deniers saisis ès-mains de ladite Dantoine lui fussent baillés & délivrés, jusqu'à concurrence dudit reste & intérêts, aux offres qu'il faisoit de rendre à ladite Feron les perles qu'elle lui avoit fournies suivant ledit traité, en lui payant la somme de trois mille livres, à laquelle il se restraignoit pour la valeur d'icelle, sinon que ledit troc fût résolu ; ce faisant, qu'icelui Favard rendroit à ladite Feron lesdites perles, en lui payant par elle le prix de la vente des marchandises saisies & vendues à la requête de François Chapelot & Pascal Charain, créanciers de ladite Feron, faisant partie des marchandises à elle données en troc, ce que ladite Feron seroit tenue opter dans le tems qu'il plairoit à la cour, autrement l'option à lui réferée, & ladite Feron condamnée aux dépens, sur laquelle auroit été réservé à faire droit en jugeant : Requête d'icelle Feron, du 26 dudit mois de juin, employée pour réponses : Autre requête dudit Favard employée pour répliques : Faits & articles dudit Favard, sur lesquels il auroit requis l'interrogatoire de ladite Feron : Procès-verbal du conseiller commis, du 12 dudit mois de juin 1657, & jours suivans, contenant les comparutions dudit Favard & ses requisitions, à ce que faute d'avoir par ladite Feron subi l'interrogatoire sur lesdits faits, ils fussent tenus pour confessés & avérés : Arrêt du 25 dudit mois de juin, qui auroit joint lesdits faits & procès-verbal à l'instance d'entre les parties, pour en jugeant y avoir tel égard que de raison : Requête dudit Favard du 18 juillet ensuivant, à ce qu'il fût ordonné que ladite Feron subiroit l'interrogatoire sur lesdits faits, & jusqu'à ce, qu'il seroit surcis au jugement du procès communiqué à partie, de l'ordonnance de la cour : Autre requête dudit Favard du 25 février 1658, à ce qu'en conséquence des saisies & vente faites de partie des marchandises données en troc à ladite Feron par icelui Favard, à la requête dudit Charain, contenues au procès-verbal du 7 août 1651, produit au procès, qu'il fût ordonné qu'il demeureroit quitte & déchargé desdites marchandises envers ladite Feron, qui seroit condamnée en ses dommages, intérêts & dépens ; sur laquelle requête auroit été réservé à faire droit en jugeant : Autre requête de ladite Feron, employée pour réponses : Arrêt du 29 mai audit an 1658, donné entre Marie Gaultier, veuve dudit Favard, tutrice de Remy Favard, fils dudit défunt & d'elle, ayant repris l'instance en son lieu, par acte du 23 dudit

mois

mois de mai, demandereſſe aux fins de la requête du 27 dudit mois, à ce que les parties fuſſent réglées ſur la demande dudit défunt Favard, portée par ladite commiſſion du 20 février dernier, contre ledit Charain, pour la repréſentation des piéces mentionnées audit procès verbal du 7 août 1651, après ſa déclaration que pour toutes écritures & productions ſur ladite demande, elle employoit les procès verbaux de ſaiſie & vente, faites à la requête dudit Charain, enſemble ladite commiſſion & exploit, d'une part; & leſdits Charain & Feron, défendeurs, d'autre, par lequel ladite requête auroit été jointe à l'inſtance, pour en jugeant y avoir tel égard que de raiſon. Arrêt du 21 juin 1658, donné entre ladite Gaultier, audit nom, demandereſſe en requête du 21 dudit mois, à ce que l'appointement en droit, qu'il avoit fait offrir au procureur dudit Charain, ſur la demande dudit défunt Favard, contenue en ladite commiſſion du 20 février audit an, portant jonction à l'inſtance d'entre leſdites Feron, Gaultier, audit nom, & autres, fût reçu, d'une part; & leſdits Feron & Charain, défendeurs, d'autre; par lequel, ſans avoir égard audit appointement, auroit été ordonné qu'il ſeroit paſſé outre au jugement du procès; ſur ce qui ſe trouveroit pardevers ladite cour, en vertu dudit arrêt. Lettres obtenues en chancellerie par ladite Dantoine le 22 dudit mois de juin 1658, afin d'articuler & vérifier les faits y contenus, comme nouveaux & déciſifs, & requête à fin d'entérinement, communiquée à partie, & miſe au ſac, de l'ordonnance de ladite cour : requête de ladite Feron, employée pour réponſes : deux productions nouvelles d'icelle Feron : contredits de ladite Gaultier, audit nom, contre l'une d'icelles : forcluſions d'en fournir contre l'autre : Deux autres productions nouvelles de ladite Gaultier : contredits & requêtes employés pour contredits contre icelles par ledit Favard, autre production nouvelle de ladite Dantoine, & requête de ladite Feron, employée pour contredits : interrogatoire d'icelle Feron, du 11 du préſent mois, ſur les faits à elle communiqués par ladite Dantoine, joints au procès, pour en jugeant y avoir tel égard que de raiſon : concluſions du procureur général du roi : Acte contenant ſignification de la rédiſtribution : tout joint & conſidéré : NOTREDITE COUR, faiſant droit ſur le tout, ſans s'arrêter aux fins de non-recevoir, intervention dudit Mortelet, lettres deſdits Favard & Dantoine, des 21 juillet 1657 & 22 juin 1658; Offres & requêtes deſdits Favard & Gaultier, audit nom, des 18 août 1656, 13 juin & 18 juillet 1657, 25 février & 27 mai 1658, ayant égard aux lettres en forme de requête civile de ladite Feron, & icelles entérinant, remet les parties en tel état qu'elles étoient auparavant ledit arrêt du 24 mai 1653 : Ce faiſant, à débouté & déboute ladite Gaultier, audit nom, & leſdits Bouvarlet & Dantoine de leurs demandes des 12 ſeptembre 1654, 17 mars, 15 avril & 31 juillet 1655, & ledit Mortelet de ſes lettres en forme de requête civile, le condamne en une amende ſeulement, tant envers le roi, que ladite Feron; & en conſéquence a mis & met les appellations par elle interjettées, tant à l'égard de ladite Gaultier, audit nom, que deſdits Bouvarlet & Mortelet, & ce dont a été appellé, au néant; émendant, lui fait main-levée des ſaiſies ſur elle faites à leur requête, ès mains de ladite Dantoine, & deſdits Girard & Michel; enſemble des autres ſaiſies, ſi aucunes ont été faites par les créanciers deſdits Mamejan & Feron, pour dettes contractées du vivant d'icelui Mamejan : ce faiſant, ſera tenu lui payer la ſomme de trente-deux mille cinquante-quatre livres quatre ſols un denier, à elle adjugée pour deniers dotaux, par ledit arrêt du 7 ſeptembre 1654, conformément à ſon contrat de mariage du 4 décembre 1637, avec l'intérêt au denier dix-huit, en argent ou quittances valables, échûs depuis ladite ſentence de ſéparation du 16 novembre 1647, juſqu'à l'actuel payement, en fourniſſant par elle main levée à ladite Dantoine des ſaiſies, ſi aucunes ſe trouvent avoir été faites en ſes mains, pour dettes contractées par ladite Feron, depuis la mort dudit Mamejan, & lui déduiſant ſes frais de ſaiſies & arrêts : Ordonne, que ſur les ſommes de quinze mille livres, pour le prix des perles baillées, en échange audit Favard par contrat du 24 Mars 1650, neuf cens livres pour l'eſcompte dudit échange, ſix cens livres de dommages & intérêts, & trois cens cinquante livres de dépens, adjugés à ladite Feron, par ſentences des 5 janvier & 7 ſeptembre 1651, revenant le tout à ſeize mille huit cens cinquante livres, déduction ſera faite à ladite Gaultier de la ſomme de ſept mille deux cens quatre-vingt-douze livres, pour le prix des marchandiſes ſaiſies & vendues à la requête deſdits Chapelot, par le procès verbal du 24 mai 1651 : Condamne icelle Gaultier payer à ladite Feron le ſurplus reſtant, montant à neuf mille cinq cens cinquante-huit livres; & outre, ès dommages & intérêts d'icelle Feron, liquidés à ſix mille trois cens quarante cinq livres; même reſtituer à icelle Feron la lettre de change de douze mille cinq cens livres, baillée audit Favard, lors dudit contrat d'échange, du 24 mars 1650, ſi ladite Gaultier l'a en ſa poſſeſſion, ſinon ſe purgera par ſerment, pardevant le conſeiller rapporteur, que par dol ni fraude elle ne la retient, & que ſon mari ni elle n'ont reçu la ſomme y contenue, & ſur l'oppoſition & lettres en forme de requête civile dudit Favard, contre leſdits arrêts des 7 ſeptembre 1654, 13 avril & 18 mai 1657, & demande dudit Fremin, du 14 avril 1655, met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens de ladite oppoſition : Requête civile dudit Favard, & demande dudit Fremin; ſauf auxdits Bouvarlet & Mortelet à ſe pourvoir ſur les biens d'icelle Feron, autres que ceux ſtipulés dotaux, augment de dot & intérêt d'iceux, par l'arrêt du 18 mai 1657, ſuivant & conformément à icelui & à ladite Féron, contre leſdits Chapelot & autres, pour la reſtitution, tant de la ſomme de quinze cens quatre-vingt-dix livres quatre ſols, procédans du prix des marchandiſes contenues au procès verbal du 24 mai 1651, outre les trois mille livres à lui dûes, que pour la même vente par elle prétendue, deſdites marchandiſes, conformément à la ſentence arbitrale, du 7 ſeptembre 1651; ſauf à ladite Gaultier ſon recours contre ledit Charain, ainſi qu'elle aviſera bon être, défenſes au contraire : condamne leſdits Gaultier, Bouvarlet, Mortelet & Dantoine en tous les autres dépens, chacun à leur égard; demeureront néanmoins ceux adjugés contre ladite Dantoine, compenſés avec leſdits frais de ſaiſies. Si te mandons, à la requête de ladite Feron, le préſent arrêt mettre à dûe & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur; de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris, en notredite cour de Parlement, le treiziéme juillet, l'an de grace mil ſix cent cinquante-huit, & de notre regne le ſeiziéme. *Signé*, par la chambre. DU TILLET. Et ſcellé.

Nous ne doutons pas, que comme l'on a fort murmuré du premier arrêt, ce dernier

BIU Cujas

n'excite un plus grand murmure, même qu'on ne trouve mauvais que nous l'ayons inséré dans ce recueil; mais il est plus à propos qu'il soit notoire, que si pour l'ignorer, on s'assuroit trop légérement sur l'obligation des femmes, & sur l'hypothéque de leurs biens dotaux. Tant y a que ce dernier arrêt rendu sur les requêtes civiles, & avec grande connoissance de cause, ne doit plus laisser de doute; & il en faut demeurer là, s'il n'y est dérogé par un édit.

OBSERVATIONS.

CETTE addition étoit à la fin de ce présent tome, j'ai cru qu'elle seroit mieux placée en cet endroit; elle contient l'arrêt intervenu sur les requêtes civiles, dont parle l'auteur; par cet arrêt rendu avec mure délibération, la cour a jugé que la loi *julia, de fundo dotali*, devoit être suivie dans les pays de droit de son ressort, nonobstant les actes de notoriété au contraire; mais aujourd'hui elle n'est plus suivie au moyen d'une déclaration du roi qui l'a abrogée; je l'ai rapportée dans mes observations sur la question 8 de ce livre 4. En conséquence de cette déclaration, tous les arrêts rapportés ici par notre auteur, paroissent assez inutiles: mais je n'ai pas cru devoir rien retrancher dans l'ouvrage de mon auteur, si ce n'est qu'à la tête de l'addition l'on avoit transcrit une seconde fois l'arrêt du 7 septembre 1654, que j'ai jugé à propos de ne pas répéter, de peur de fatiguer le lecteur par la double lecture d'un même arrêt.

DE L'ÉTAT DES ENFANS.

QUESTION CENT-QUARANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Si l'enfant né pendant le mariage d'un homme impuissant peut devenir légitime par le mariage subséquent avec le pere de cet enfant.*
2. *Raisons pour la validité de la légitimation.*
3. *Raisons contre la légitimation.*
4. *Arrêt célébre du 13 juin 1651, en faveur de M. le duc de Vendôme, contre madame la duchesse d'Elbeuf sa sœur, contenant les plaidoyers des avocats des parties; & de M. Talon avocat général, par lequel madame d'Elbeuf est déclarée non-recevable en sa requête, tendante à contester l'état de M. de Vendôme; sur ce qu'il étoit né pendant le mariage de leur mere avec M. de Liancourt, depuis délaré impuissant.*

QUESTION CXLII.

Si un mariage étant déclaré nul par impuissance, cette nullité marche en arriere, & peut faire qu'un enfant né avant la sentence du juge d'église, ne soit pas adultérin, & qu'il puisse être légitimé.

NOUS n'avions pas résolu d'insérer en ce recueil l'arrêt donné en faveur de monsieur de Vendôme, contre monsieur & madame d'Elbeuf. Double considération sembloit ne le point permettre; l'une tirée de l'éclat de ces illustres personnes, dont on ne doit parler qu'avec respect; l'autre, que nous
1 avons déja touchée en notre précédent recueil, la même & principale difficulté, sçavoir, si la femme pendant le mariage présumé faisant un enfant, il doit passer pour adultérin, quoiqu'en après le mari soit reconnu impuissant & déclaré tél.

2 D'une part, & en faveur de l'enfant, on peut dire que cette impuissance a un effet rétroactif, & que, comme l'Eglise n'a intention de joindre que des personnes capables des effets du mariage, son dessein, ni le Sacrement ne peut pas s'étendre à ceux qui sont impuissans. C'est un obstacle aussi-bien de la part des conjoints, que de l'Eglise.

Car s'il est vrai que le consentement fait le mariage; comme nous disons, *nihil esse tàm contrarium consensui quàm error;* aussi faut-il avouer qu'une femme ne consent à prendre pour mari, qu'un homme capable des œuvres du mariage; que c'est une condition *sine qua non;* de sorte que se trouvant abusée, il est vrai de dire qu'elle n'a point prêté de consentement; par conséquent, qu'il n'y a point eu de mariage, d'effet ni de volonté.

Ainsi la femme, dans cette froideur naturelle du mari, ayant recherché ailleurs qui pût suppléer à son défaut, & satisfaire à l'ardeur qui presse une jeune mariée, on peut soutenir que cet enfant n'est pas adultérin, & qu'il peut être légitimé par un mariage subséquent, qui marche en arriere.

Néanmoins, suivant le sentiment de monsieur Lepreſtre, chap. 5 de la seconde centurie, nous 3
avons conclu que c'étoit une espéce d'adultére, la femme ne laissant pas d'être jointe, *si non vincu-*

BIU Cujas

lo naturæ, saltem vinculo juris. A quoi nous ajoutons, que comme la femme ne peut pas elle-même se faire droit, ni être juge en sa cause; que comme le lien du mariage est *in suspenso*, elle ne peut aussi anticiper la sentence de séparation, sans choquer le droit public, les loix & les bonnes mœurs; & partant, nous estimons que l'enfant né d'une telle conjonction a quelque tâche de plus que du simple concubinage.

C'est pourtant une question que la cour n'a point jugée; & elle s'est plutôt arrêtée à la fin de non-recevoir, qu'au défaut de la naissance. Elle n'a pas cru qu'après tant de tems & d'actes approbatifs, cette action fût recevable.

Ludovicus à Pegnera, en ses décisions du sénat de Catalogne, chap. 93, ayant agité si la femme convaincue d'adultére perd sa dot, & si elle est acquise au mari, après avoir déterminé la question pour l'affirmative, conclut que cela a lieu, quoique le mariage fût nul, & soit après déclaré tel, *cùm considerandus sit matrimonii status, qui erat tempore commissi criminis saltem putativè;* & cite la glose, *in cap. plerumque, in verbo non valebit, extra de donationib. inter virum & uxorem.*

Au reste, si cet arrêt, accompagné des plaidoyers, n'avoit roulé sous la presse, & n'avoit été donné au public, nous aurions peut-être fait difficulté de le joindre ici, même pour ne pas grossir notre ouvrage du labeur d'autrui.

Extrait des regîstres du Parlement.

4 Entre messire Charles de Lorraine, duc d'Elbeuf, pair de France, & dame Catherine Henriette, legitimée de France, son épouse, demandeurs en requête par eux présentée à la cour, le 29 avril 1651, tendante à ce que le sieur défendeur ci-après nommé soit condamné leur rendre tous les biens meubles, dont il s'est saisi après le décès de la dame duchesse de Beaufort sa mere, & se désister & départir de la propriété de tous les immeubles, avec restitution des fruits: lesdits meubles & immeubles à eux disant appartenir, comme prétendant ladite dame être la seule héritiere universelle, d'une part; & messire César de Vendôme, duc de Vendômois & de Mercœur, d'Estampes, Penthievre, & de Beaufort, pair, grand-maître & surintendant de la navigation & commerce de France, défendeur, d'autre part: Et entre ledit sieur duc de Vendôme, demandeur en requête du 19 mai ensuivant; en ce qu'en plaidant sur ladite requête, & déboutant lesdits sieur & dame d'Elbeuf des fins & conclusions d'icelle, il soit ordonné qu'elle sera supprimée, avec dépens, d'une part; & lesdits sieur & dame d'Elbeuf, défendeurs, d'autre part; & encore lesdits sieur & dame d'Elbeuf, demandeurs en autre requête par eux présentée le vingtiéme dudit mois de mai, tendante à ce qu'en plaidant sur leur premiére requête, il soit fait défenses audit sieur duc de Vendôme de prendre qualité d'héritier de ladite dame duchesse de Beaufort; & que les mots de supression employés dans sadite requête, demeureront rayés & supprimés, d'une part; & ledit sieur duc de Vendôme, défendeur, d'autre part; & encore lesdits sieur & dame d'Elbeuf, demandeurs en lettres par eux obtenues en chancellerie le 7 juin audit an, tendantes à fin de rescision du contrat fait entre les parties le 17 janvier 1619, & d'être restitués contre tous les autres actes passés en conséquence, d'une part; & ledit sieur duc de Vendôme, défendeur, d'autre part; sans que les qualités puissent nuire ni préjudicier.

Bataille, pour les sieur duc & dame duchesse d'Elbeuf,

A DIT:

Messieurs, le titre de la demande des sieur & dame d'Elbeuf est, à ce que ladite dame soit maintenue & gardée en tous les biens de la dame duchesse de Beaufort sa mere; que le sieur duc de Vendôme, son frere, qui s'est saisi de la meilleure partie, à son préjudice, & pendant sa minorité, soit condamné s'en désister & départir avec restitution de fruits.

Encore que ce titre soit grand & spécieux, la conséquence en est beaucoup plus grande: puisqu'il comprend la propriété du duché de Beaufort, la propriété de celui d'Estampes, la propriété du marquisat de Monceaux, de la terre & seigneurie de Vandeuil, Larzicourt, & autres terres, & de tous les effets mobiliaires, entre lesquels il y a des resériptions sur le roi, de la somme de dix-huit cent cinquante mille livres, qui ont été actuellement touchées & reçues: tellement que le sieur duc d'Elbeuf se promet de faire voir en cette cause, que le sieur duc de Vendôme lui retient injustement plus de cinq ou six millions de biens, mais biens, la plupart importans, puisque les terres portent le titre & la dignité de duchés, de pairies & de marquisats.

De quelque conséquence que soit cette demande, le sieur duc d'Elbeuf y a voulu garder la bienséance, & toutes les raisons d'honneur qui conviennent à sa qualité. Il a simplement exposé par sa requête, que ladite dame d'Elbeuf son épouse étoit seule & universelle héritiere de la dame duchesse de Beaufort sa mere; qu'à son préjudice, & pendant sa minorité, le sieur de Vendôme son frere s'étoit mis en possession de tous les biens, & ensuite a formé sa conclusion, sans en expliquer aucune raison: parce que lui étant nécessaire, pour l'établissement de sa demande, de rappeller dans le public la mémoire du vice & du défaut de la naissance du sieur duc de Vendôme, il n'en a voulu laisser aucune marque, ni aucun témoignage dans sa requête, afin de conserver toutes entieres les voies d'accommodement, & les voies de l'honneur, par l'entremise de leurs parens & de leurs amis communs, auxquels il a toujours voulu soumettre le jugement de ses prétentions.

Il a été si ponctuel en l'observation de cette loi de bienséance, qu'après avoir fait dresser sa requête, & l'avoir fait répondre, avant que de la faire signifier, il pria le sieur maréchal d'Estréés, oncle & parent commun du sieur duc de Vendôme & de la dame duchesse d'Elbeuf, d'en donner avis audit sieur duc de Vendôme, avec ordre d'en croire leurs parens & amis.

L'on peut même dire que le sieur duc d'Elbeuf a été excessivement religieux en l'observation de ces voies de civilité, parce qu'il n'a voulu intenter sa demande, qu'au moment que la poursuite en étoit absolument nécessaire, & sur le point d'être prescrite, si elle eût été plus long-tems tenue dans le silence. La cour verra dans la suite que c'est ce que l'on lui oppose principalement, d'avoir différé, par tant d'années, une demande si importante; tellement que si les sentimens du sieur duc de Vendôme étoient suivis, les raisons de l'honneur & de la civilité, toujours inséparables des ames généreuses, formées par une institution convenable à leur naissance, auroient fait préjudice à la dame duchesse d'Elbeuf, de la propriété de tous les biens

BIU Cujas

de madame sa mere, que la cour jugera lui être injustement contestée.

Ces voies d'honneur & de bienséance n'ayant point été agréées par le sieur duc de Vendôme, trop affectionné aux biens qu'il posséde, & qui peut-être s'est persuadé qu'une possession injuste est un titre légitime; le sieur duc & la dame d'Elbeuf ont été obligés de faire signifier leur requête, & d'en poursuivre le jugement.

La raison de leur demande est prompte; elle est fondée sur la différence de la naissance de la dame duchesse d'Elbeuf, d'avec celle du sieur duc de Vendôme.

Ils n'estiment pas que dans le fait l'on puisse révoquer en doute la vérité de cette différence: les témoignages en sont si publics, que personne ne les ignore, & il est difficile d'empêcher qu'ils ne se conservent dans la postérité. C'est en cela que le sieur & la dame d'Elbeuf étant contraints pour la juste défense d'un bien si important, qui leur appartient, de remarquer l'imperfection de la naissance du sieur duc de Vendôme, ils ont cette satisfaction, qu'ils ne publient rien de nouveau, & qu'ils ne font que répéter les choses, dont l'histoire est un monument, qui se conserve contre les efforts du tems, & contre la suite des années.

La dame duchesse d'Elbeuf est née en l'an 1596, depuis la dissolution du mariage de madame la duchesse de Beaufort sa mere, avec le sieur de Liancourt, à cause de son impuissance, & par conséquent, étant née d'une personne libre, elle est de la condition des enfans que la loi appelle purement naturels, & qui sont les plus proches, après les enfans légitimes.

Le sieur de Vendôme, au contraire, est né en l'année 1594, pendant le mariage dudit sieur de Liancourt avec madame la duchesse de Beaufort, & avant même qu'il y eût aucune plainte contre ledit mariage, sous prétexte d'impuissance, ni sous quelqu'autre prétexte que ce soit; & partant, il est de la condition des enfans que la loi appelle adultérins, de la même catégorie que les enfans incestueux, dont les naissances sont en horreur aux loix divines & humaines.

Cette différence au fait de la naissance de la dame duchesse d'Elbeuf, d'avec le sieur duc de Vendôme, établit la différence de leurs droits, en la succession de la dame duchesse de Beaufort leur mere, d'autant qu'il est certain que la condition des enfans naturels est la plus pure, après les enfans légitimes, & celle que les loix ont davantage favorisé. Et de fait, par le droit romain, dont l'observation est encore en vigueur dans ce royaume, dans les provinces qui se régissent par le droit écrit, les enfans naturels, sans aucune grace, & sans aucune légitimation du Prince, sont capables de succéder à leurs meres, quand il n'y a point d'enfans légitimes, ainsi qu'il a été jugé récemment au parlement de Grenoble, dont l'arrêt est rapporté par monsieur d'Expilly, conseiller audit parlement.

Il est vrai que cette disposition de droit n'a pas été reçue dans nos païs coutumiers, dans lesquels les enfans naturels ne sont capables de succession, que quand la faveur de leur naissance est secourue & secondée de la grace du prince, & par le bienfait de sa légitimation.

Or, madame la duchesse d'Elbeuf a toutes ces qualités: l'on ne révoquera point en doute la condition de sa naissance; l'on doutera aussi peu de la vérité de ses lettres de légitimation, conséquemment, l'on ne peut pas douter qu'elle ne soit capable de la succession de madame la duchesse de Beaufort sa mere.

Comme les loix ont favorisé la condition des enfans naturels, & que par le droit les meres de familles n'avoient que le nom de femmes, qui est le nom de dignité & d'honneur, au-dessus de celles qui avoient produit des enfans dans une conjonction libre; les enfans adultérins ont toujours été l'objet de la haine & de l'aversion de toutes les loix. Il suffit de dire que les loix romaines en desiroient plutôt la mort que la naissance, puisque non-seulement ils étoient incapables de toutes sortes de dispositions, mais même ils n'étoient capables que d'alimens: ce qui est fondé sur la doctrine sainte, dans laquelle les naissances adultérines ont toujours été en abomination.

Ces doctrines se sont gardées si religieusement dans nos mœurs, que le roi même ne peut pas par ses lettres de légitimation rendre les enfans adultérins capables de posséder des biens en propriété, soit à titre de donation, soit à titre de succession, quoique la puissance royale soit absolue, & dans une révérence singuliére parmi les François; elle s'est elle-même donné pour bornes l'honnêteté & les bonnes mœurs, afin de ne pas souffrir un mêlange & une conjonction honteuse des enfans adultérins & incestueux, avec les enfans légitimes.

Il ne faut pas trouver étrange qu'il y ait une si grande différence entre les enfans nés d'une même mere, puisque les mêmes veines portent & contiennent toute la masse du sang, dont l'un sert à former les esprits à la nourriture & conservation de l'individu, & l'autre à sa perte & à sa corruption. Le sieur duc de Vendôme oppose deux choses à la demande du sieur duc d'Elbeuf.

La premiere, que depuis sa naissance, il y a eu sentence donnée par l'official d'Amiens, qui a déclaré le mariage nul d'entre la dame duchesse de Beaufort, & ledit sieur de Liancourt; ladite nullité fondée sur l'impuissance dudit sieur de Liancourt.

La seconde, que par la transaction de 1619, la dame duchesse d'Elbeuf a reconnu le sieur duc de Vendôme pour son frere & pour son cohéritier, & en cette qualité, a partagé avec lui, le partage exécuté pendant l'espace de plus de trente années; & par conséquent, qu'elle n'est plus recevable à lui contester son état.

Pour ce qui est de la sentence de l'official d'Amiens, il importe de l'examiner par le fait, c'est-à-dire, avec toutes les circonstances qui l'ont précédée & qui l'ont suivie; & par le droit, pour savoir si elle a pu annuller un mariage solemnel entre ladite dame duchesse de Beaufort, & ledit sieur de Liancourt; & réduire les choses au même état, que s'il n'y avoit jamais eu de Sacrement.

La dispute est de la qualité de la naissance du sieur duc de Vendôme; & partant, pour en faire un jugement favorable, il faut nécessairement considérer ladite naissance. Or, personne ne peut douter qu'au tems de la naissance du sieur duc de Vendôme, il n'y eût un mariage subsistant entre ledit sieur de Liancourt, & ladite dame duchesse de Beaufort; & partant, si le sieur duc de Vendôme est né d'une autre conjonction que de celle dudit sieur de Liancourt, & de ladite dame duchesse de Beaufort, il est né d'une conjonction furtive & adultérine.

Cette action ayant été définie en ce parlement, doit nécessairement recevoir sa définition par les régles de l'honnêteté publique. Or, quiconque attente à l'honneur d'une femme mariée, commet

BIU Cujas

adultére dès le moment qu'il en a formé la penſée; & les enfans qui en procedent ne peuvent être autrement qualifiés qu'adulterins.

L'on conſidere une action au tems qu'elle eſt commiſe, ce qui ſurvient après ne la peut pas changer; tellement qu'au tems de la naiſſance du ſieur duc de Vendôme, y ayant mariage concordant entre ladite dame ducheſſe de Beaufort, & ledit ſieur de Liancourt, l'action qui a donné cauſe à la production du ſieur duc de Vendôme, eſt un attentat contre l'honneur de ce mariage, & ce qui en eſt procédé une production adultérine.

Dans le particulier, l'on ne peut pas dire qu'il y eût aucune impuiſſance naturelle en la perſonne dudit ſieur de Liancourt, il avoit eu quatre enfans de ſon premier mariage, auparavant qu'il eût été marié avec ladite dame ducheſſe de Beaufort, lui-même en a rendu le témoignage par ſon teſtament; tellement que s'il y a eu impuiſſance, elle étoit accidentelle, & ne pouvoit pas toucher à l'eſſence du Sacrement.

Quel eſt le cas auquel le droit canon permet la plainte de l'accuſation du mariage, ſous prétexte d'impuiſſance? Quand une femme a conſervé l'honneur de ſon mariage, & que dans le vœu d'avoir des enfans, qui eſt le vœu commun des peres & meres, elle demande le ſecours de l'Egliſe. Mais qu'après qu'une femme a eu des enfans, elle puiſſe avouer qu'ils ne ſont point de ſon mariage, & accuſer ſon mari d'impuiſſance, l'honnêteté publique & les bonnes mœurs n'ont point ſouffert, juſqu'à préſent, une playe ſi mortelle, il y auroit à craindre que le crime ne fût la cauſe de l'impuiſſance, & non pas l'impuiſſance la cauſe de la plainte.

En ce qui eſt du droit, comme les loix de l'honnêteté & de la piété ſont univerſelles, toutes les doctrines ſont concurrentes en ce point, que l'impuiſſance n'eſt point un moyen d'annuller un Sacrement, lequel ſubſiſte dans la pureté du conſentement, & non point dans le commerce des perſonnes.

Dans le droit romain, c'eſt le conſentement qui fait le mariage; dans le droit canon, c'eſt la volonté: dans la Theologie, le conſentement fait la premiere perfection du mariage; la liberté qui permet les actions d'amitié ne vient qu'en conſéquence, comme une perfection ſeconde, mais qui n'eſt pas eſſentielle au Sacrement.

Dans le même droit canon, quand on demande quel ſecours l'on peut donner à une femme qui ſe plaint de l'impuiſſance de ſon mari, tous les canoniſtes répondent, que l'on les peut ſéparer, avec licence de contracter un autre mariage, ſelon les diverſes circonſtances du fait. Mais l'on a toujours révéré le Sacrement, comme un ouvrage de la main de Dieu, que toutes les autres puiſſances temporelles & eccléſiaſtiques ne conſiderent qu'avec révérence; & partant, c'eſt un ſecours donné à l'humanité & à la fragilité.

L'on ne peut pas douter de cette vérité, puiſqu'elle a été canoniſée par la congrégation de meſſieurs les cardinaux, rapportée par monſieur le cardinal d'Oſſat, en ſes lettres au ſujet de la diſſolution du mariage de Sigiſmond, prince de Tranſilvanie, avec Marie, archiducheſſe d'Autriche, à cauſe de l'impuiſſance de la princeſſe, où il paſſa par tous les ſuffrages en cela uniformes, que l'on ne pouvoit pas prononcer par nullité de mariage, mais ſeulement par grace & par diſpenſe.

Quant à la tranſaction de 1619, la défenſe ne convient pas à la condition des perſonnes. On demeure d'accord que la tranſaction de 1619, il y a plus de trente ans qu'elle a été paſſée; mais auſſi eſt-il conſtant que ladite dame ducheſſe d'Elbeuf étoit mineure. Elle eſt née au mois de novembre 1596; & n'a été faite majeure qu'au mois de novembre 1621; elle n'aura cinquante-cinq ans accomplis qu'au mois de novembre prochain, conſéquemment, elle eſt dans les trente ans de ſa majorité.

Quand elle ſeroit réduite à ſe défendre contre la preſcription de dix ans, il ne ſeroit pas difficile de montrer qu'il n'y a point eu de tems utile pour acquérir ladite preſcription.

La dame ducheſſe d'Elbeuf n'ayant été faite majeure qu'en 1621, ledit ſieur duc de Vendôme a été incontinent après, ſçavoir, en l'année 1626, arrêté dans le bois de Vincennes, par le commandement du roi, dont il n'eſt ſorti qu'en l'année 1633.

L'honneur ne permettoit pas aux ſieur & dame d'Elbeuf d'intenter leur action contre le ſieur duc de Vendôme, pendant ſa détention; c'eût été ajoûter une ſeconde affliction au malheur de ſon empriſonnement.

Avant la ſortie du ſieur duc de Vendôme, le ſieur duc d'Elbeuf avoit été obligé, dès l'année 1630, de ſortir du royaume, où il n'eſt retourné qu'en l'année 1643. Il étoit en tel état, qu'il étoit en une impuiſſance entiere d'agir, non pas ſeulement à cauſe de ſon abſence, mais à cauſe qu'il y avoit arrêt donné contre lui au parlement de Bourgogne, qui avoit jugé la confiſcation de ſes biens, contre lequel arrêt il a été reſtitué, & ſon innocence reconnue & déclarée par la cour.

Au même tems de ſon retour, ledit ſieur duc de Vendôme, & toute ſa maiſon étoit retombée dans ſon premier malheur, le ſieur duc de Beaufort, arrêté dans le bois de Vincennes, ledit ſieur duc de Vendôme contraint de s'abſenter du royaume, tellement que les voies de l'honneur & de la bienſéance, qui ſont la régle principale des actions des perſonnes de la qualité du ſieur duc d'Elbeuf, ne lui ont jamais laiſſé la liberté d'agir; & déduiſant le tems de l'abſence dudit ſieur duc d'Elbeuf, de celle dudit ſieur duc de Vendôme, & de ſa détention dans le bois de Vincennes, il ne ſe trouvera pas quatre années utiles pour la preſcription.

D'ailleurs, la preſcription de dix ans ne peut être oppoſée contre ladite tranſaction, & il faudroit néceſſairement une preſcription de trente ans; d'autant que par ladite tranſaction en forme de partage, l'on n'a point fait mention des principaux biens de la ſucceſſion de la dame ducheſſe de Beaufort, il n'eſt fait aucune mention du duché de Beaufort, de celui d'Eſtampes, du marquiſat de Monceaux, des principaux effets mobiliaires, & principalement des reſcriptions ſur le roi, qui montoient à dix-huit cent cinquante mille livres; & partant, tous ces biens avoient été divertis & recelés. Or, il eſt certain que les omiſſions, recelés & divertiſſemens ne ſe preſcrivent que par trente ans entre majeurs, & encore du jour qu'ils ſont connus & mis en évidence.

L'on ne peut pas douter de la vérité deſdits recelés, parce que dans les conférences qui ont été tenues par le commandement de la reine devant M. le chancelier, & les ſieurs maréchaux d'Eſtrées & de Grandmont, & quelques-uns des ſieurs conſeillers d'état, le ſieur duc d'Elbeuf ayant ſoutenu qu'il n'avoit été fait aucune raiſon à la dame ducheſſe d'Elbeuf de ſa part audit duché d'Eſtampes, M. François de Montholon, qui portoit la parole pour ledit ſieur duc de Vendôme,

BIU Cujas

dit que le duché d'Eſtampes n'avoit jamais été des biens de madame la ducheſſe de Beaufort, qu'il avoit été donné audit ſieur duc de Vendôme, par la défunte reine Marguerite, & ſur ce que Bataille lui demanda repréſentation du contrat, il repartit qu'il n'y étoit point obligé, & que c'étoit au ſieur duc d'Elbeuf à établir ſa demande, & en rapporter les piéces.

A préſent, l'on ne peut pas douter de la vérité dudit recelé, puiſque ledit ſieur duc d'Elbeuf a recouvré des comptes rendus par le nommé le Sueur, qui avoit été donné par le Roi pour adminiſtrateur des biens du ſieur duc de Vendôme & de la dame ducheſſe d'Elbeuf, dans leſquels il ſe voit qu'il a fait recette du revenu dudit duché d'Eſtampes; & a dit dans le texte de ſon article, que ledit duché avoit été donné par la reine Marguerite à madame la ducheſſe de Beaufort.

Les mêmes comptes font foi du divertiſſement du marquiſat de Monceaux, duquel il n'eſt fait mention quelconque dans la tranſaction, par ce que dans les mêmes comptes ledit le Sueur ſe chargea en recette, non-ſeulement des fruits, mais de la ſomme de trois cens mille livres pour le prix principal de la vente.

Il en eſt de même du duché de Beaufort, duquel il eſt auſſi peu fait mention dans la tranſaction, comme de celui d'Eſtampes, & du marquiſat de Monceaux.

En quoi deux choſes ſont remarquables, l'une que par ladite tranſaction, l'on fait renoncer la dame ducheſſe d'Elbeuf à la ſubſtitution dudit duché de Beaufort, à cauſe que par le contrat de mariage du ſieur duc de Vendôme, la dame ducheſſe de Beaufort lui ayant fait donation dudit duché, elle avoit ſubſtitué ladite dame ducheſſe d'Elbeuf; ce qui montre clairement la ſurpriſe qui lui a été faite en ladite tranſaction, en ce qu'on l'a fait renoncer au droit de ladite ſubſtitution, & on lui a perſuadé qu'elle n'avoit aucune part dans ledit duché, comme ayant été donné entre-vifs audit ſieur duc de Vendôme; & partant, qu'elle ne pouvoit demander ſon partage que dans le reſte des biens de la dame ſa mere, comme ſi ledit ſieur duc de Vendôme avoit pu être donataire entre-vifs & héritier.

La ſeconde, que dans les mêmes comptes, il ſe voit que la forêt de Beaufort a été vendue trois cent mille livres, d'où l'on peut facilement induire les conſéquences du divertiſſement.

Les deux reſcriptions de dix-huit cent cinquante mille livres ont paſſé dans le même recelé & dans le même divertiſſement; car il ſe voit dans les mêmes comptes, que ledit le Sueur en a fait recette avec les autres effets mobiliaires; & encore que par le compte de 600 livres, il a fait repriſe de deux millions cent trente-ſix mille livres; néanmoins, dans les comptes ſuivans, juſqu'en l'année 1607, il ſe voit qu'il a reçu un million; & ſi ledit ſieur duc de Vendôme vouloit repréſenter les derniers comptes, il ſe trouveroit que le tout a été reçu: on ne peut pas douter de cette vérité, par ce que ſi les reſcriptions n'avoient point été payées, il ſeroit facile au ſieur duc de Vendôme de les repréſenter comme piéces inutiles & de nulle valeur.

Il n'a pas été difficile de ſurprendre ladite dame ducheſſe d'Elbeuf, par le moyen deſdits recelés, par ce que, comme il a été dit, elle étoit mineure au tems de ladite tranſaction; qu'on lui a fait paſſer ladite tranſaction en ſecret, deux jours avant ſon contrat de mariage, dans les menaces & dans la crainte d'empêcher la perfection de ſon mariage, ſi elle ne mettoit ſa ſignature à lad. tranſaction: & bien que la même tranſaction ait été énoncée dans le contrat de mariage fait deux jours après, ce n'eſt que la continuation de la même ſurpriſe. Ledit ſieur duc d'Elbeuf, dans les emplois qu'il avoit lors pour le ſervice du roi, avoit bien d'autres penſées que d'examiner toutes les lignes d'un contrat, & quand il y eût voulu prêter toute l'attention néceſſaire, il n'eût pas pû ſe perſuader que le ſieur duc de Vendôme eût voulu faire une injuſtice ſi ſignalée à la dame ſa ſœur, que de lui retenir plus de deux millions de ſon bien, quand ils euſſent été cohéritiers, & qu'il eût été capable de partager également avec elle.

Il ſuffit de dire que dans la tranſaction, l'on ne partage que deux choſes: la premiere, une ſomme de cinq cent mille livres, donnée par le roi, pour les meubles & pierreries de la dame ducheſſe de Beaufort, qu'il avoit plû à Sa Majeſté de retenir, donne la moitié à recouvrer à la dame ducheſſe d'Elbeuf: l'autre, les terres acquiſes par ledit le Sueur, pendant ſon adminiſtration des fruits de ſa jouiſſance, dont on en donne trois à la dame ducheſſe d'Elbeuf, que l'on eſtime quatre cent mille livres, le ſieur duc de Vendôme retient les quatre autres, qui en valoient plus de ſix cens. Mais l'on ne fait aucun partage du duché de Beaufort, du duché d'Eſtampes, du marquiſat de Monceaux, de la terre de Vandeuil & des autres terres; l'on en fait même auſſi peu de mention, comme ſi jamais elles n'avoient été de la ſucceſſion.

Puis donc que leſdites terres & leſdits effets mobiliaires n'ont point eté compris au partage fait par ladite tranſaction de 1619, il s'enſuit que toutes choſes ſont entiéres, & que leſdits ſieur & dame d'Elbeuf en peuvent demander le partage: or l'action de partage ne ſe preſcrit que par trente ans.

Il ne faut point tirer avantage de ce qu'il eſt dit par la tranſaction, qu'elle a été faite par l'avis des parens, & conſeil des parties, perſonnes illuſtres, de grande dignité & de grande eſtime: car c'eſt une face ſpécieuſe, qui a été affectée pour autoriſer davantage la ſurpriſe, n'étant pas poſſible de s'imaginer que ſi les choſes avoient été examinées au poids de la juſtice, tant de biens importans euſſent échappé à la connoiſſance de tant de perſonnes.

La preſcription même de trente ans ne pourroit pas couvrir le vice de ladite tranſaction, par ce que le ſieur duc de Vendôme étant incapable de ſuccéder par une incapacité qui eſt du droit public, à cauſe du vice de ſa naiſſance, le tems, & moins encore une convention particuliére, ne l'auroit pas pu rendre capable.

S'il eſt vrai que le roi, par ſes lettres de légitimation, ne peut pas rendre capables les enfans adultérins de ſuccéder en ce royaume, à cauſe que la volonté des rois ne contrarie jamais l'honnêteté publique; à plus forte raiſon cela ne ſe peut-il pas faire par un partage en forme de tranſaction, ou par un autre contrat particulier.

Ces fins de non-recevoir étant levées, le droit de la dame ducheſſe d'Elbeuf demeure ſans difficulté, puiſque ſa qualité eſt fondée dans le droit du ſang & de la grace du roi.

Ce n'eſt pas que la dame ducheſſe d'Elbeuf n'ait eu grand déplaiſir d'avoir été obligée de porter cette action en public: c'eſt par ce motif qu'elle a fait tous les pas d'honneur & de bienſéance, afin de la contenir dans le ſecret de leurs maiſons;

BIU Cujas

& de la soumettre à l'arbitrage de leurs parens & de leurs amis communs : elle peut dire qu'elle a été plus jalouse de l'honneur du sieur duc de Vendôme que lui-même, puisque par un sentiment d'intérêt, il n'a point appréhendé l'éclat & la conséquence d'une action de cette qualité. Il ne faut donc point qu'il cherche des discours hors de la cause ; qu'il dise que cette cause blesse la mémoire du défunt roi Henri le grand, dont le nom sera toujours glorieux à toute la France ; mais dans un respect & dans une révérence toute religieuse en l'esprit de ladite dame ducheſſe d'Elbeuf, puisqu'elle est née sa fille & sa sujette, & qu'il est son pere & son roi, duquel elle a reçu tant de sentimens d'amitié, qu'elle peut dire, que comme les qualités royales étoient toutes éminentes en ce grand prince, les offices de pere surpassoient avec excellence les devoirs ordinaires de la nature : que le sieur duc de Vendôme se plaigne de lui même, qu'il se plaigne de l'excès de l'affection des biens qui ne lui appartiennent pas, puisqu'elle à obligé la dame ducheſſe d'Elbeuf de demander par les voies de la justice les mêmes biens qu'il lui détient injustement ; & partant, soutient que les sieur & dame d'Elbeuf sont biens fondés en leur demande & en leurs lettres obtenues contre ladite transaction de 1619 ; & que leurs fins & conclusions leur doivent être adjugées.

Pucelle, pour monsieur le duc de Vendôme, défendeur & demandeur,

A DIT :

MESSIEURS, si le respect qui est dû à la mémoire des morts a passé dans toute l'antiquité pour un acte de religion, & si l'injustice qu'ils souffrent au milieu du tombeau, quand des mains avares viennent à offenser la sainteté de leurs sepulchres, a été un crime détesté dans tous les siécles par toutes les nations de la terre, il faut avouer qu'il est bien plus odieux en la personne d'un enfant, qui, étouffant en son cœur les affections du sang & les tendresses de la nature, traite son pere comme un criminel, & sous prétexte d'intérêts imaginaires, destitués d'apparence & de fondement, ne craint pas de troubler son repos & ses cendres, de souiller l'honneur de sa vie par des crimes inventés, de charger sa mémoire de honte & d'infamie, & de déchirer sa réputation aux yeux de tout un peuple, par une fureur presque semblable à celle de cette bête farouche de la métamorphose, qui ne pouvant offenser la personne de la misérable Tisbé, se jetta sur son voile & le mit en piéces.

Ore cruentato tenues laniavit amictus.

Mais il faut aussi confesser que cet outrage & cette inhumanité devient encore bien plus cruelle & plus digne de châtiment, lorsque sortant des mains & de la bouche d'une fille chargée de graces & de bienfaits, contre un pere plein d'amour & d'affection, elle attaque jusqu'à la sépulture d'un prince, qui étant son pere & son roi tout ensemble, souffre cet attentat comme un double parricide.

Un pere de l'Eglise rappellant du tombeau l'ombre d'un grand empereur, pour défendre ses dernieres volontés, & empêcher qu'un frere mal conseillé ne rétablît dans le sénat l'image de la victoire, que le défunt en avoit ôtée par son autorité, lui fait dire ces belles paroles : *Victum me esse non credidi, quia te Imperatorem reliqui ; mori non dolui, quia te hæredem habebam : quid mihi plus potuit hostis meus auferre ? abrogasti decreta mea, quod ille qui contra me levavit arma, non fecit ; meliore mei parte apud te periclitor ; & nunc mihi verè abrogatur Imperium, cùm à fratre statuta damnantur ; & quod gravius est, abrogatur à tuis, abrogatur à meis.*

Certes, qui fera réflexion sur la contestation qui se présente n'aura pas beaucoup de peine d'y appliquer ces sentimens & ces pensées. Madame la ducheſſe d'Elbeuf, pour laquelle on vous a plaidé, dispute à M. le duc de Vendôme, pour lequel je suis, les biens & la succession de feue madame la ducheſſe de Beaufort leur mere commune : dirai-je que c'est une sœur, qui manquant aux devoirs de la piété naturelle, s'éleve contre son frere pour lui arracher un bien qu'il possede il y a près de cinquante ans, & en la jouissance duquel il a été confirmé par une transaction solemnelle, approuvée par tous les actes que l'on se peut imaginer ? Dirai-je que c'est une fille, qui foulant aux pieds l'obéissance & le respect qu'elle étoit obligée de rendre aux volontés de ses parens, fait gloire de payer d'ingratitude & de méconnoissance la vie & les biens qu'elle en a reçu ; & de contester toutes les dispositions qu'ils ont laissées, & pour les rendre inutiles, de leur imprimer sur le front des taches d'un reproche éternel, que tous les siécles ne pourront effacer ? c'est trop peu.

Il falloit qu'elle oubliât le nom de fille ; & comme nous lisons dans l'histoire qu'une princesse ne feignit pas autrefois de passer à la vûe de tout un peuple sur le corps de son pere exposé dans les rues, étouffant la voix de la nature & du sang, pour donner à son mari des marques si tragiques de son amour : celle-ci n'épargne pas pour contenter son avarice, jusqu'aux cendres de celui qui l'a mise au monde ; & sans crainte de se deshonorer, elle va comme l'arracher de ces lieux d'asyle & de paix, où il repose depuis quarante ans, pour le produire avec infamie, & le noircir de crimes aux yeux de ses sujets, qui adorent depuis si long-tems sa mémoire & ses actions.

En effet, prétendre que M. le duc de Vendôme, pour lequel je suis, est incapable de la succession de feue madame la ducheſſe de Beaufort, par le vice d'une naissance maudite & condamnée par toutes les loix civiles & canoniques : combattre la validité de la sentence de l'official d'Amiens, qui a déclaré qu'il n'y avoit point eu de mariage entr'elle & le feu sieur de Liancourt, cinquante-sept ans après qu'elle a été rendue ; soutenir que l'action d'impuissance n'étoit pas recevable après une débauche & une prostitution reconnue, & pour punir ses désordres, reclamer le secours des loix & l'autorité des magistrats ; qu'est-ce autre chose que déclarer la guerre & faire le procès à son pere & à sa mere ; poursuivre contr'eux la condamnation d'un crime, dont ils ont été justifiés & par l'autorité de l'Eglise, & par le jugement des compagnies souveraines ? Et si cette accusation est toujours reprouvée dans la bouche d'un enfant, que sera-ce d'une fille chargée de graces & de bienfaits, contre un pere, qui, joignant à cette qualité celle de pere de tout son peuple, pere du plus grand, du plus auguste & du plus aimé prince de la terre, après avoir assuré par ses travaux & par son sang le salut & la tranquillité publique de son état sur la ruine & le débris d'une infinité d'ennemis, voit aujourd'hui cette vieille gloire & cette ancienne réputation souillée, non point par des étrangers, mais par l'un de ses enfans, & l'autre obligé de le défendre dans ce lieu sacré, qui tant de fois a retenti du bruit & des acclamations de ses peuples, au souvenir des obligations

BIU Cujas

immortelles que la France doit à ſon courage & à ſa valeur ?

Certes, quand je n'aurois point d'autres moyens à propoſer, y a-t-il perſonne en cette audience qui pût entendre ſans horreur, & ne pas condamner ſur le champ une prétention ſi injuſte? Vibius Serenus étant accuſé par ſon fils, Tacite remarque que le peuple ne pût ſouffrir la voix de ce lâche accuſateur, & que condamnant ſa dureté, il prononça contre lui les mêmes peines dont on puniſſoit les parricides; & nous liſons dans l'hiſtoire des Juifs, qu'Hérode ayant oſé mettre le pied dans le ſépulcre du plus juſte de ſes prédéceſſeurs, pour en tirer de l'argent dont il flattoit ſon avarice, il en fut repouſſé dès l'entrée par une flamme ardente & ſubite, qui étant ſortie du ſein de la terre, vengea la mémoire de ce prince offenſé, & couvrit de honte & d'infamie les deſſeins avares de ce Tyran. D'une pareille entrepriſe Monſieur le duc de Vendôme n'auroit-il pas ſujet d'attendre aujourd'hui le même ſuccès? & en quelle occaſion plus juſte peut jamais éclater la colere & l'indignation des loix, puiſqu'il s'agit de défendre l'honneur d'un tombeau, qui n'étant pas inviolable à la paſſion d'une fille, que la religion & le reſpect n'a pu retenir dans ſon devoir, vous oblige à venger l'injure qui lui eſt faite, à prendre part à ſes intérêts, & de rendre aux manes du grand Henry la même protection dont il a défendu votre dignité, & conſervé l'autorité de ce Sénat contre ſes plus redoutables ennemis? Monſieur le duc de Vendôme, pour lequel je ſuis, a eu l'honneur d'être iſſu du feu roi Henry IV, & de Madame la ducheſſe de Beaufort ſes pere & mere. Il eſt vrai qu'il eſt né au mois de juin mil cinq cent nonante-quatre, dans la figure d'un mariage d'entre madame la ducheſſe de Beaufort & le feu ſieur de Liancourt : mais il eſt auſſi véritable que ce prétendu mariage n'étoit que l'ombre & l'apparence d'un ſacrement, & qu'il ne fût jamais réel ni obligatoire, par trois raiſons; l'une, à cauſe que de la part de madame la ducheſſe de Beaufort, elle n'y avoit point conſenti, n'ayant fait que ſuivre la volonté du feu ſieur d'Eſtrées ſon pere, qui l'avoit contrainte & forcée de l'épouſer contre ſon gré : la ſeconde, à cauſe de la parenté dans le troiſiéme degré d'entre la premiere femme du feu ſieur de Liancourt & de Madame la ducheſſe de Beaufort, qui par les conſtitutions canoniques, produiſoit un autre empêchement dirimant le mariage : la troiſiéme & derniere, à cauſe de l'impuiſſance évidente & certaine, qui ſe rencontroit en la perſonne du feu ſieur de Liancourt, & qui étant ſurvenue depuis ſon premier mariage par un accident extraordinaire, juſtifié par des preuves authentiques, dont la foi ne ſauroit être révoquée en doute, le rendoit encore incapable de donner aucun conſentement légitime à une action de cette qualité. Et de fait le procès ayant été inſtruit dans toutes les formes ſur ces trois chefs, par ſentence contradictoire rendue par l'official d'Amiens le 7 janvier 1595, ce prétendu mariage n'a pas été caſſé, ni les parties diſpenſées de demeurer enſemble, ainſi que les demandeurs ont ſuppoſé; mais il a été jugé qu'il n'y en avoit jamais eu aucun : *Prætenſum matrimonium inter dictos d'Amerval & d'Eſtrées, contra leges & ſtatuta Eccleſiæ attentatum, ab initio nullum & ideò irritum declaravimus & declaramus.* Tellement que d'accuſer d'infidélité la mémoire de feue Madame la ducheſſe de Beaufort envers le feu ſieur de Liancourt; c'eſt une illuſion toute évidente, puiſqu'il a été jugé, qu'il n'y a point eu de mariage entre eux, ni par conſéquent d'adultere. On a dit en plaidant, que cette ſentence n'étoit l'effet que d'une autorité ſouveraine, contre laquelle le feu ſieur de Liancourt avoit reclamé. C'eſt une impoſture & une ſuppoſition criminelle en la bouche de Madame la ducheſſe d'Elbeuf, & qui ſeule la devroit faire déclarer indigne de poſſéder jamais aucuns biens de ce grand prince : car s'il eſt dit dans l'écriture ſainte : *Etiam in cogitatione tua regi ne maledicas, quia avis cæli deferet vocem tuam, & habens alas annuntiabit verbum*, pour apprendre aux peuples à ne parler jamais qu'avec reſpect des têtes couronnées; que pouvoit dire de plus odieux le plus cruel ennemi de ce monarque? & quel outrage plus horrible pouvoit-il faire à ſa mémoire, que de lui reprocher aujourd'hui, qu'abuſant de ſon autorité, il a employé ſon pouvoir à l'oppreſſion de ſes peuples, à corrompre l'honneur & la pudicité d'une femme, & que, pour contenter avec plus de liberté ſa paſſion laſcive & malheureuſe, il n'a point appréhendé de ſouiller l'honneur d'un mariage par la honte d'un adultere, d'attenter à la vie d'un mari qui ne lui pouvoit réſiſter; enfin de couronner tous ſes crimes par un ſacrilége. Mais comme la calomnie n'eſt jamais prudente ni judicieuſe, Madame la ducheſſe d'Elbeuf n'a pas pris garde qu'elle ſe trahiſſoit elle-même, en donnant à Monſieur le duc de Vendôme des preuves certaines pour ſa conviction. Car 1°. la ſentence de l'official a été rendue dans toutes les formes : 2°. depuis cinquante-ſept ans qu'elle a été prononcée, il n'y en a jamais eu d'appel comme d'abus interjetté par le feu ſieur de Liancourt : 3°. il eſt conſtant qu'elle a été au contraire exécutée, en ce que le feu ſieur de Liancourt ſe voyant libre & maître de ſa perſonne, pour en diſpoſer comme il lui plairoit, contracta un troiſiéme mariage avec damoiſelle Marguerite d'Authun; ſi toutefois on peut qualifier de ce nom d'honneur une conjonction funeſte, qui ne ſervît qu'à découvrir l'abus qu'il faiſoit de ce ſacrement, & le deſſein qu'il avoit eu de tromper cette demoiſelle, parce que ſon impuiſſance ayant été une ſeconde fois reconnue, donna ſujet à une ſeconde plainte par-devant l'official de Paris, ſur laquelle intervint ſentence contradictoire entre eux, qui a été communiquée par maître Jacques Bataille, le 28 février 1600, en ces termes : *Dicimus matrimonium inter præfatas partes contractum, licet in ſacra eccleſia ſolemniſatum, nullum, irritum & invalidum fuiſſe & eſſe, & ob ejuſdem rei frigiditatem & impotentiam, quatenus de facto proceſſit, illud reſcindimus, & eaſdem partes ab invicem ſeparamus, eidem actrici alii nubere in domino permittentes; dicto autem reo ne in poſterum matrimonium cum virgine aut aliâ quâvis muliere contrahere præſumat.* D'où réſultent deux conſéquences infaillibles, & qui ne peuvent recevoir de difficulté : l'une, qu'on ne peut pas douter de la vérité de l'impuiſſance alléguée contre le feu ſieur de Liancourt, puiſqu'elle ſe trouve confirmée par cette ſeconde ſentence rendue cinq ans après : l'autre, qu'elle ne pouvoit être plus amplement, ni plus volontairement exécutée. Les choſes étant en cet état, toute la France fut témoin de la joie que le feu roi témoigna publiquement de la naiſſance de Monſieur le duc de Vendôme; des ſoins qu'il prit de ſon éducation, le tenant ſans ceſſe en ſa préſence & à ſes côtés : & comme nous voyons par expérience, que le ſoleil tirant un nuage du ſein de la nue, après l'avoir élevé juſqu'à lui, ſe plaît enſuite

BIU Cujas

ſuite à l'enrichir de couleurs, à le parer de ſes rayons, à l'animer de ſa lumiere, à lui imprimer ſa figure & ſon caractere, comme pour en faire un autre Soleil, & par cet éclat qu'il lui communique, le rendre le plus noble des météores, & le chef-d'œuvre de ſon pouvoir : qui ne ſçait la rendreſſe particuliere, avec laquelle ce Prince n'ayant point lors d'enfans légitimes, employa toute ſon induſtrie à élever ce premier né dans un rang convenable à la grandeur de ſon extraction, par toutes les marques de bienveillance & de bonté, dont il pût honorer ſa perſonne & aſſurer l'état & la fortune de ſa maiſon ? Certes j'en remarque quatre principales, & qui ſont toutes importantes à la déciſion de la cauſe : la premiere fut, en lui donnant des lettres de légitimation au mois de janvier 1595, vérifiées par arrêt du 3 février de la même année, & confirmée par d'autres de l'année ſuivante 1596, auſſi vérifiées du conſentement de madame la ducheſſe de Beaufort. Car ayant expoſé les ſervices que Sa Majeſté avoit rendus à cet état dans la miſere des guerres civiles & étrangeres, dont il avoit été affligé : la naiſſance de monſieur le duc de Vendôme dans la figure du mariage d'entre madame la ducheſſe de Beaufort & le feu ſieur de Liancourt : la ſentence de l'official d'Amiens qui l'avoit déclaré nul dans ſon principe & dans ſon origine : le deſſein qu'il avoit de le légitimer, comme s'il eût voulu que cette légitimation fût le prix de ſes travaux & la récompenſe de ſa vertu, il fit deux choſes : la premiere fut de l'avouer pour ſon fils.

Prolemque fatetur
Jupiter eſſe ſuam.

Parole qui doit fermer la bouche à la calomnie, & qui toute ſeule répond aſſez à l'hiſtoire ſcandaleuſe du dernier ſiécle, à ces imprimés infâmes, à ces ouvrages d'une main ennemie, écrits d'une plume trempée dans le fiel, d'une médiſance horrible, qui ſe répand en d'autres lieux ſur des têtes bien plus illuſtres que celles de ma patrie : car quelqu'effort que faſſe ce Monſtre pour l'attaquer & l'étouffer dans ſon berceau :

licet omnia mundi
Monſtra voces, ipſamque armes ſerpentibus Hydram
Defendet natura Deum, patremque probabit,
Quod novit conſtare Jovem :

La ſeconde fut de le légitimer & le rendre capable de poſſéder toutes ſortes de biens & de dignités dans le royaume, & particulierement à la ſucceſſion de Madame la ducheſſe de Beaufort : la ſeconde preuve qu'il reçut de ſa bonté royale, & de ſon affection vraiment paternelle, réſulte des biens que le feu roi lui donna pour ſoutenir l'honneur & la dignité de ſon extraction : car n'ayant rien en ſa puiſſance de plus noble & de plus éminent, que la dignité de duc & pair de France, qui en la perſonne des ſujets eſt toujours une marque illuſtre de l'eſtime de leur prince, un rayon de ſa gloire, un éclat de ſa majeſté, un rejailliſſement de ſon autorité ſouveraine, qui fait que ceux qui en ſont revêtus portent inſéparablement avec eux la dignité de leur maître & l'image de ſa grandeur : il voulut que monſieur le duc de Vendôme le poſſedât dès ſon enfance ; &, pour ajouter encore, s'il lui étoit poſſible, quelque nouvelle gloire à l'excellence de ſon bienfait, il ne ſe contenta pas d'ériger en ſa faveur une nouvelle pairie, qui fut le duché de Beaufort, par lettres-patentes de l'an 1598, mais par un ſentiment d'amour & de dilection particuliere, il affecta de lui donner celui qui lui étoit propre, c'eſt-à-dire, le duché de Vendôme, l'héritage de ſes peres, le patrimoine de ſes ancêtres, afin de conſerver dans ſes deſcendans le ſouvenir d'un nom ſi plein d'honneur, & que les biens & la réputation de ces grands hommes, fût à ſes ſucceſſeurs une obligation perpétuelle & une heureuſe néceſſité de bien faire. La troiſieme fut dans le choix d'un mariage avantageux & convenable à la dignité de ſa naiſſance : car monſieur le duc de Vendôme n'avoit pas encore atteint l'âge de quatre ans accompli, que le feu roi jetta les yeux ſur dame Françoiſe de Lorraine, fille & unique héritiere de feu meſſire Philippes Emanuel de Lorraine, duc de Mercœur, princeſſe à qui l'on peut donner à meilleur titre qu'à nul autre, ce bel éloge que ſaint Ambroiſe donnoit de ſon tems à une dame de condition illuſtre & d'une vertu toute extraordinaire : *Virgo ſuper omne faſtigium trabeatæ nobilitatis evecta, de cujus fœcunditate avis ataviſque reſponſura poſteritas, familiæ votis expectabatur & patriæ.* Le contrat de mariage en fut paſſé le 5 avril de l'an 1598, ſous deux conditions importantes & déciſives : la premiere eſt, que le feu roi mariant monſieur le duc de Vendôme, lui confirma la donation qu'il lui avoit déja faite du duché de Vendôme, & lui ſubſtitua les enfans qui naîtroient dudit mariage : l'autre eſt, que madame la ducheſſe de Beaufort y étant intervenue, le déclara ſon principal héritier ſuivant des lettres de légitimation, dont il a été parlé ci-deſſus : & en outre lui donna dès-lors en propriété le duché de Beaufort, avec pareille ſubſtitution au profit des enfans qu'il auroit : tellement que c'eſt une ſucceſſion anticipée par une donation entre-vifs, en vertu de laquelle il a été ſaiſi de tous les biens de madame ſa mere, & qui eſt d'autant plus conſidérable, qu'elle a été confirmée par le conſentement de monſieur le maréchal d'Eſtrées & le ſuffrage de tous les autres parens.

La quatriéme & derniere réſulte de ce qui ſe paſſa en l'année 1599, lors du décès de madame la ducheſſe de Beaufort : car comme nous voyons par expérience, que quand des yeux que la nature a donné à l'homme pour la conduite & la direction du corps, l'un deux vient à ſe perdre & à s'éteindre par quelque accident, cette mere ſage & prévoyante, ramaſſe dans ce qui reſte tous les rayons & les forces qu'ils partageoient auparavant : de même ce fut alors que ce prince ſage & affectionné, voyant ſes enfans privés de l'aſſiſtance & du ſecours qu'ils devoient attendre naturellement de leur mere, redoubla ſon zele & ſa charité vraiment paternelle en leur endroit, par trois circonſtances importantes : la premiere fut, en leur donnant un tuteur appellé le Sueur, qui eut l'adminiſtration de leur bien par lettres-patentes vérifiées en la cour : la ſeconde, en leur diſtribuant un conſeil, compoſé de perſonnes graves & éminentes, choiſies de toutes les compagnies ſouveraines, dont le chef étoit feu monſieur Forget, préſident à mortier en ce parlement, & finalement leur faiſant prendre des lettres de bénéfice d'inventaire, dans la ſucceſſion de feue madame la ducheſſe de Beaufort, à cauſe des grandes dettes dont elle étoit chargée, montant à plus de quinze cent mille livres ; en conſéquence de quoi le Sueur a géré & adminiſtré cette tutelle juſques en 1619, que madame la ducheſſe d'Elbeuf étant recherchée en mariage par monſieur le duc d'Elbeuf, il voulut auparavant

BIU Cujas

ſçavoir en quoi conſiſtoit ſon bien.

La cour obſervera, s'il lui plaît, qu'il y avoit matiere de grands différends entre monſieur le duc de Vendôme & madame d'Elbeuf, tant pour la forme du partage, que pour la part que chacun d'eux pouvoit prétendre dans les biens; parce que monſieur le duc de Vendôme étant ſaiſi de tout par ſon contrat de mariage, étoit d'une condition bien différente à celle de madame la ducheſſe d'Elbeuf. Au contraire, de la part de madame la ducheſſe d'Elbeuf, elle prétendoit qu'il ne devoit point y avoir de droit d'aîneſſe, & qu'elle étoit fondée du moins à partager la ſucceſſion par moitié, ſi elle ne lui pouvoit appartenir en ſon entier; d'ailleurs il falloit faire diſtraction du bien propre de monſieur le duc de Vendôme geré en commun par le même tuteur, & payer enſuite toutes les dettes de la ſucceſſion, qui montoient à plus de quinze cent mille livres; tellement que c'étoit une ſource de procès, qui alloit à la ruine de l'un & de l'autre. Pour les prévenir & les faire ceſſer, les parens s'aſſemblerent, & entr'autres monſieur le maréchal d'Eſtrées; ſecondement, il y eut ſix avocats des plus célébres du Parlement, tant en ſuffiſance qu'en probité, choiſis de part & d'autre, qui chercherent l'éclairciſſement du droit de l'une & de l'autre des parties, & après avoir diſcuté la valeur de tous les biens & de toutes les dettes, par la repréſentation des inventaires faits après la mort de madame la ducheſſe de Beaufort, enſemble par la diſcution de tous les comptes rendus par le tuteur durant vingt ans, dreſſerent la tranſaction dont il s'agit avec grande prudence & meure délibération, par laquelle ils adjugerent à madame la ducheſſe d'Elbeuf, pour ſon droit héréditaire, la moitié d'une ſomme de cinq cent quatre vingt mille livres qui étoit dûe par le roi, & de laquelle elle a été bien payée, & en outre une ſomme de quatre cent mille livres en trois terres, ſçavoir au domaine de Crecy, & les terres de Buzançois & des Bordes, moyennant quoi par une clauſe générale, il eſt dit que tout le ſurplus des biens appartiendroit à monſieur le duc de Vendôme, qui par ce moyen ſeroit auſſi tenu du payement de toutes les dettes qu'il a depuis acquittées.

C'eſt donc un partage & une tranſaction tout enſemble faite par l'avis des parens communs, avec grande juſtice & circonſpection, en la forme que l'ordonnance veut que les différends de cette qualité ſoient terminés, & que la bienſéance & l'honneur demandoient de la dignité des parties; qui d'ailleurs a été faite par l'avis & l'autorité même de monſieur le duc d'Elbeuf; parce que ſon mariage étant conclu & arrêté, il ne ſe faiſoit rien que par ſon ordre: & de fait deux jours après, qui fut le 19 Janvier 1619, ſon contrat de mariage fut ſigné, par lequel madame ſa femme lui porta en dot les ſommes qui lui avoient été laiſſées par cette tranſaction, de ſorte qu'il n'y eût jamais de contrat plus ſincere, ni plus ſolemnel.

On a dit en plaidant, que madame la ducheſſe d'Elbeuf avoit été contrainte & forcée de le ſigner contre ſon gré; même on avoit avancé chez monſieur le chancelier, que monſieur le duc d'Elbeuf avoit des proteſtations faites en ce même-tems, & depuis, tant contre ce contrat que celui de ſon mariage: mais il a bien vû que cette propoſition étoit ridicule & contraire à la vérité, parce qu'il n'y en eut jamais, & d'ailleurs que la dame ducheſſe d'Elbeuf n'étoit pas même avec monſieur ſon frere; ayant l'honneur de demeurer dans le Louvre avec meſdames de France, qui ſont aujourd'hui la reine d'Eſpagne, & madame la ducheſſe de Savoye. Joint que la ſignature de tant de perſonnes illuſtres & des conſeils communs des parties, avec la minorité de monſieur le duc de Vendôme, l'exemptent encore de ces ſoupçons: tellement que ce ſont faits avancés en l'air, ſans apparence & ſans fondement.

Auſſi pendant trente-deux ans qui ſe ſont écoulés, monſieur & madame la ducheſſe d'Elbeuf l'ont jugée ſi juſte & ſi raiſonnable, qu'ils n'ont pas ſeulement penſé à s'en plaindre; au contraire ils l'ont exécutée volontairement, & approuvé par tous les actes que l'on ſe peut imaginer; car premierement il eſt conſtant qu'ils ont joui de ce qui leur a été délaiſſé, ſans avoir jamais fait aucune reclamation ni proteſtation. Secondement, que bien loin de reclamer, ils ont reçu en 1626 le rachat du domaine de Crecy fait entre leurs mains par monſieur le duc de Vendôme, ainſi qu'il lui avoit été permis par le même contrat. Tiercement monſieur de Vendôme étant demeuré débiteur d'une ſomme de quinze mille livres, il en paſſa au même tems un contrat de conſtitution de rente, qui a été payée pendant pluſieurs années, & enſuite rachetée entre les mains d'un homme, auquel il l'a depuis tranſportée. En quatriéme lieu, ils ont vendu en l'année 1646 les terres du Buzançois & des Bordes, moyennant la ſomme de 400000 liv. avec clauſe, que leſdites terres leur appartenoient au moyen du contrat de tranſaction fait avec monſieur le duc de Vendôme le 17 janvier 1619, & finalement ès années 1649 & 1650, perſonne n'ignore la récompenſe qu'ils ont tirée de plus de 60000 livres de rente, pour être payés de la dette qui lui avoit été laiſſée par ſon partage, à prendre ſur ſa majeſté, montant en principal à près de 2500000 livres, qui ſont tous actes approbatifs, faits entre perſonnes majeures, pendant l'eſpace de trente-deux ans, & juſqu'au 29 Avril 1651, que par une prétention chimérique & deſtituée d'apparence, & connoiſſant bien qu'ils ne ſeroient pas recevables à conteſter une tranſaction ſi juſte & ſi légitime, ils ſe ſont aviſez d'entreprendre l'état & la condition de monſieur le duc de Vendôme leur frere, & ſur un faux fondement, qu'il étoit d'une naiſſance adulterine, de ſoutenir qu'il étoit incapable de poſſeder aucuns biens en propriété, & incidemment de ſe pourvoir par lettres contre la même tranſaction.

Monſieur le duc de Vendôme ſoutient que cette demande eſt injurieuſe à la mémoire du feu roi, & non-recevable en la bouche de madame la ducheſſe d'Elbeuf; qu'elle offenſe l'honneur & les cendres de ce grand Prince, autant qu'elle bleſſe le reſpect & les devoirs que la nature exige des enfans envers leurs meres, & que c'eſt en ce cas, auquel le moindre châtiment qui lui puiſſe arriver, eſt de la déclarer non-recevable en ſon action.

En effet, quand les loix parlant de ces eſclaves, qui, s'élevant contre leurs maîtres, n'avoient pas honte de dépoſer contr'eux, diſent que la bouche leur doit être fermée: *vocem enim funeſtam âmputari oportet potius, quàm exaudiri*: elles diſent de même des affranchis, pour ceux qui leur ont donné la liberté: & s'il eſt ainſi, que ſera-ce d'un enfant à l'endroit de ceux qui l'ont mis au monde, d'un ſujet pour ſon roi, ſon maître & ſon Souverain? penſent-ils que leur crime ſoit moins odieux, ſous prétexte que feignant épargner ſa perſonne, ils ne déchirent que ſon image. Certes la loi ſeconde au § *de liberali cauſa* eſt belle

BIU Cujas

ſur ce ſujet. Voulant que le pere prenne part, aux intérêts de ſon fils, même contre ſon gré, pour défendre ſon état & ſa condition, elle en rend cette raiſon, *quoniam ſervitus eorum ad dolorem noſtrum, noſtramque injuriam porrigitur*, parce que c'eſt la cauſe du pere, & que la honte & le reproche que l'on fait au fils rejaillit ſur la face & la conſcience de ceux qui l'ont mis au monde.

Secondement, monſieur le duc de Vendôme demeure d'accord de cette malédiction épouventable prononcée dans l'écriture ſainte contre ces enfans, les fruits de la débauche & du péché, lorſque parlant de cette vie languiſſante & malheureuſe qu'ils doivent traîner deſſus la terre, elle prédit par un eſprit d'oracle & de prophétie, *filii adulterorum in conſummatione erunt, & ab iniquo thoro ſemen eorum exterminabitur, &c.* que la diſpoſition canonique a peine de permettre aux peres de leur laiſſer les alimens néceſſaires au ſoutien de la vie, comme pour éteindre dans leur ſang, l'impudicité de ceux qui les ont produits, & imiter en quelque façon l'inhumanité de ce Prince, qui pour ſe venger plus cruellement d'un ſujet qu'il croyoit l'avoir offenſé, fit traîner ſon fils devant lui, & après l'avoir percé de mille coups, ne ſe contenta pas de raſſaſier ſes yeux de ce triſte ſpectacle, mais voulut encore que le pere fût le témoin de ſon ſupplice, afin de lui faire ſentir plus longuement la peine de l'outrage qu'il avoit commis, & par ce châtiment ingénieux & cruel, accroître ſa douleur autant qu'il épargnoit ſa vie.

Troiſiémement, il pourroit encore juſtement ſoutenir que cette rigueur n'a pas toujours été obſervée, & que l'hiſtoire a ſouvent produit des exemples illuſtres, où la ſévérité des loix s'eſt relâchée, tantôt par la conſidération des peres, & tantôt pour les mérites & la vertu des enfans. A Dieu ne plaiſe que l'on meſure la condition des enfans des Rois par celle des autres hommes, ni que l'on mette en parallele les enfans du ſoleil avec ceux de Siſiphe : *non veniat unquam tam malus miſeris dies; prole fœda miſceat prolem inclitam, Phœbi nepotes, Siſyphi nepotibus.*

Mais il ne s'arrête pas à ces moyens, parce qu'ils ſont étrangers à la cauſe, ſa naiſſance n'étant point différente de celle de madame la ducheſſe d'Elbeuf, par quatre conſidérations.

La premiere, qui a déja été repréſentée, à cauſe que par la ſentence de l'official d'Amiens il a nettement jugé, qu'il n'y a jamais eu de mariage entre madame la ducheſſe de Beaufort & le ſieur de Liancourt : *prætenſum matrimonium inter dictos* d'Amerval & d'Eſtrées, *contra leges & ſtatuta eccleſiæ attentatum, ab initio nullum, & ideo irritum declaravimus & declaramus.* Ce qui décide clairement la queſtion générale qui a été traitée, de ſçavoir ſi un jugement de cette qualité n'eſt qu'une diſpenſe qui caſſe le mariage pour l'avenir, & n'empêche pas qu'il n'ait été par le paſſé; d'autant que c'eſt une propoſition nouvelle & contraire à la doctrine de tous les peres & de toute l'Egliſe, qui ayant reçû l'impuiſſance pour un empêchement dirimant le mariage, montre clairement qu'il n'y en a jamais eu. La ſeconde, qu'elle bleſſe l'indiſſolubilité du ſacrement, que l'égliſe latine a toujours défendue avec courage & avec vigueur, dont le concile de Florence contient un bel exemple, lorſque parlant du divorce reçû par les Grecs, il dit en ces termes, que de toutes les objections qui furent faites aux Grecs, il n'y en eût que deux auxquelles ils ne purent répondre. *Hæc à latinis objecta Mitylenenſis canonicè omnia legitimèque perſolvit, præterquàm duo, de quibus Papa ſignificavit imperatori; cur ſcilicet matrimonia dirimantur & patriarcha non eligatur; latinis contradicentibus legem nihil valere adverſus Domini vocem : quod Deus conjunxit, homo non ſeparet.*

La troiſiéme, qu'elle eſt encore contraire au canon *quod autem* 27, *quæſt.* 2, au canon *requiſiſti* 33, *quæſt.* 2, à la gloſe de l'un & de l'autre, à la doctrine de ſaint Thomas ſuivie par tous les canoniſtes, qui ont toujours tenu pour maxime conſtante, que l'impuiſſance précédant le mariage à l'inſçû de la femme qui l'a contracté, fait que le contrat eſt nul & qu'il n'y a point de mariage. Enfin elle répugne encore à l'autorité des choſes jugées; par ce qu'il a encore été jugé par les arrêts que l'action d'impuiſſance étoit préalable à l'action d'adultere, ſuivant les loix premiere & ſeconde, au code *de ordine cognitionum* : d'où il réſulte que n'y ayant jamais eu de mariage entre madame la ducheſſe de Beaufort & le feu ſieur de Liancourt, il n'y a point d'adultere.

2° L'autorité de la ſentence de l'official d'Amiens a encore été confirmée par les arrêts de vérification des lettres de légitimation expédiées en faveur de M. le duc de Vendôme; parce que l'état véritable de ſa naiſſance n'a point été diſſimulé, la ſentence de l'official d'Amiens ayant même été vûe & inſérée dans les arrêts : tellement que c'eſt une queſtion jugée & qui n'a point dû être révoquée en doute.

3°. Il y a cinquante-ſept ans & plus, que M. le duc de Vendôme eſt en poſſeſſion de ſon état, confirmée par ſon contrat de mariage de l'an 1598, & par les lettres poſtérieures de l'an 1599, ſuivies du contrat de tranſaction paſſée avec madame d'Elbeuf en 1619, approuvée par elle & ratifiée par tous les actes poſtérieurs qui ont été faits. Au ſurplus, l'exemple allégué du prince de Tranſylvanie, & rapporté par M. le cardinal d'Oſſat, n'eſt point fidelle; parce que rendant raiſon pourquoi le pape avoit procédé par diſpenſe & non par déclaration de nullité, il dit lui-même que ce fut à cauſe que l'impuiſſance n'étoit point juſtifiée, & ne le pouvoit être, ce qui ne s'eſt pas rencontré au fait particulier, où d'ailleurs la nullité du mariage de feue madame la ducheſſe de Beaufort, a encore été prononcée pour les deux autres cauſes inſérées dans la ſentence, ſçavoir, le défaut de conſentement & la parenté.

Il y a plus; car ſi la ſentence de l'official d'Amiens n'étoit pas valable, il s'enſuivroit que le même défaut ſe trouveroit dans la naiſſance de madame la ducheſſe d'Elbeuf, parce que le mariage du feu ſieur de Liancourt auroit duré juſques à la mort de madame la ducheſſe de Beaufort ſa mere; de ſorte qu'en quelque façon que ce ſoit, on ne ſçauroit feindre de différence en leur condition.

Que ſi on y ajoute l'état auquel étoit le feu roi, lors de la naiſſance de l'un & de l'autre, c'eſt une derniere conſidération, qui met l'affaire hors de toute difficulté; parce qu'il eſt conſtant qu'il étoit encore dans l'alliance de la Reine Marguerite : & ſi l'on oppoſe la ſentence poſtérieure qui a déclaré ſon mariage nul, pour lui donner un effet rétroactif, & mettre ſon état en ſûreté; M. le duc de Vendôme répond qu'il n'y a point de différence entr'elle & celle qui a jugé la nullité du mariage du feu ſieur de Liencourt, que toutes deux ont prononcé par nullité, & partant qu'il ne peut y avoir aucune différence dans leurs effets.

Reſte de ſatisfaire à la leſion prétendue dans le contrat du 17 janvier 1619, par l'omiſſion des

BIU Cujas

terres de Beaufort, d'Eſtampes & autres, dont il a été parlé, enſemble des ſommes mobiliaires mentionnées dans les comptes, que l'on a fait monter à plus de deux millions de livres, à l'égard deſquelles les demandeurs prétendent qu'il ne faut pas trouver étrange s'ils ſont demeurés ſi long-tems dans le ſilence, parce qu'ils étoient trop généreux pour accroître les diſgraces de M. le duc de Vendôme, par un procès ſi fâcheux & ſi difficile ; ou que la mauvaiſe fortune les ayant chaſſés du royaume à leur tour, les a mis dans une impuiſſance entiere & abſolue d'agir & de rien faire, tellement qu'il n'y peut avoir aucune preſcription, non pas même de dix ans.

M. le Duc de Vendôme ſouhaiteroit de tout ſon cœur, que ce compliment fût auſſi véritable qu'il a été malicieuſement inventé ; mais qui pourroit ſouffrir en patience l'excès d'une vanité qui change le crime en vertu, & qui d'une perfidie la plus honteuſe qui fut jamais, en veut faire le ſujet d'un éloge, & le titre d'un ſignalé ſervice digne de prix & de récompenſe ?

Proh ſuperi ! quantum mortalia pectora cæcæ
Noctis habent ! ipſo ſceleris molimine Tereus
Creditur eſſe pius, laudemque à crimine ſumit.

Il eſt vrai que M. le Duc de Vendôme fut arrêté en l'année mil ſix cent vingt-ſix par la violence de ſes ennemis, & qu'au milieu de ſes chaînes & de ſa détention, madame la ducheſſe d'Elbeuf feignit de s'employer pour ſa liberté ; mais qui ne ſçait par quel intérêt ? que ſes ſoins tendoient plus à le rendre coupable, qu'à le déclarer innocent ; à lui arracher par force & par menaces des déclarations honteuſes & contraires à la vérité, pour l'expoſer en proie à la merci de ſes ennemis, qu'à protéger ſon innocence & ſauver ſon honneur ? Qui ne ſçait pas les plaintes que monſieur le duc de Vendôme en a faites publiquement, les proteſtations par écrit qu'il en dreſſa dès-lors, & qu'il a depuis reïtérées ; le reſſentiment qu'il en a conſervé l'eſpace de plus de ſix ans, pendant leſquels il ne l'a conſidérée que comme la plus cruelle de ſes ennemis ; enfin la récompenſe de tous ſes ſervices par la gratification du gouvernement de Picardie : & partant ne dites pas, s'il vous plaît, qu'un mouvement de tendreſſe & de charité vous ait retenu : ſi ce fait eût été véritable, je demanderois volontiers à monſieur & à madame la ducheſſe d'Elbeuf, où eſt la moindre proteſtation qu'ils en ont faite ? Tombera-t-il dans le ſens de qui que ce ſoit, qu'ils euſſent manqué d'en conſigner un acte entre les mains d'un Notaire, pour s'en ſervir dans un autre tems ? Tant s'en faut qu'ils y aient jamais penſé, qu'au contraire il paroît par tous les contrats qu'ils ont paſſé depuis, pendant près de trente ans, qu'ils ont perpétuellement approuvé & confirmé celui du 17 janvier 1619. Ajoutons une derniere conſidération, qui eſt notoire & connue de tout le monde, ſçavoir, que pendant la détention de monſieur le duc de Vendôme, & pendant l'abſence de monſieur le duc d'Elbeuf, ils ne laiſſoient pas d'agir dans leurs affaires par procureurs ; que madame la ducheſſe d'Elbeuf étoit autoriſée pour cela ; que l'action dont il s'agit étoit de ſon chef, & d'ailleurs que ſon abſence ne lui peut pas encore profiter ; tellement que de feindre qu'il n'y a point eû de preſcription, c'eſt une illuſion toute apparente.

Il en eſt de même de la leſion prétendue, & des divertiſſemens allégués ; car par le contrat il paroît que toutes ces mêmes pieces ont été vues & examinées ; que par les comptes il eſt fait mention expreſſe de toutes les terres ; que le prix de Monceaux y a été employé, & n'appartenoit point à madame la ducheſſe de Beaufort ; que les deux millions cent trente-ſix mille livres couchés en recepte, ont toujours été mis en repriſe ; que la plûpart étoient de nulle valeur ; que les dettes paſſives montoient à plus de quinze cent mille livres : que la meilleure partie du revenu étoit du chef de M. le duc de Vendôme, par le moyen des gratifications qu'il avoit du Roi, des bénéfices dont il étoit pourvû, & des penſions dont il étoit payé à l'Epargne ; bref que tout a été examiné & diſcuté, ſans que depuis ce tems pendant trente-deux ans, madame la ducheſſe d'Elbeuf ait penſé à reclamer : de ſorte qu'au fond elle eſt ſans intérêt, & d'ailleurs il n'y a point de preſcription de dix, ni de trente ans, qui ne ſoit acquiſe.

Que reſte-t-il donc, ſinon de conclure & d'exciter madame la ducheſſe d'Elbeuf de rentrer en elle-même & dans ſon devoir ? Dira-t-elle encore que le tems n'eſt point conſidérable, parce que le contrat eſt contre les bonnes mœurs ? & pour condamner une propoſition ſi injuſte, eſt-il beſoin d'ajouter ici de nouveaux moyens à ceux qui vous ont été repréſentés ? Juſtin remarque qu'après la mort d'Alexandre, étant ſurvenu différend entre ſes ſucceſſeurs pour le partage de ſes biens, les Macédoniens qui avoient ſuivi ſa fortune, & qui furent choiſis pour Juges de cette illuſtre conteſtation, avant que de commencer leurs délibérations, firent apporter le corps de ce Prince au milieu de l'aſſemblée, *ut majeſtas ejus decretorum teſtis eſſet*, afin que l'eſprit d'Alexandre préſidât à ces conſeils, qu'il prononçât par leur bouche, & qu'il fut encore Juge de ce différend après ſa mort.

Ha ! que ne m'eſt-il permis de faire ici la même choſe, de conſulter les ſentimens du feu roi Henri IV ſur la conteſtation qui ſe préſente, d'écarter ces monceaux de terre dans leſquels il eſt enfermé, & à l'exemple de cette reine d'Egypte, qui ſe ſauva dans le tombeau de ſes prédéceſſeurs contre les Armes d'Auguſte, de mettre ſon fils à l'abri de ſes cendres contre l'effort de ſes ennemis ; ou du moins que n'ai-je ici les termes & l'éloquence du plus illuſtre des orateurs, lorſque dans une célebre audience, au milieu du ſénat de Rome, il invoquoit les manes du grand Pompée pour l'aſſiſter, & pour venir défendre en perſonne l'honneur de ſa maiſon, contre l'inſolence d'un homme, qui étant entré ſans reſpect dans un lieu ſi plein de lauriers, l'avoit mis en déſordre & en confuſion ? n'aurois-je pas ſujet de lui dire : manes du grand Henri, dont les dernieres penſées ont fait trembler toute l'Europe, prince l'amour des peuples & la frayeur de ſes ennemis, paroiſſez maintenant en cette audience, & venez vous-même au ſecours de votre mémoire & de votre honneur que l'on offenſe impunément, pendant que vous repoſez dans le tombeau. Ceux qui tiennent de vous la fortune & la vie, & qui autrefois n'euſſent oſé vous regarder en face, vous traitent aujourd'hui comme un autre Hercule. Ils abuſent du ſilence & du ſommeil qui vous a fermé les yeux, pour vous piquer & vous faire injure : *rumpe fatorum moras, molire terras, & calumniam doma ; vel umbra ſatis eſt.* Ceux qui vous attaquent ne ſont plus vos anciens ennemis, c'eſt votre ſang qui s'éleve contre vous, c'eſt votre fille qui vous déclare la guerre, c'eſt elle qui accuſe votre mémoire, quoiqu'elle eût la premiere intérêt à la défendre : & ſi le ciel avoit permis, MESSIEURS, que votre ſiécle eût la gloire ou la honte de le voir préſent à cette action, quelle douleur n'auroit-il pas de

BIU Cujas

l'entrepriſe de madame la ducheſſe d'Elbeuf? ne vous ſemble-t-il pas l'entendre lui faire ce reproche : Ingrate, qui me traînes aux pieds des tribunaux, qui m'obliges de rendre compte de mes actions & de ma vie, qui viens demander juſtice contre moi, & m'attaquer en un point qui m'a toujours été plus précieux que ma couronne? eſt-ce-là donc le ſuccès qui étoit dû à la gloire de mes actions? aurois-je ſemé des bienfaits dans une ame ſtérile, qui ne m'aura produit que des épines; & parmi les vœux & les bénédictions de mes peuples, ſerai-je aſſez malheureux que de ne recueillir que des calomnies & des reproches de ma maiſon? Quoi donc cinquante ans après la mort de votre mere & quarante ans après la mienne, vous diſputez l'état de votre frere, & conteſtez la validité d'une Sentence rendue cinquante-ſept ans auparavant, pour lui faire porter la peine & à moi la honte d'un crime que je n'ai point commis? *Magne regnator Deûm, tam lentus audis ſcelera, tam lentus vides! Et quando ſæva fulmen emittes manu, ſi jam ſerenum eſt?*

C'eſt à vous, MESSIEURS, à lui faire juſtice en cette occaſion, vous connoiſſez ſon innocence, & l'attentat de cette fille. Sera-t-il dit que dans ce lieu ſacré, où la proſpérité de ſes armes a fait regner votre juſtice avec tant d'éclat, il ait été permis de l'offenſer impunément, & que dans ce temple auguſte, où la mémoire de ſes vertus eſt encore ſi préſente, l'outrage qu'il a reçû demeure ſans châtiment? Il me ſouvient à ce propos d'un bel exemple rapporté par Suetone, & qui me ſemble digne de l'honneur de votre audience. Cet hiſtorien remarque qu'une veſtale ayant appris qu'un tribun violent & ſéditieux, mais ennemi de ſon pere, prenoit le tems & l'occaſion, que ce prince après l'honneur d'une victoire importante, qui avoit aſſuré la gloire & le ſalut de ſon pays, entroit en triomphe dans la ville de Rome couvert de lauriers, & ſuivi des acclamations publiques, pour l'arracher du char de ſon triomphe, & le traîner honteuſement dans la priſon : cette fille pleine de courage & de ſentiment, oppoſa ſon amour & ſon induſtrie à la violence & à l'injuſtice de ce mauvais magiſtrat; ayant ſaiſi ſon pere publiquement revêtue de l'habit de veſtale, le reſpect arrêta le deſſein & la fureur de cet inſenſé : la ville de Rome, dit un ancien à ce ſujet, vit avec joie un double triomphe devant ſes yeux, du pere & de la fille dans une même action, dont l'un fit triompher la valeur, & l'autre la piété; celui-là ſur les ennemis de ſon pays, & celle-ci ſur les ennemis de ſon pere : *alterum triumphum pater, alterum filia in eadem Veſtæ duxit, nec diſcerni potuit cui plus laudis tribueretur, an cui victoria, an cui pietas comes fuerat.* N'attendez pas, s'il vous plaît, que je vous faſſe voir ici le paralelle de ces deux filles; que je compare la vertu de la premiere qui conſerva l'honneur de ſon pere & mit ſa gloire à couvert, avec l'inhumanité de madame la ducheſſe d'Elbeuf, qui ne peut ſouffrir le ſien en repos au milieu de ſes triomphes : mais ſi la vie du prince dont nous parlons, a été un triomphe perpétuel qui a porté la réputation de ſon nom en toutes les parties de l'univers,

Audiit, & ſi quem tellus extrema refuſo
Alluit Oceanus;

Il eſt maintenant en vous d'ajouter quelque choſe à la gloire qu'il s'eſt acquiſe pendant ſa vie; c'eſt en le faiſant triompher de l'avarice de cette fille dénaturée, qui ayant eu la hardieſſe de l'attaquer publiquement, mérite auſſi d'être punie par un arrêt exemplaire. C'eſt la couronne qu'il attend de vos mains, c'eſt le vœu de tous ſes peuples, & la très-humble ſupplication de monſieur le duc de Vendôme : c'eſt pourquoi je conclus à ce qu'il plaiſe à la cour déclarer les demandeurs non-recevables & mal fondés en leurs demandes & lettres, & les condamner aux dépens.

Talon pour le procureur général du roi,

A DIT :

MESSIEURS, la diſpoſition du droit romain qui défend de faire queſtion de l'état d'un défunt cinq ans après ſon décès, reçoit cette diſtinction : ſçavoir qu'il y a grande différence entre les actions directes, dans leſquelles l'on accuſe ou bien les actions de partage de ſucceſſion ou de ſubſtitution, dans leſquelles l'on articule pour moyens le défaut de naiſſance ou de légitimation d'un homme qui eſt décédé. Au premier cas il n'eſt jamais loiſible de révoquer en doute l'état & la condition d'un homme quand il eſt mort, & qu'il n'eſt plus en état de ſe défendre; la mort eſt le lieu du repos, qui met à couvert les actions de ceux qui ſont décédés; mais lorſqu'un particulier, dans une action qu'il a intentée pour fortifier le jugement de ſon affaire, articule les moyens qui regardent la naiſſance & la vérité de la condition de quelque particulier, & que ces moyens regardent l'état des perſonnes qui ſont décédées il y a cinq ans, en ce cas l'action n'en eſt pas recevable, parce que l'état des hommes ne doit pas être flotant, douteux, incertain : le tems qui produit toutes choſes par ſa durée, les fait périr pareillement; il eſt le pere des fables & des menſonges qui s'établiſſent inſenſiblement, & s'autoriſe par la ſuite des années. Ainſi il y a grande différence entre les queſtions de fait & de droit; les dernieres produiſent des actions qui ne ſe preſcrivent que par trente & quarante années; les autres, principalement celles qui concernent l'honneur & la réputation des hommes, comme elles ſont difficiles, elles périſſent par un moindre tems, la préſomption devant être toujours pour la liberté, pour l'innocence & pour la juſtication de celui qui eſt défendeur, duquel l'état & la condition eſt conteſtée. Ainſi en l'année 1619, partage ou tranſaction ayant été faite entre les parties, aſſiſtées de perſonnes de condition & de leur conſeil, & le fondement de cet acte ayant été la filiation commune, la qualité mutuelle de frere & de ſœur, le défendeur prétend que les moyens qui s'articulent à préſent pour faire caſſer ce contrat, n'étoient pas lors inconnus aux parties ni à leurs conſeils, parce qu'ils avoient été rendus publics par quantité de libelles, contenant l'hiſtoire ſcandaleuſe du dernier ſiécle; outre plus, la nature de cet acte, les biens qui ont été partagés, ont été les graces, les bienfaits, les libéralités du roi Henri IV faites à madame la ducheſſe de Beaufort, à la mémoire de laquelle l'on a fait le procès par la plaidoirie de cette cauſe; l'on a cenſuré les mœurs & les actions d'Henri IV, & l'on a renouvellé la mémoire de certains maux qui devoient être oubliés, de certaines queſtions qui ne peuvent être conſidérées que comme des monſtres dans l'état, des écueils & des précipices; parce qu'elles ont quelque ſorte de réflexions, & peuvent produire de mauvaiſes penſées contre la fortune préſente de l'Etat. En telle ſorte que nous ſommes obligés par le devoir de nos charges de le marquer en public. Mais

BIU Cujas

outre cette obſervation, laquelle eſt toute royale, nous eſtimons que les ſujets du roi, de quelque condition qu'ils ſoient, ſont obligés d'être ſobres & retenus, lorſqu'il s'agit des actions de leurs Souverains, leſquels ne ſont pas obligés d'en rendre compte à autre qu'à Dieu ſeul : car encore que la loi du décalogue & les préceptes de l'égliſe ſoient également écrits pour toutes ſortes de perſonnes, il eſt vrai pourtant que l'on ne déſire pas en la perſonne des grands des perfections angéliques, mais telles qu'elles conviennent à leur dignité & à leur condition, parce que la facilité d'être ſurpris, la complaiſance publique qui canoniſe leurs imperfections, les rend en quelque façon excuſables, mais du moins les conſtitue dans ce degré d'honneur, que toute ſorte de mauvaiſes penſées & de diſcours injurieux contre leur conduite, ne peuvent être entendus dans le public. Ainſi le roi Henri le Grand dans la force de ſon âge & au milieu de ſes conquêtes, dans la condition en laquelle étoit réduite la famille royale, ayant aimé la ducheſſe de Beaufort, & eu d'elle trois enfans naturels, nous ne travaillons pas pour juſtifier leur conſcience, parce qu'ils en ont rendu compte dans un autre tribunal; mais nous eſtimons que le roi ayant fait légitimer les trois enfans, & leur ayant procuré de grands biens par les gratifications qu'il a faites à leur mere, il eſt étrange que le jugement du roi ſoit conteſté, & que pour partager la ſucceſſion de madame de Beaufort, ſes enfans, cinquante ans après ſa mort, révoquent en doute, ſçavoir ſi elle a été doublement adultere, ſi ſon mariage a été légitimement diſſou, & ſi elle a été en état de le pouvoir demander. Le tems eſt un grand remede aux queſtions de cette qualité, dans leſquelles, lorſque les familles s'établiſſent, que les mariages ſe contractent, & que les enfans naiſſent dans la bonne-foi, l'intérêt du public ſoutient l'état & la condition des hommes qui ſont en poſſeſſion de leur filiation; cette longue ſuite d'annees qui obſcurcit la connoiſſance des choſes anciennes, doit ſervir d'excuſe, de décharge & de juſtification, parce que peu de gens ſeroient en ſureté, s'il étoit loiſible, après un ſi long tems, de leur faire rendre compte des ſecrets de leur naiſſance, & de l'origine de leurs familles. Que ſi ſans conſidérer la bienſéance des perſonnes & de la preſcription du tems, l'affaire étoit examinée dans les maximes ordinaires & les regles du droit commun, il faut demeurer d'accord que les enfans naturels peuvent être légitimés en France par lettres du prince; mais cette légitimation qui les rend capables de poſſéder toutes ſortes de charges, d'offices & de bénéfices, qui les habilite à recevoir toutes ſortes de donations, de legs & de gratifications, ne les rend jamais capables de ſucceder *ab inteſtat*, ni en pays coûtumiers, ni en pays de droit écrit; ſi ce n'eſt qu'outre les lettres il y ait conſentement prêté par les héritiers préſomptifs, auquel cas les enfans naturels ſuccedent à leurs parens en vertu de ce conſentement, & non pas à cauſe de la grace du prince; parce que la qualité d'héritier étant l'effet du mariage & l'exécution du ſacrement, le roi ne diſpenſe jamais contre l'un ni contre l'autre; & ſi des lettres de légitimation portant pouvoir de ſuccéder, avoient été autrement vérifiées, c'eſt-à-dire ſans le conſentement des parens, elles ſeroient inſoutenables; & en ce cas, l'appel de ce qui auroit été fait en la chambre des comptes, en ſeroit reçû en cette cour. Sur cette maxime, il faut conſidérer quel eſt l'état & la condition des parties qui conteſtent : ni l'un ni l'autre n'ont eu lettres qui les rendent capables de ſuccéder à madame la ducheſſe de Beaufort leur mere, mais ſeulement ils ſont habiles pour recevoir toutes ſortes de dons & de gratifications qui leur peuvent être faits; car encore qu'il y ait eu des lettres vérifiées en la cour, par leſquelles madame la ducheſſe de Beaufort ait été rendue capable de ſuccéder à ſes enfans, même d'en avoir le droit de garde; qu'après ſa mort, ils aient pris la qualité d'héritiers par bénéfice d'inventaire; que le roi leur ait nommé un tuteur, même établi un conſeil de perſonnes de condition éminente : néanmoins tous ces actes n'ont pas été capables de leur donner le titre & la qualité d'héritiers, qui eſt un nom de droit, lequel ne s'acquiert point & ne s'établit pas par identité, par équipolence & encore moins par préſomption : ainſi n'ayant point été héritiers de la dame ducheſſe de Beaufort leur mere, ils n'ont point été cohéritiers d'une même ſucceſſion, & il n'y a pas eu lieu à ſe demander partage l'un à l'autre. Mais monſieur le duc de Vendôme étant inſtitué, ou déclaré par la dame ducheſſe de Beaufort ſon héritier dans ſon contrat de mariage fait avec la fille de monſieur de Mercœur, il a été fondé en droit par le moyen de cette inſtitution ou déclaration contractuelle, de prétendre tous les biens de madame la ducheſſe de Beaufort lui appartenir, leſquels biens il n'a pu poſſéder qu'à la charge de bailler mariage à madame la ducheſſe d'Elbeuf ſa ſœur ſelon la dignité de ſa naiſſance & de ſa condition : de ſorte que, lorſque le contrat de l'année 1619 a été paſſé, ce n'a pas été un partage, puiſqu'ils n'étoient pas cohéritiers, mais c'étoit une tranſaction, en laquelle monſieur le duc de Vendôme donnoit à madame d'Elbeuf une eſpece de légitime, un mariage advenant, ſelon ſa condition & la qualité des biens qu'il poſſédoit : ce que ceux qui ont dreſſé le contrat ont adroitement revêtu du titre & de la qualité de partage, pour ôter l'occaſion de parler de la naiſſance de perſonnes illuſtres & ſi proches : & pour ce qui eſt de la différence qui a été articulée entre l'état & la condition du frere & de la ſœur, leſquels, bien qu'ils ſoient iſſus d'un même ſang, l'on a prétendu que la qualité des tems y produiſoit quelque ſorte de diſtinction notable; il ſemble que la lecture de la ſentence rendue par l'official d'Amiens, termine cette difficulté, ſoit qu'elle ſoit jugée valable, ſoit qu'elle ſoit nulle dans ſon diſpoſitif. Car, s'il y a nullité dans ce jugement, & qu'il n'ait point produit véritablement & légitimement la diſſolution du mariage, en ce cas la condition des parties eſt égale : car madame la ducheſſe de Beaufort n'auroit pas plus été perſonne libre & ſolue, lors de la naiſſance de madame d'Elbeuf, que lors de celle de monſieur de Vendôme, puiſque la vérité d'un mariage n'eſt pas ſuſceptible de plus ou de moins. Que ſi cette ſentence ſubſiſte, qu'elle ſoit en ſoi légitime, & que le tems l'ait rendue de telle qualité, qu'elle ne puiſſe recevoir d'atteinte, elle doit avoir un effet rétroactif qui influe ſa grace également ſur la naiſſance de l'un & de l'autre; comme de vérité tel eſt & doit être le ſentiment univerſel de l'égliſe, parce que le ſacrement de mariage conſiſtant dans un point & dans un être indiviſible, s'il a été une fois contracté par le conſentement de l'un & de l'autre des parties idoines & capables, & par l'application des cérémonies ordinaires, il produit un lien que les hommes ne peuvent diſſoudre, non pas même l'égliſe univerſelle aſſemblée, n'y ayant aucune puiſſance ſur la terre qui puiſſe toucher à l'eſſence & à la validité d'un ſacrement,

BIU Cujas

quand il a été actuellement & réellement bien contracté. Que si d'autre part le consentement de ceux qui se sont mariés n'est pas légitime, ou qu'ils ne soient pas en état, ni en puissance de le contracter; par exemple, si un homme engagé dans un premier mariage ou bien étant prêtre ou religieux s'attendoit de contracter mariage, il n'y auroit point de sacrement ni d'obligation, à cause de la résistance, de l'incapacité & inhabileté de sa personne : ainsi celui qui seroit impuissant, étant comparé à un enfant impubere, n'est pas capable de contracter mariage, parce qu'il n'a pas la vertu naturelle de le pouvoir accomplir, en telle sorte que la déclaration portée par une sentence de l'official devant lequel l'impuissance est justifiée, ne déclare pas le mariage nul, mais elle déclare qu'il n'a jamais été contracté légitimement; & remontant jusques aux principes, elle déclare celui qui est impuissant un trompeur, & qu'il n'a jamais reçû la grace ni l'effet du sacrement. Lesquelles maximes sont fondées dans les élémens du sens commun & la nécessité de la matiere, c'est-à-dire, la qualité de l'action, que nous estimons être un sacrement, qui ne peut pas n'être plus, quand une fois il a subsisté. Il est bien vrai que quelques docteurs Italiens en parlent autrement : parce que s'imaginant qu'il est difficile de pouvoir vérifier un fait de cette qualité, ils pensent qu'il est moins difficile de s'adresser au pape, & lui demander dispense d'un mariage contracté & non consommé, que d'insister sur l'examen d'une procédure, qui blesse en quelque sorte de pudeur; & ainsi sous prétexte d'honnêteté & de bienséance extérieure, élevant l'autorité & la puissance du saint siége, & lui donnant plus d'autorité, peut-être, qu'il n'en desire, ils croyent que la dissolution d'un mariage à cause d'impuissance, est une dispense canonique, une indulgence ecclésiastique, laquelle ne doit avoir lieu que du jour qu'elle est accordée, & qui n'a point d'effet rétroactif. Mais cette maniere d'agir a toujours été réprouvée par nos mœurs, comme une occasion de licence & de libertinage, qui aboutit à déshonorer le sacrement, & en établir l'indissolubilité plutôt dans l'exécution, que dans la vérité de son principe. La dignité du sacrement consiste dans le consentement des parties & la bénédiction de l'église, laquelle d'un contrat civil, en fait un mystere plein d'honneur & de vénération, institué pour être l'image, la figure & la représentation du fils de Dieu & de son église : & tout ainsi que cette union a été double en charité d'esprit & en conformité de nature; ainsi outre le bien spirituel, il est nécessaire que la conjonction du corps s'en ensuive, pour faire la liaison parfaite & entiere; qu'il y ait tradition réelle & actuelle du corps, ou du moins qu'il y ait puissance & habitude de le pouvoir faire, sans laquelle puissance & capacité, il manque quelque chose à la substance & à l'intention du sacrement, qui fait qu'il ne se contracte pas légitimement, quand ce défaut se rencontre, & que la sentence de l'official qui déclare un mariage nul à cause d'un désordre de cette qualité, le déclare tel *ab initio*, c'est-à-dire qu'il n'y a jamais eu de sacrement : ce qui doit être d'autant plus véritable dans cette cause, qu'après cinquante années, il n'est pas loisible de révoquer en doute la vérité d'un jugement de cette qualité, sur l'autorité duquel & la bonne-foi publique subsistent l'état & la condition de l'une & de l'autre des parties qui contestent, estimant pour cette considération qu'il y a lieu sur les contestations de prononcer hors de cour & de procès. LA COUR a déclaré & déclare les parties de bataille non-recevables ès demandes par elles faites & contenues en leurs requêtes présentées les 29 avril & 20 mai, & aux lettres par elles obtenues le 7 juin, sans dépens. Fait en parlement le treiziéme jour de juin mil six cent cinquante-un. *Signé*, GUYT.

OBSERVATIONS.

JE n'ai rien à ajouter à cette question; les doctes plaidoyers qui y sont rapportés, contiennent tout ce que l'on peut dire de plus curieux; je me contenterai d'observer que notre auteur a parlé de cette matiere dans ce livre 4, question 66, & dans le livre 6, question 38, où j'ai fait quelques observations auxquelles le lecteur me permettra de le renvoyer pour éviter les redites. Cet arrêt est aussi rapporté dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 6, ch. 26.

DE LA TAILLE.

QUESTION CENT-QUARANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Eloge de la noblesse de France.*
2. *Les gentils-hommes n'ont droit de jouir & faire valoir par leurs mains qu'une seule ferme.*
3. *Arrêt du conseil d'état, du 22 octobre 1650, qui ordonne que les gentils-hommes de Beausse jouiront de l'exemption de la taille, pour toutes leurs terres, quand ils les feront valoir par leurs mains.*
4. *Déclaration du roi, du 8 novembre 1650, conforme à l'arrêt ci-dessus.*
5. *Arrêt d'enregistrement au parlement, du 16 janvier 1651.*
6. *Par l'édit du mois d'avril 1667, les gentils-hommes ne peuvent faire valoir qu'une seule terre de labour de quatre charrues.*

BIU Cujas

QUESTION CXLIII.

Si les gentils-hommes peuvent jouir & exploiter par leurs mains ou par leurs ſerviteurs, plus d'une terre & ſeigneurie.

1 IL eſt vrai que meſſieurs de la nobleſſe ſont comme les nerfs du royaume, & que c'eſt en eux que la principale force de la couronne conſiſte. Qu'ils ſe ſont toujours fait craindre à nos ennemis, & qu'autrefois l'Italie trembloit, lorſqu'elle entendoit parler des Barons de France.

Mais auſſi faut-il qu'ils avouent, que puiſqu'ils jouiſſent de ſi beaux priviléges, & qu'eux ou l'égliſe poſſedent les biens les plus conſidérables du royaume, ils ſont obligés d'expoſer d'autant plus librement ces biens & leur vie pour le ſervice de leur prince & de l'état.

Au reſte, comme la ratte ne peut pas s'enfler qu'au préjudice des autres parties, auſſi n'eſt-il pas raiſonnable que la nobleſſe étende ſes priviléges, & rejette toute la charge ſur le menu peuple.

2 Il faut donc que la nobleſſe ſe contente qu'elle ſoit exempte des tailles, & qu'elle puiſſe jouir & faire valoir par ſes mains ou par ſes ſerviteurs & domeſtiques, l'une de ſes terres à ſon choix, mettant les autres en ferme, & les fermiers étant cottiſés pour le profit qu'ils peuvent faire, c'eſt autant de ſoulagement que les taillables en tirent.

Néanmoins meſſieurs de la nobleſſe ont voulu paſſer plus avant, & ſous prétexte de ne pouvoir trouver des fermiers pour eſtimer trop les revenus d'une terre, ils ont demandé qu'il leur fût permis de faire valoir non-ſeulement une terre, mais pluſieurs, à leurs mains & par leurs domeſtiques, ſans qu'on les pût cottiſer.

C'eſt ce que la nobleſſe avoit obtenu de la bonté de nos rois, par arrêt du conſeil & par déclaration expreſſe. Mais cela n'ayant été vérifié qu'au parlement & non à la cour des aydes, il ne peut pas ſervir de loi. Les gentilshommes pourtant en jouiſſent, mais plutôt par tolérance des élus ou des habitans, que par raiſon.

Extrait des regiſtres du conſeil d'état.

3 SUR la requête préſentée au roi en ſon conſeil, par les gentilshommes de ſon pays & gouvernement de Beauſſe, que les officiers des tailles avoient taxé d'office, & faiſoient taxer au rôle des tailles des paroiſſes, aucuns d'eux, & leurs receveurs & ſerviteurs domeſtiques, qui de leur part font valoir plus d'une de leurs terres & métairies, leſquelles par défaut de fermiers ils ſont contraints de labourer, & ce ſous prétexte des articles 33 & 48 du reglement des tailles de l'année 1634, lequel trente-troiſiéme article porte, que les nobles, eccléſiaſtiques, chevaliers de malte, officiers, privilégiés & habitans de la ville de paris, pourront faire valoir une de leurs terres & maiſons, & celles qui y ſont adjacentes & contigues en dépendantes; & pour les autres terres & métairies, qu'ils feront valoir par les receveurs ou ſerviteurs, ſeront taxés d'office, tout ainſi que pourroient être taxés leurs fermiers deſdites terres & maiſons: ce qui ſeroit entierement préjudiciable au ſervice de ſa majeſté, contraire à ſon intention, & aux anciens honneurs, droits, immunités, franchiſes de la nobleſſe, & aux ordonnances des rois ſes prédéceſſeurs, entre autres du roi Charle VI de 1388, qui porte que toutes perſonnes contribuaſſent à la taille qu'il mettoit ſus, fors les nobles extraits de noble lignée portans les armes; autre ordonnance du roi Charle IX, article 256, qui veut que la nobleſſe ſoit conſervée en ſes anciens honneurs, droits, franchiſes & immunités; autre du roi Henri III, aux états de Blois, article 256, en ces termes: & pour ce que la principale force de notre couronne gît & conſiſte en notre nobleſſe, en la diminution de laquelle eſt l'affoibliſſement de l'état, nous voulons & entendons qu'elle ſoit conſervée & maintenue en ſes anciens honneurs, droits, franchiſes & immunités accoutumées; du roi Henri IV en l'article 19 du reglement des tailles en l'année 1600, où il paroît que les gentilshommes ont droit de tenir leurs terres par leurs mains & ſerviteurs, leur défendant les baux ſecrets & frauduleux; du roi de glorieuſe mémoire, pere de ſa majeſté, en ſes ordonnances de l'an 1629, article 189, qui porte ces mots: deſirant témoigner à notre nobleſſe le reſſentiment des bons & fideles ſervices, que de tout tems elle a rendu à la couronne, aux rois nos prédéceſſeurs, & qu'elle continue envers nous, favoriſer & gratifier tous ceux dudit ordre, autant qu'il nous eſt poſſible: nous voulons & entendons que notre nobleſſe ſoit conſervée & maintenue en tous les anciens honneurs, droits, franchiſes & immunités dont elle a accoutumé de jouir, ſuivant les articles 256 & les ſuivans en l'ordonnance des états de Blois. A CES CAUSES, requéroient qu'il plût à ſa majeſté ſur ce leur pourvoir: VU ladite requête & les ſuſdits articles 33 & 48 du reglement des tailles de l'année 1634; enſemble leſdites lettres de l'année 1388, ordonnance des états de Blois, le 19e article du reglement des tailles de l'année 1600, ordonnance de l'an 1629. Et tout conſidéré: LE ROI EN SON CONSEIL, ayant égard à la requête des ſupplians, a ordonné & ordonne, que les gentilshommes de ſon pays de Beauſſe, ſeront maintenus & conſervés en tous leurs anciens honneurs, droits, immunités & franchiſes, pour jouir en toute liberté de leurs biens, ſuivant l'article 189 de l'ordonnance de l'année 1629 & autres précédentes: fait ſa majeſté très expreſſes inhibitions & défenſes à tous officiers des élections, aſſéeurs & collecteurs, de comprendre leſdits gentilshommes de ladite province de Beauſſe aux rôles de leurs tailles, ni leurs ſerviteurs, pour raiſon de la geſtion & aménagement de leurs terres: ordonne ſadite majeſté, que toutes taxes faites ſur eux ou leurſdits ſerviteurs, pour raiſon de ce, ſeront rayées & biffées, à la charge que leſdits gentilshommes n'abuſeront en aucune maniere de leurſdites franchiſes & droits en l'aménagement de leurs terres, par baux ſecrets & frauduleux, à peine d'être déchus dudit droit de tenir leurs terres par leurs mains, & de payer pareille ſomme que leurs fermiers euſſent fait, leurs terres étant données à ferme, à quoi le revenu d'icelles demeurera ſpécialement affecté, conformément à l'article 19 de l'édit du mois de mars 1600. Ordonne ſadite majeſté, que les habitans des paroiſſes employés dans les recettes & aménagemens des terres deſdits gentilshommes, ſeront cottiſés aux rôles des tailles, pour raiſon de ce qu'ils poſſedent, & qu'ils doivent payer de leur chef. FAIT au conſeil d'état du roi tenu à Paris le vingt-deuxiéme jour

BIU Cujas

jour d'octobre mil ſix cent cinquante. *Signé*, GALLAND.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : aux préſidens, lieutenans & autres officiers des élections qu'il appartiendra, Salut. Par l'arrêt dont l'extrait eſt ici attaché ſous le contreſcel de notre chancellerie, ce jourd'hui donné en notre conſeil d'état, ſur la requête des gentils-hommes de notre pays & Gouvernement de Beauſſe, nous avons ordonné que les ſupplians ſeront maintenus & conſervés en tous leurs anciens honneurs, droits, immunités & franchiſes, pour jouir en toute liberté de leurs biens, ſuivant l'article 199 de l'ordonnance de l'année 1629, & autres précédentes. A ces cauſes, nous vous mandons & ordonnons, chacun en droit ſoi, de faire regiſtrer ledit arrêt, & jouir leſdits ſupplians de l'effet d'icelui & des préſentes pleinement & paiſiblement : commandons au premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, de ſignifier ledit arrêt aux ſubſtituts de nos procureurs généraux èsdites élections, greffiers d'icelles, aſſéeurs & collecteurs des tailles, & à tous autres qu'il appartiendra, à ce qu'ils n'en prétendent cauſe d'ignorance, faire les défenſes y contenues, & tous commandemens, ſommations & autres actes & exploits néceſſaires, ſans autres permiſſions : Et ſera ajouté foi comme aux originaux aux copies dudit arrêt & des préſentes collationnées par l'un de nos amés & feaux conſeillers & ſecrétaires : car tel eſt notre plaiſir. Donné à Paris le vingt-deuxiéme jour d'octobre l'an de grace mil ſix cent cinquante, & de notre regne le huitiéme. *Signé*, par le roi en ſon conſeil, GALLAND. Et ſcellé.

Déclaration du roi en faveur de la nobleſſe, pour la conſervation de leurs droits.

4 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux conſeillers, les gens tenans nos cours de parlement & des aides à Paris, préſidens & tréſoriers de France & généraux de nos finances des généralités qu'il appartiendra : Salut. Nos chers & féaux les gentils-hommes de notre pays & gouvernement de Beauſſe nous ont fait dire & remontrer que les officiers des tailles avoient taxé d'office & faiſoient taxer aux rôles deſdites tailles des paroiſſes aucuns d'eux & leurs receveurs & ſerviteurs domeſtiques, qui, de leur part, font valoir plus d'une de leurs terres & métairies, quoique ce ſoit par défaut de fermiers, étant contraints de labourer, pour ne laiſſer leurs terres inculres, & ce ſous prétexte des articles trente-trois & quarante-huit du réglement des tailles de l'année 1634, lequel trente-troiſiéme article porte que les nobles, eccléſiaſtiques, chevaliers de Malte, officiers privilégiés, & habitans de la ville de Paris, pourront faire valoir une de leurs terres & maiſons, & celles qui y ſont adjacentes & contigues en dépendantes, & pour des autres terres & métairies qu'ils feront valoir par receveurs ou ſerviteurs, qu'ils ſeront taxés d'office, tout ainſi que pourroient être taxés leurs fermiers deſdites terres & maiſons; ce qui ſeroit entiérement préjudiciable à notre ſervice, contraire à notre intention, & aux anciens honneurs, droits, immunités & franchiſes de la nobleſſe, & aux ordonnances des rois nos prédéceſſeurs, entre autres du roi Charles VI de l'an 1388, qui porte que toutes perſonnes contribuaſſent à la taille qu'il mettoit ſus, fors les nobles, extraits de la noble lignée portant les armes. Autre ordonnance du roi Charles IX, article deux cent cinquante-ſix, qui veut que la nobleſſe ſoit conſervée en ſes anciens honneurs, droits, franchiſes & immunités : Autre du roi Henri III, aux états de Blois, article deux cent cinquante-ſix, en ces mots : Et pour ce que la principale force de notre couronne gît & conſiſte en notre nobleſſe, en la diminution de laquelle eſt l'affoibliſſement de l'état; nous voulons & entendons qu'elle ſoit conſervée & maintenue en ſes anciens honneurs, droits, franchiſes & immunités, acccoutumés; du roi Henri IV, notre très-honoré ſeigneur & ayeul, en l'article dix-neuviéme du réglement des tailles en l'année 1600, où il paroît que les gentils-hommes ont droit de tenir leurs terres par leurs mains & ſerviteurs, leur défendant ſeulement les baux ſecrets & frauduleux : du roi notre très-honoré ſeigneur & pere de glorieuſe mémoire, en ſes ordonnances de 1629, article cent quatre-vingt-neuf, qui porte ces mots : Deſirant témoigner à notre nobleſſe le reſſentiment des bons & fideles ſervices que de tout tems elle a rendu à notre couronne, aux rois nos prédéceſſeurs, & qu'elle continue envers nous, favoriſer & gratifier tous ceux dudit ordre, autant qu'il nous eſt poſſible, nous voulons & entendons que notre nobleſſe ſoit conſervée & maintenue en tous ſes honneurs, droits, franchiſes & immunités dont elle a accoutumé de jouir, ſuivant les articles deux cent cinquante-ſix & les ſuivans, en l'ordonnance de Blois, leſdits gentils-hommes nous ayant, à cette occaſion, très-humblement ſupplié & requis qu'il nous plût ſur ce leur pourvoir. A ces cauſes, après avoir fait voir en notre conſeil les ſuſdits articles trente-trois & quarante-huit du réglement des tailles de l'année 1600, enſemble leſdites lettres des états de Blois, le dix-neuviéme article du réglement des tailles de l'année 1600, & leſdites ordonnances de l'année 1629, de l'avis de notre conſeil & de la reine régente, notre très-honorée dame & mere, ſuivant l'arrêt donné en notredit conſeil le 22 jour d'octobre dernier, & de notre pleine puiſſance & autorité royale, nous avons dit & ordonné, diſons & ordonnons par ces préſentes ſignées de notre main, voulons & nous plaît que les gentils-hommes de notre pays de Beauſſe ſoient maintenus & conſervés en tous leurs anciens honneurs, droits, immunités & franchiſes, pour en jouir en toute liberté de leurs biens, ſuivant ledit article 189 de l'ordonnance de l'année 1629, & autres précédentes; défendons très-expreſſément à tous officiers des élections, aſſéeurs & collecteurs de comprendre leſdits gentils-hommes de ladite province de Beauſſe aux rôles de leurs tailles, ni leurs ſerviteurs, pour raiſon de la geſtion & aménagement de leurs terres : voulons auſſi que toutes taxes faites ſur eux ou leurſdits ſerviteurs, pour raiſon de ce, ſoient rayées & biffées, à la charge que leſdits gentils-hommes n'abuſeront en aucune maniere de leurſdites franchiſes & droits en l'aménagement de leurs terres par baux ſecrets & frauduleux, à peine d'être déchûs dudit droit de tenir leurſdites terres par leurs mains, & de pareilles ſommes que leurs fermiers euſſent fait, leurs terres données à ferme, à quoi le revenu d'icelle demeurera ſpécialement affecté, conformément à l'article dix-neuf de l'édit du mois de mars 1600, & que les habitans des paroiſſes employées dans les recettes & aménagemens des tertes deſdits

BIU Cujas

gentils-hommes, ſeront cottiſés aux rôles des tailles, pour raiſon de ce qu'ils poſſedent & qu'ils doivent payer de leur chef. Si vous mandons & ordonnons, chacun en droit ſoi, de faire regiſtrer ces préſentes, & jouir leſdits gentils-hommes de l'effet d'icelles pleinement & paiſiblement, ceſſant & faiſant ceſſer tous troubles & empêchemens au contraire, nonobſtant oppoſitions ou appellations & empêchemens quelconques, & ſans préjudices d'iceux; & tous édits, déclarations, ordonnances, réglemens, arrêts, défenſes & choſes à ce contraires, auxquelles & aux dérogatoires des dérogatoires y contenues, nous avons expreſſément dérogé & dérogeons par ces préſentes pour ce regard : Car tel eſt notre plaiſir. Donné à Fontainebleau le 8 jour de novembre, l'an de grace 1650, & de notre regne le huitiéme. *Signé*, LOUIS, & plus bas, par le roi, la reine régente ſa mere préſente, DE GUENEGAUD. Et ſcellé ſur ſimple queue du grand ſceau de cire jaune, & à côté eſt écrit: Regiſtrées, oui le procureur général du roi, pour être éxécutées & jouir par les impétrans & tous autres nobles de l'effet & contenu en icelles, ſuivant l'arrêt de ce jour. A Paris en parlement le 16 janvier 1651. *Signé*, GUYET.

Extrait des regiſtres du parlement.

5 VU par la cour les lettres patentes du roi, données à Fontainebleau le 8 jour de novembre 1650, ſignées, LOUIS, & plus bas par le roi, la reine régente ſa mere préſente, DE GUENEGAUD, & ſcellées ſur ſimple queue du grand ſceau de cire jaune, par leſquelles & pour les cauſes y contenues, ledit ſeigneur, de l'avis de ladite dame reine régente, auroit ordonné que les gentils-hommes du pays de Beauſſe ſeroient maintenus & conſervés en tous leurs anciens honneurs, droits, immunités & franchiſes, pour jouir en toute liberté de leurs biens, ſuivant l'article cent quatre-vingt-neuf de l'ordonnance de l'année 1629, & autres précédentes : défendant à tous officiers des élections, aſſéeurs & collecteurs de comprendre leſdits gentils-hommes aux rôles de leurs tailles, ni leurs ſerviteurs, pour raiſon de la geſtion & aménagement de leurs terres, & que toutes taxes faites ſur eux ou leurs ſerviteurs, pour raiſon de ce, ſoient rayées & biffées; à la charge que leſdits gentils-hommes n'abuſeroient en aucune façon de leurſdites franchiſes & droits, en l'aménagement de leurs terres par baux ſecrets & frauduleux, ainſi que plus au long eſt porté par leſdites lettres adreſſantes à la cour. Requête préſentée par meſſire Pierre de Briſay, chevalier, ſieur vicomte de Denonville; François le Venier, chevalier ſieur de la Groſſetiere & Sainte-Ecobile; Charles de Hallot, chevalier, ſieur de l'Eſtourville, baron de Puyſet; Louis de Villereau, chevalier, ſieur de Charleville; Louis du Pleſſis, chevalier, baron de la Perrine; Florimond de Meaucé-Larinville, chevalier, ſieur de Villebeton; Jean Guichard, chevalier de Peré; René de Vimeur, chevalier, ſieur de Rochambault, & autres gentils-hommes des bailliages d'Orléans, Blois, Amboiſe, Vendôme, du Perche, Chartres, Eſtampes, Montargis, Gien, partie des bailliages de Dreux, Monrfort, Dourdan & autres du pays & gouvernement de Beauſſe, à fin de vérification deſdites lettres; concluſions du procureur général du roi, tout conſidéré : Ladite cour a ordonné & ordonne que leſdites lettres ſeront regiſtrées au greffe d'icelle, pour être exécutées, & jouir par les impétrans & tous autres nobles de l'effet & contenu en icelles, ſans fraude, conformément à l'ordonnance de Blois, article deux cent cinquante-ſix, qui ſera exécuté ſelon ſa forme & teneur. A cette fin ſera le préſent arrêt envoyé ès bailliages & ſiéges royaux du reſſort, pour y être publié à la requête dudit procureur général, & diligence de ſes ſubſtituts. Fait en parlement le 16 janvier 1651. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

6 L'Auteur rapporte ici une déclaration du 8 novembre 1650, qui exempte les nobles de la taille pour tous leurs biens, quand ils les font valoir par leurs mains; mais depuis il eſt intervenu un édit au mois d'avril 1667, qui reſtraint ce privilége à une ſeule terre de l'exploitation de quatre charrues ſeulement. Par cet édit il eſt ordonné que les eccléſiaſtiques, les gentils-hommes, les officiers privilégiés & les bourgeois de Paris ne pourront tenir qu'une ferme par leurs mains, dans une paroiſſe; ſçavoir, les eccléſiaſtiques & les gentils-hommes le labour de quatre charrues, & les officiers & bourgeois de deux charrues, ſans qu'ils puiſſent jouir de ce privilége que dans une ſeule paroiſſe; & s'ils ont des héritages ailleurs, ils ſeront tenus de les bailler à ferme à gens tailliables, autrement ils ſeront eux-mêmes cottiſés, comme ſeroit un fermier qui exploiteroit leſdits héritages.

BIU Cujas

DE LA TAILLE.

QUESTION CENT-QUARANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans le reſſort de la cour des aides de Paris, la taille eſt perſonnelle.*
2. *Les taillables ne doivent être impoſés que dans la paroiſſe de leur domicile, quoiqu'ils ayent des héritages ailleurs, & qu'ils les faſſent valoir.*
3. *Arrêt de la cour des aides du 14 juillet 1643, qui ordonne que les taillables ſeront impoſés au rôle de leur paroiſſe pour tous leurs biens.*
4. *Autre arrêt du 26 ſeptembre, qui ordonne la même choſe.*

QUESTION CLXIV.

Si les taillables peuvent être cottiſés hors le lieu de leur domicile, pour les biens qu'ils exploitent & cultivent ailleurs par leurs mains, ſans les mettre en ferme.

1 ON ne peut pas douter que la taille ne ſoit perſonnelle dans le reſſort de la cour des aydes à Paris. Il eſt vrai que, *pro rebus imponitur* : mais ce doit être en un ſeul endroit, & c'eſt au lieu du vrai domicile qu'il faut que le taillable ſoit cottiſé pour tout ſon vaillant.

2 D'où s'enſuit qu'encore qu'il ait des héritages, qu'il les cultive & faſſe valoir par ſes mains, on ne l'y peut pas cottiſer comme on feroit un fermier, autrement il porteroit double impôt pour même choſe.

N'importe que leſdits héritages faiſant corps de domaine, s'ils avoient été mis en ferme, le fermier ſeroit cottiſable pour le profit; car cela n'empêche pas qu'un propriétaire ne puiſſe jouir de ſes biens comme bon lui ſemble, & il n'eſt pas obligé de les mettre en ferme. C'eſt aſſez qu'il paye la taille pour tout, & ſoit impoſé pour ſon vaillant.

Même paſſant plus avant, nous eſtimons que quand un taillable met ſes héritages en ferme, le fermier ne devroit pas être impoſé pour cela, & moins le granger ou métayer, & qu'en cet uſage il y a quelque injuſtice.

C'eſt parce que par ce moyen on fait porter double cotte à ce taillable, l'une de ſon chef, & l'autre du chef du fermier. Car il eſt notoire que cette cottiſation diminue le prix de la ferme, que ſans elle le fermier en donneroit davantage, & qu'ainſi c'eſt ſur le propriétaire qu'elle tombe. Ce qui eſt encore plus certain & plus notoire pour les métayers, deſquels il faut que les maîtres eſſuyent toutes leurs fautes, & payent pour eux. Peut-être que ſi cela étoit puiſſamment remontré au conſeil par des ſyndics, il y pourvoiroit.

Il y a de la différence pour les eccléſiaſtiques & gentilshommes; comme ils ſont exempts de la taille, il eſt bien raiſonnable que leurs fermiers ou métayers payent quelque choſe pour eux, & que ce ſoit comme une eſpece de dédommagement envers le tiers état, afin qu'il ne demeure pas accablé.

Extrait des regiſtres de la cour des aydes.

Vu par la cour le procès par écrit, conclu & 3
reçu pour juger en icelle le 16 décembre 1642, entre Mathurin Beſnier, René Bigot, Antoine Girard, Julien Barbier, Ambroiſe Thibault & Jacques Barat, appellans d'une ſentence des élûs du Mans, du 5 mai audit an, d'une part; & les manans & habitans de la paroiſſe de Roiſſay-Fontaine, intimés. Joint les appellations verbales interjettées par leſdits Beſnier, Bigot, Girard, Barbier, Thibault & Jacques Beſnier de deux autres ſentences du juge de Freſnay pour le fait de la ſubſiſtance des 26 avril & 26 juillet audit an 1643 : Et encore autres appellations verbales interjettées par René Beſnier, d'une ſentence deſdits élûs du Mans du 11 août audit an, d'une part; & leſdits habitans de Roiſſay intimés. Sur leſquelles appellations les parties auroient été appointées au conſeil, à écrire par mêmes griefs & réponſes, & produire aux fins d'icelles dans huitaine par devers ladite cour tout ce que bon lui ſembleroit, pour leur être fait droit. Et encore leſdits Mathurin Beſnier, Bigot, Girard, Thibault, Barat & René Beſnier appellans, tant des exécutions & ventes faites de leurs meubles, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, que des taxes & impoſitions faites de leurs perſonnes aux rôles des tailles & ſubſiſtances de ladite paroiſſe de Roiſſay ès années 1641 & 1642, & ledit René Beſnier demandeur en évocation du principal à ſon égard, pendant pardevant leſdits élûs du Mans, en conſéquence de ſon appel de ladite Sentence du 11 août dernier d'une part, & leſdits habitans de Roiſſay intimés & défendeurs d'autre : Et encore vû le même procès par écrit, conclu & reçû pour en juger en ladite cour, entre Guillaume Courtaugis & Gilles Morineau, auſſi appellans de ladite ſentence des élûs du Mans dudit jour 5 mai 1642, d'une part; & leſdits habitans de ladite paroiſſe de Roiſſay, intimés, d'autre : Joint auſſi les appellations verbales interjettées par leſdits appellans des exécutions & ventes de leurs biens, & de tout ce qui s'en étoit enſuivi : Sur leſquelles appellations les parties auroient été pareillement appointées au conſeil, à écrire par mêmes griefs, & réponſes & produire aux fins d'icelle dans le tems de l'ordonnance. Ladite concluſion du 20 mars dernier, jointe à celle ci-deſſus du 16 décembre 1642, ſur l'appel de la même ſentence, pour être ſur le tout fait droit auxdites parties con-

BIU Cujas

jointement ou ſéparément, ainſi que de raiſon, & ſauf à disjoindre. Et encore entre Catherine Pinel appellante d'une ſentence deſdits élûs du Mans du 6 octobre 1642, d'une part, & leſdits habitans de Roiſſay demandeurs aux fins d'une commiſſion par eux obtenue en chancellerie le 25 février dernier, à ce qu'il fût avec les défendeurs ci-après nommés, qu'en cas que ſur l'appel deſdites ſentences les particuliers appellans d'icelles fuſſent déchargés des condamnations portées par icelles, que les taxes deſdits particuliers portées par les rôles des tailles des demandeurs ſeroient rejettées ſur leſdits défendeurs, avec les dépens par eux faits, tant en cauſe principale d'appel, qu'incident d'une part; & les manans & habitans des paroiſſes de Grandchamp & Colombiers défendeurs, d'autre : Et encore leſdits habitans de Roiſſay demandeurs en lettres par eux incidemment obtenues en chancellerie le 26 juin dernier, pour articuler les faits y contenus, comme nouveaux d'une part, & leſdits Mathurin & René Beſnier, leſdits Bigot, Girard, Barbier, Thibaut & Barat, défendeurs, d'autre. Leſdites ſentences dont eſt appel, par la premiere dudit jour 5 mai 1642, leſdits élûs du Mans auroient condamné leſdits Mathurin Beſnier, Girard, Barbier, Thibaut & autres particuliers y dénommés, payer leurs taxes en ladite paroiſſe de Roiſſay pour les lieux & héritages qu'ils y faiſoient valoir à eux appartenans, & condamné aux dépens, & ordonné qu'ils y ſeroient taxés, tant qu'ils feroient valoir leſdits héritages : Et pour leſdits Bigot, Courtaugis, Morineau & autres particuliers y dénommés, qu'ils ſeroient teuus dans la fin de l'année d'affermer les lieux qu'ils avoient en ladite paroiſſe, & y mettre Colons, & à faute de ce faire qu'ils y ſeroient taxés & impoſés pour la détention qu'ils faiſoient deſdits lieux, ſans dépens entr'eux, fors le coût de ladite ſentence, & du procès-verbal de Montrée deſdits lieux, où ils contribueroient pour leur part, & pour le reſte avec chacun des condamnés. Par les deuxiéme & troiſiéme deſdites ſentences pour le fait de la ſubſiſtance, ledit juge de Frenay auroit débouté leſdits Girard, René Beſnier, Thibaut & Jacques Beſnier de leurs oppoſitions, leſdits Girard & René Beſnier condamnés aux dépens envers les collecteurs dudit Roiſſay, modérés à ſeize livres : Et leſdits Beſnier, Thibaut & Barbier condamnés aux dépens à leur égard, & ordonné qu'il ſeroit paſſé outre à la vente des meubles exécutés, pour être les collecteurs payés de leurs cottes de ladite ſubſiſtance de l'année derniere de ladite paroiſſe de Roiſſay, leſquelles cottes leſdits oppoſans paſſeroient juſqu'à ce qu'il y eût été pourvû, à la décharge deſdits habitans ſuivant l'édit de 1634. Par la quatriéme deſdites ſentences dudit jour 11 août dernier, acte auroit été donné de ce que leſdits habitans de Grandchamp auroient pris la cauſe dud. René Beſnier comme leur habitant : & au principal après que leſdits habitans de Roiſſay auroient remontré que ledit Beſnier exploitoit par ſes mains en leur paroiſſe, le lieu de Vauls de valeur de quatre-vingt-dix livres de rente par chacun an, partant qu'il y avoit été bien taxé, que ledit Beſnier auroit dit y avoir quatre ans qu'il étoit demeurant en ladite paroiſſe de Grandchamp où il étoit taxé pour tous ſes biens, que de vérité il avoit en ladite paroiſſe de Roiſſay une vieille mazure & cinq journeaux de terre en landes qu'il n'avoit pas affermés pour ne rapporter la ſemence, les parties auroient été appointées contraires à écrire chacun leurs fins par interdit, informer de leurs faits, fournir de reproches & ſalvations, & produire de huitaine en huitaine, pour, leurs enquêtes rapportées, leur être fait droit, & cependant par proviſion ledit Beſnier condamné payer ſes taxes en ladite paroiſſe de Roiſſai : & par la cinquiéme & derniere deſdites ſentences du ſixiéme octobre dernier leſdits élûs du Mans auroient condamné ladite Pinel payer les taxes eſquelles ledit Mathurin Beſnier avoit été taxé en ladite Paroiſſe de Roiſſay, ſauf à elle ſon recours contre lui ainſi qu'elle verroit bon être, dépens réſervés, griefs & cauſes d'appel deſdits Mathurin, Jacques & René Beſnier, & deſdits Bigot, Girard, Barbier, Thibaut & Barat ſur toutes leurs appellations, réponſes deſdits habitans de Roiſſay : productions deſdites parties ſur leurs appellations verbales : Arrêt du 20 février 1643, par lequel ſur l'appel deſdits Mathurin Beſnier, Bigot, Girard, Barbier, Thibaut & Barat, des exécutions & ventes de leurs biens, & taxes de leurs perſonnes aux tailles & ſubſiſtances de ladite paroiſſe de Roiſſay eſdites années 1641 & 1642, & évocations du principal à l'égard dudit René Beſnier, les parties ſur ledit appel auroient été appointées au conſeil, ledit principal évoqué, & ſur icelui les parties appointées en droit & joint au procès : cauſes d'appel, réponſes & productions deſdites parties, tant ſur ledit appel que principal évoqué : Requête d'emploi de contredits deſdits appellans ſur les productions deſdites appellations verbales : Contredits deſdits habitans de Roiſſay ſuivant l'arrêt du 17 mars 1643 : Griefs deſdits Courtaugis & Morineau ſur leur appel de ladite ſentence du 5 mai 1642, requête d'emploi de réponſes deſdits habitans de Roiſſay : Productions des parties ſur leſdites appellations verbales deſdits Courtaugis & Morineau : Autre arrêt de ladite cour du 22 mai 1643, par lequel ſur l'appel de ladite Pinel de ladite ſentence du 6 octobre dernier, à l'égard deſdits habitans de Roiſſay, les parties auroient été appointées au conſeil à écrire & produire dans trois jours, & joint au procès par écrit : Requête d'emploi de ladite Pinel; pour cauſes & moyens de ſon appel : Autre requête deſdits habitans d'emploi de réponſes : Productions deſdites parties ſur ledit appointé au conſeil : Appointement du 12 juin 1643, ſur la demande deſdits habitans de Roiſſay contre leſdits habitans de Grandchamp & Colombiers, par lequel ſur leurs demandes & défenſes les parties auroient été appointées en droit à écrire par avertiſſement, & produire pardevers ladite cour dans le tems de l'ordonnance, & joint au procès, pour en jugeant être fait droit ſur le tout, conjointement ou ſéparément ainſi que de raiſon : Productions deſdites parties ſur ladite demande : Autre arrêt du 3 juillet 1643, par lequel ſur leſdites lettres de faits nouveaux leſdites parties auroient été appointées à mettre dans le jour & joint, & acte à eux donné de ce qu'ils auroient reſpectivement employé pour toutes écritures & productions ſur ledit appointé à mettre, ce qui avoit été par eux écrit & produit au procès, & pareillement donné acte de la déclaration deſdits Beſnier & conſorts appellans, de ce qu'ils n'avoient entendu interjetter aucun appel pour la préſente année 1643. Tout conſidéré.

LA COUR, ſans s'arrêter aux lettres, & ſans dépens de l'incident, a mis & met les appellations & ſentences deſquelles a été appellé au néant; émendant & corrigeant, faiſant droit ſur le principal évoqué, a ordonné & ordonne que les ap-

BIU Cujas

pellans ſeront rayés & biffés des rôles des tailles & ſubſiſtances de ladite paroiſſe de Roiſſay pour les années 1641, 1642 dont eſt queſtion; ce faiſant a fait main-levée à ladite Pinel des fruits ſur elle ſaiſis, qui lui ſeront rendus & reſtitués par leſdits habitans de Roiſſay, enſemble les deniers que leſdits appellans ont été contraints leur payer, & les biens meubles ſur eux ſaiſis, s'ils ſont en nature, ſinon la juſte valeur & eſtimation au dire de gens à ce connoiſſans, dont les parties conviendront pardevant les élûs des lieux, & à faute d'en convenir, en ſera pris & nommé d'office; fait défenſes auxdits habitans de Boiſſay de plus taxer leſdits appellans aux rôles de leurs tailles & ſubſiſtances, tant qu'ils ne ſeront leurs habitans. Ordonne qu'ils ſeront taxés & impoſés ès paroiſſes de leur demeure pour tous leurs biens & facultés; condamne leſdits intimés aux deux tiers des dépens des cauſes principales & d'appel, & dudit principal évoqué envers leſdits appellans chacun à leur égard, l'autre tiers compenſé; a renvoyé & renvoye leſdits habitans de Grandchamp & Colombiers quittes & abſous des demandes, fins & concluſions contre eux priſes par leſdits habitans de Roiſſay, & les a condamné ès dépens de l'inſtance, pour ce regard liquidés à la ſomme de 24 livres pariſis; enjoint aux élûs du Mans, procédans aux départemens des tailles, diminuer les paroiſſes qui ſe trouveront avoir reçû pertes & non-valeurs, & diminutions d'habitans, & de juger les procès qui interviendront en telles matieres ſuivant les édits, ordonnances, arrêts & reglemens de la cour; leur fait défenſes d'ordonner à l'avenir des deſcentes ſur les lieux eſdites matieres, à peine des dépens, dommages & intérêts des parties : ordonne que le préſent arrêt ſera publié aux prônes deſdites paroiſſes de Roiſſay, Grandchamp & Colombiers, à ce que perſonne n'en prétende cauſe d'ignorance. Prononcé le quatorziéme jour dudit mois de juillet 1643, *Signé*, BOUCHER.

Extrait des regiſtres de la cour des aydes.

Entre Jean Mary appellant des ſentences con-
4 tre lui données par les élûs de Châteaugontier, le 14 août, 30 octobre 1643 & 29 janvier 1644, appellant & demandeur au principal évoqué par arrêt du 29 avril enſuivant, d'une part: Et les manans & habitans de Coſme & Mathurin Aubry, aſſéeurs & collecteurs de l'année 1643, intimés & défendeurs au principal. Vu par la cour les ſentences dont eſt appel; par la premiere deſquelles les parties ſur leurs conteſtations auroient été appointées à écrire & produire : & cependant par proviſion, ledit Mary condamné payer audit Aubry les taxes aux quelles il avoit été impoſé ès rôles des tailles de la paroiſſe de Coſme, nonobſtant l'oppoſition par lui formée à l'exécution faite en ſes beſtiaux, & autres oppoſitions & appellations quelconques, autrement & à faute de ce, l'exécution encommencée ſeroit parachevée, & les beſtiaux exécutés, vendus, pour des deniers en provenans être ledit Aubry payé, tant en principal que dépens: Arrêts de la cour des 7, 20 & 29 avril 1644, par leſquels ſur leſdites appellations les parties auroient été appointées au conſeil : bailleroit l'appellant ſes cauſes & moyens d'appel dans huitaine, les intimés leurs réponſes huitaine après; produiroient à la huitaine enſuivant tout ce que bon leur ſembleroit, pour leur être fait droit ainſi que de raiſon; & ſur le principal évoqué leſdites parties à ouir droit comme devant, & joint auxdites cauſes de l'appellant: Requête : Emploi de réponſes dudit Aubry : Forcluſions d'en fournir par les habitans : Productions des parties : Requête employée pour contredits par ledit Mary & Aubry, ſuivant le reglement des élûs dont eſt appel. Tout conſidéré, LA COUR a mis & met les appellations, & ce dont eſt appellé au néant; en émendant & faiſant droit audit principal évoqué, a ordonné & ordonne que ledit Mary ſera rayé & biffé des rôles deſdites tailles & autres ſubſides à la paroiſſe de Coſme : ce qu'il y a été contraint de payer lui ſera rendu & reſtitué. Fait défenſes auxdits habitans de le comprendre à l'avenir en leurs rôles, tant qu'il ne ſera leur habitant. Condamne iceux habitans & Aubry en tous les dépens. Prononcé le vingt-ſix ſeptembre 1644. *Signé*, BAUSSAN.

Voyez la queſtion 88 de ce livre 4.

DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION TUTELAIRE,

Et du dépôt.

QUESTION CENT-QUARANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Quoique le mineur ſoit toujours réputé mineur à l'égard de ſon tuteur, néanmoins l'action tutelaire ſe preſcrit par trente ans.*
2. *Progrès du droit ſur cette queſtion.*
3. *Les actions perpétuelles ſe preſcrivent par trente ans.*
4. *Réponſe aux raiſons contraires.*
5. *L'action pour revendiquer un dépôt eſt perpétuelle, tandis que la choſe dépoſée eſt en nature.*
6. *L'action du dépôt ſe preſcrit par 30 ans, quand la choſe dépoſée n'eſt plus en nature.*
7. *Le mineur doit ſe pourvoir dans les dix ans de ſa majorité contre les actes par lui paſſés avec ſon tuteur.*
8. *Explication de l'article premier de la*

BIU Cujas

reddition des comptes de l'ordonnance de 1667.

9. *Il faut distinguer entre le compte & ses suites. L'action pour rendre compte est imprescriptible.*

10. *L'action du payement du reliqua, restitution des piéces, réformation des erreurs & omissions se prescrit par 30 ans.*

11. *L'erreur de calcul se prescrit aussi par trente ans.*

12. *Les intérêts d'intérêts courent après la majorité jusqu'à ce que le compte soit rendu.*

13. *Par la clôture du compte, l'on compose un capital de tout le reliqua qui produit des intérêts de plein droit.*

14. *Arrêt célébre pour l'imprescriptibilité du dépôt, en faveur de Catherine de Médicis, contre l'évêque de Clermont.*

QUESTION CXLV.

Si l'action tutelaire, & en reddition de compte, & celle du dépôt, se peuvent prescrire, & par quel tems.

1 NOs auteurs avancent quelquefois des maximes, dont on tire de mauvaises conséquences, pour être prises trop cruement, & n'être pas assez digérées. Telle est celle que suppose le sieur Brodeau sur monsieur Loüet, en la lettre T, nombre 3, que la tutelle & administration d'un tuteur, étant censée durer jusqu'à ce qu'il ait rendu compte, & se soit déchargé des titres & papiers de l'hoirie, le mineur quoique majeur est censé mineur à l'égard du tuteur, & par conséquent qu'aucune prescription ne peut courir contre lui. Cet auteur allegue maître Charles du Moulin sur l'article 340 de la coutume de Poitou, & il fait encore fondement sur l'article 276 de celle de Paris, en tant qu'il porte, que *le mineur ne peut disposer au profit de son tuteur pendant son administration, & jusqu'à ce qu'il ait rendu compte :* ce qui semble étendre l'administration jusqu'à la reddition de compte.

En conséquence de quoi quelques-uns ont voulu soutenir, que l'action tutelaire que le mineur a contre son tuteur pour lui faire rendre compte, non-seulement devoir durer trente ans, comme les autres actions personnelles, mais qu'elle s'étendoit au-delà & ne souffroit point de prescription. Ce qui est contre l'intention du sieur Brodeau, lequel en ce même endroit établit, que l'action tutélaire ne peut durer que trente ans.

Il est bien vrai qu'il agite, si n'y ayant point de transaction formelle, & le mineur n'ayant passé qu'une simple quittance, il doit s'en faire relever dans les dix ans, ou si son action peut aller jusqu'à trente ans. Mais outre qu'il reconnoît que les derniers arrêts se sont attachés à la rigueur de l'ordonnance, & jugé que quelque acte que le mineur ait fait, il en doit réclamer dans les dix ans ; c'est assez que cet auteur limite à trente ans le cours de l'action.

2 En effet, au lieu que par le droit des digestes l'action tutélaire & autres semblables étoient perpétuelles, leur cours a été réglé à trente ans par la constitution des empereurs Honorius & Theodosius, *in l. Sicut. C. de præscript. 30, vel 40, annorum*, où ils concluent : *hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quæ perpetuæ videbantur.* Ce que l'empereur Justinien a confirmé *in. L. 1. C. de annali exceptione. Jubemus*, dit-il, *omnes personales actiones quas verbosa quorumdam interpretatio extendere extra metas triginta annarum conabatur, 30, annorum spatiis concludi.* Il ajoute, *sola actione hypothecaria quadraginta annorum utente curriculis*, & cette exception *in cæteris firmat regulam.*

Et ne fait obstacle ce qui est dit, *in l. 8, C. Arbitrium tutelæ, quæ longi temporis præscriptio non prohibet tutores conveniri* ; car il y a bien de la différence entre la prescription de dix ans & celle de 30, *quæ vocatur longissimi temporis.* Il faut entendre de même la loi 5. *Cod. de quibus non objicitur longi temporis præscriptio.* Il est vrai que, *neque mutui neque commodati, aut depositi vel tutelæ seu alii cuilibet personali actioni, longi temporis præscriptio objici non potest ;* mais ces termes établissent plutôt une prescription plus longue qu'ils ne l'excluent. Aussi Justinien, en la loi seconde, *C. de constitutâ pecuniâ*, a supposé que ce fût un terme commun pour toutes les actions personnelles, sans qu'elles puissent s'étendre au-delà de trente ans, tant soient-elles favorables : ce qui a donné sujet au docte Cujas de dire, que quand on parle en droit d'une action perpétuelle, cela se 3
doit entendre de la durée de trente ans ; & sur le titre du code, *arbitrium tutelæ*, parlant de cette action & de l'action *negotior. gestor.* il dit, *utraque est perpetua, id est non finitur nisi spatio 30, annorum, L. 8*, du même titre, & *L. adversus C. de negotiis gestis.* Reste à lever les prétextes qu'on allegue au 4
contraire. L'article 276 de la coutume de Paris ne parle point de la prescription, mais seulement des dispositions que le mineur fait au profit de son tuteur, comme elles sont présumées extorquées ou suggérées, c'est aussi avec prudence qu'on a établi que cela se doit entendre tant que l'administration dure, & jusqu'à ce que le tuteur ait rendu compte, parce que jusqu'alors le mineur est censé dépendre de lui, & le tuteur présumé avoir encore le même pouvoir. Le même soupçon de crainte s'y rencontre, le mineur pouvant appréhender que son tuteur ne le traite mal au compte qu'il lui doit rendre, ce qui n'a rien de commun avec la prescription.

Quant à la note de Me Charles du Moulin, sur l'article 140 de la coutume de Poitou, outre qu'il ne parle que d'une prescription annale, il faut remarquer que l'action dont il traite réfléchissoit sur le tuteur, & que, comme il dit, le tuteur pendant la tutelle *debuit à se exigere* ; & c'est pourquoi il conclut que l'an ne peut courir qu'après l'administration & les titres rendus, le mineur ne pouvant jusqu'à ce en avoir connoissance. Or, cela ne se rapporte pas à la prescription de trente ans, le mineur fait majeur n'ignore pas que son tuteur ne lui doive rendre compte, & c'est une action qui lui est assez connue. Il se doit donc imputer la faute, s'il demeure dans un si long silence que celui de 30 ans, & même il y a lieu de dire qu'un si long intervale n'est pas tant une prescription de l'action, qu'une présomption que le mineur a été satisfait, ou par

BIU Cujas

un compte ou par quelque tranſaction. Qu'il y peut encore avoir eu quelqu'acte de décharge, même ſi c'eſt après le décès du tuteur, & contre un héritier qui ſuccede au fait d'autrui, & à juſte cauſe d'ignorance.

Enfin quoique la tutelle ſoit une eſpéce de dépôt, ſuivant la comparaiſon qu'en fait Ciceron, en l'oraiſon *pro Roſcio*, & quoiqu'un dépoſitaire ne puiſſe preſcrire par quelque tems que ce ſoit, nous n'eſtimons pas pour cela que l'action tutelaire ſoit exempte de la preſcription. Quand on dit que le dépôt ne ſe peut preſcrire, il faut diſtinguer entre la choſe dépoſée, & l'action qu'on a pour la recouvrer.

Si la choſe dépoſée eſt encore exiſtante & en 5
nature, & que le dépoſitaire & ſon ſucceſſeur ne puiſſe pas montrer qu'il la poſſede par autre titre, il eſt ſans doute qu'il ne l'a pas pu preſcrire par quelque tems que ce ſoit. C'eſt parce que de droit *nemo ſibi mutare poteſt cauſam poſſeſſionis*, & que le dépoſitaire eſt toujours cenſé poſſéder par la même cauſe, & à même titre, s'il n'appert du contraire. En effet, c'eſt par cette raiſon, qu'après une jouiſſance de plus de deux cens ans, on a ôté par arrêt à l'évêque de Clermont la comte d'Auvergne, parce qu'il s'eſt trouvé que ce n'étoit que comme dépoſitaire qu'il en avoit joui, & qu'autrefois cet comté avoit été ſéqueſtré entre les mains de l'évêque.

Mais ſi la choſe dépoſée n'eſt plus en nature, ſi 6
ce ſont meubles ou grains périſſables, on n'eſtime pas qu'après trente ans le dépoſitaire en puiſſe être recherché. Il faut croire après un ſi long tems, qu'il a rendu le dépôt, & qu'il en a été déchargé. Auſſi par le texte cotté, l'action *depoſiti* eſt compriſe avec les autres actions perſonnelles, & aſſujettie à la même preſcription.

Il faut conclure de même pour la tutelle & en 7
faveur du tuteur, que ſi, n'y ayant nul acte de décharge, le mineur ſe doit pourvoir dans les dix ans, & qu'après il n'eſt pas recevable à demander compte, quoiqu'en effet il paroiſſe qu'il n'a point été rendu, moins le peut-il faire lorſque le contraire ſe peut préſumer, c'eſt-à-dire, aprés trente ans.

OBSERVATIONS.

De l'action tutelaire.

L'Auteur propoſe ici trois queſtions.

La premiére, combien dure l'action tutelaire.

La ſeconde, dans quel tems le mineur doit ſe pourvoir contre les actes qu'il a paſſés avec ſon tuteur.

La troiſiéme, combien dure l'action du dépôt.

A l'égard de la premiére queſtion, il dit que quoique les tuteurs ſoient toujours réputés tuteurs juſqu'à ce qu'ils ayent rendu compte & remis les titres; néanmoins l'action des mineurs, pour demander la reddition du compte & la reſtitution des piéces, ne dure que trente ans.

L'ordonnance de 1667, au titre *de la reddition des comptes*, art. 1, dit que les tuteurs, 8
protuteurs, curateurs, fermiers judiciaires, ſéqueſtres gardiens & autres qui auront adminiſtré le bien d'autrui, ſeront tenus de rendre compte auſſi-tôt que leur geſtion ſera finie; & ſeront toujours réputés comptables, encore que le compte ſoit clos & arrêté, juſqu'à ce qu'ils ayent payé le reliqua, s'il en eſt dû, & remis toutes les piéces juſtificatives.

Suivant les termes de cet article, il ſemble que la preſcription ne doive commencer ſon cours que du jour que le tuteur a remis les piéces & payé le reliqua; cependant ce n'eſt pas l'eſprit de l'ordonnance de régler le tems de la preſcription de l'action tutelaire, puiſqu'elle parle généralement de toute ſorte d'adminiſtrateurs: ſon intention eſt ſeulement d'ordonner la contrainte par corps contre tous les adminiſtrateurs, non-ſeulement pour la reddition du compte, mais auſſi pour les obliger de payer le reliqua, & de rendre les piéces.

Je crois qu'il faut diſtinguer entre le compte & ſes ſuites. A l'égard de l'obligation 9
de rendre compte, j'eſtime que l'action eſt impreſcriptible, & qu'ainſi le compte peut être demandé en tout tems, ſur-tout ſi le mineur a eu des raiſons légitimes pour ne pas pourſuivre ſon tuteur de lui rendre compte; comme ſi c'eſt un pere, un frere, un oncle, ou autre parent, dont le mineur ſoit héritier préſomptif.

Pour ce qui eſt des ſuites du compte, comme le payement du reliqua, la reſtitution 10
des piéces, la réformation des erreurs, omiſſions, faux, ou doubles emplois, l'action du mineur ne dure que trente ans, à commencer du jour de la majorité.

* L'Abbé, ſur l'article 118 de la coutume de Paris, fait mention de deux arrêts des 10 avril 1559, & 28 février 1595, qui ont jugé qu'après trente ans depuis la majorité, l'action du mineur, pour demander compte à ſon tuteur, eſt éteinte.

De l'erreur de calcul.

Quand je dis que l'action, pour réformer les erreurs, ſe preſcrit par trente ans, j'en- 11
tends y comprendre toutes ſortes d'erreurs, même celles de calcul, quoique l'on diſe

BIU Cujas

au palais qu'elles ne ſe couvrent point; cela doit s'entendre que l'on peut y revenir pluſieurs fois, ſans avoir beſoin de lettres, *rationes ſæpè computatas denuò tractari poſſe*, dit la loi unique, au code *de err. calc.*

Mais elles demeurent couvertes par l'eſpace de trente ans, ſuivant la doctrine de la gloſe ſur la loi *calculi. ff. de adminiſtr. rer. ad civit. pertin. etiam uſque ad 30 annos.* Cujas, Mornac, Pacius & Veſembecius, ſur le titre *de err. calc.* ſont du même ſentiment. Faber, dans ſon code, *de præſc. 30 vel 40 ann.* le décide en termes exprès, *& ipſa erroris calculi obligatio, quæ omnium eſt favorabiliſſima, præſcribitur ſpatio 30 annorum.*

Si les intérêts d'intérêts courent après la majorité.

La premiere propoſition renferme une queſtion plus difficile; ſçavoir, ſi le tuteur, qui eſt en demeure de rendre compte, doit les intérêts d'intérêts, quoique le mineur ſoit devenu majeur.

12 Cette propoſition ſemble d'abord abſurde; car c'eſt une maxime commune, que c'eſt le privilége de la minorité qui autoriſe les intérêts d'intérêts, & par conſéquent, ils doivent ceſſer quand le mineur eſt devenu majeur. Cependant il eſt certain que le cours des intérêts d'intérêts continue juſqu'au jour de l'appurement du compte, ou de la ſentence de clôture.

Dans le droit, tous les juriſconſultes décident que le tuteur doit les intérêts juſqu'au jour de la ſentence qui regle le compte; & ſi le compte ſe rend à l'amiable, juſqu'au jour qu'il a été arrêté, & le réliqua payé. Papinien, dans la loi 1, § 3 *de uſur.* dit: *nemo enim ambigit, ſive Judex accipiatur in diem ſententiæ, ſive ſine judice tutela reſtituatur, in eum diem quo reſtituit, uſuras præſtari.* Ulpien, dans la loi 7, § 15, dit la même choſe: *ſciendum eſt tutorem & poſt finitum officium, uſuras debere in diem quo tutelam reſtituit.* Paul, dans la loi 46, § 3, *Paulus reſpondit finitâ adminiſtratione eas uſuras debere computari, quæ in tutelæ judicio computantur.*

M. Cujas explique ces loix dans ſon commentaire ſur les queſtions de Papinien, qui eſt l'auteur de la premiere, & dans ſon commentaire ſur le titre du code *de uſur. pupill.* & encore plus au long dans ſon commentaire, ſur le titre *de uſur. & fruct.* qui eſt le dernier titre du tom. 6 de la nouvelle édition. Sur la fin de ce titre, il dit que le tuteur, après la tutelle, paye les mêmes intérêts que pendant la tutelle; il ajoute que c'eſt avec raiſon & même avec néceſſité que la loi condamne le tuteur à payer les intérêts d'intérêts, parce que c'eſt ſa faute de ne pas rendre ſon compte auſſi-tôt après la tutelle finie: autrement il retiendroit toujours les biens de ſon mineur. *Quid juris*, ſi c'eſt par le fait du mineur qui ne demande point compte au tuteur, ou qui en retarde le jugement? Ce ſçavant docteur décide que les intérêts pupillaires, c'eſt-à-dire, les intérêts d'intérêts ſont dûs: 13 *ſed ſi poſt finitam tutelam, pubes nolit agere dulcedine uſurarum, cur feſtinaret pubes agere tutelæ, cùm currant ſemper uſuræ pupillares, uſque ad diem tutelæ reſtitutæ, aut dictæ ſententiæ, & ita ceſſatio puberis multiplicat uſuras in immenſum?* Ces derniers mots ſignifient aſſez que cet excellent génie eſt d'avis que le tuteur doit les intérêts d'intérêts juſqu'au jour de l'appurement ou de la clôture du compte. Par le jugement de clôture, on accumule les intérêts avec le principal; du tout on fait un capital qui 14 produit des intérêts: ainſi même après le compte rendu, le tuteur doit les intérêts des intérêts juſqu'au payement du reliqua, *uſque in diem reſtitutæ tutelæ.*

A l'égard de la ſeconde queſtion, l'auteur la traite ſur la queſtion 188 de ce livre, où je ferai les obſervations néceſſaires.

Quant à la derniere queſtion, l'auteur diſtingue entre la choſe dépoſée & l'action pour la demander. Dans le premier cas, il eſtime, tandis que la choſe dépoſée eſt en nature, que la preſcription ne court point; à ce ſujet, tous les auteurs citent l'arrêt célébre rendu en faveur de la reine Catherine de Medicis, contre l'évêque de Clermont, des mains duquel la reine retira, après 300 ans de poſſeſſion, la comté d'Auvergne, qui avoit été dépoſée entre les mains de l'évêque. Duluc, liv. 9, tit. 5; Papon, arrêt, l. 12, tom. 3, nomb. 21; Chopin, *de Dom.* l. 1, tom. 3, n. 7; Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 206. Dans le ſecond cas, l'auteur ſoutient que l'action eſt éteinte après trente ans.

BIU Cujas

DE USURIS EX PROMUTUO.

QUESTION CENT-QUARANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les intérêts ne ſont pas dûs, ſans demande d'une ſomme payée par erreur.*
2. *Erreur de Mornac, qui eſtime que l'on peut répéter les intérêts avec le principal, réfutée par l'auteur.*
3. *Celui qui paye par erreur eſt cenſé faire une eſpéce de prêt, que l'on appelle* promutuum, *qui ſe régle comme le prêt.*
4. *Celui qui reçoit par erreur une ſomme qui ne lui eſt pas dûe, ne peut être préſumé en mauvaiſe foi que du jour de la demande qui lui en eſt faite.*
5. *Il faut diſtinguer entre les ſommes payées volontairement & celles payées par contrainte; au premier cas les intérêts ne ſont pas dûs ſans demande; dans le ſecond cas, ils ſont dûs de droit.*
6. *Il faut auſſi diſtinguer entre les choſes ſtériles de leur nature, & celles qui produiſent des fruits naturellement.*
7. *Quoique celui qui reçoit une ſomme non dûe ſoit de mauvaiſe foi, ou qu'il le devienne dans la ſuite, il ne doit les intérêts qu'après une demande en juſtice.*
8. *Comparaiſon du prêt avec le payement d'une ſomme non dûe appellée* promutuum.
9. *Dans l'un & l'autre cas, il faut une demande en juſtice pour produire des intérêts.*
10. *Confirmation de la diſtinction entre les choſes ſtériles, & celles qui produiſent des fruits de leur nature.*

QUESTION CXLVI.

Si in condictione indebiti uſuræ veniant.

1 SI en répétant ce qu'on a payé par erreur, on peut en avoir les intérêts: il eſt nettement décidé que non, en la loi premiére, *C. de condict. indebiti*, en laquelle l'empereur Antonin dit, *uſuras autem ejus ſummæ præſtari tibi fruſtrà deſideras, actione enim condictionis ea ſola quantitas repetitur quæ indebitè ſoluta eſt*; c'eſt parce que *ſunt acceſſiones civiles ſive fructus accidentales*, ainſi que dit la gloſe, d'où elle infere qu'on ne peut répéter que les ſeuls fruits naturels, & que la nature de la choſe peut produire.

2 Néanmoins maître Antoine Mornac, en ſon commentaire de cette loi premiere, rejette cette ſubtilité, & ſemble établir la répétition, auſſi-bien des intérêts que du principal *ex condictione indebiti*, parce que, dit-il, le principal attire après ſoi l'acceſſoire, *l. cum principalis, ff. de reg. juris*. Il ajoute le texte de la loi 18, *C. de uſuris*, qu'il ſuppoſe être ouvertement conrraire; & comme l'empereur Philippe, qui en eſt l'auteur, a été long-tems après l'empereur Antonin, il en tire cette conſéquence, que par cette loi 18 la précédente a été corrigée, la choſe mieux digérée. C'eſt ce que nous ne pouvons pas nous perſuader; car nous ne voyons pas que ces loix ſe choquent, & que la derniere déroge à la premiere. En l'une, il eſt décidé qu'en répétant une ſomme qui a été indûement payée & par erreur, on ne peut pas en demander les intérêts, & qu'on ſe doit contenter qu'on rende le principal. En l'autre, l'empereur parle *de indebitis uſuris*, des intérêts & uſures qu'on a payés mal-à-propos & ſans cauſe légitime, *indebitas uſuras; excluſa veteris juris varietate, repeti poſſe perpensâ ratione firmatum eſt*. Il y a bien de la différence entre répéter des intérêts mal payés, ou de les faire imputer au principal, ou de prétendre qu'en répétant une ſomme *condictione indebiti*, l'intérêt en ſoit auſſi dû depuis le payement. Nous n'y remarquons donc point de contrarieté, & l'une & l'autre déciſion peuvent ſubſiſter par un fondement divers.

Or, la raiſon principale pour laquelle l'intérêt n'eſt pas dû *in condictione indebiti*, c'eſt que celui qui 3
paye par erreur ce qu'il ne doit pas, eſt cenſé en faire un prêt. C'eſt donc une eſpéce de prêt, *quaſi mutuum & promutuum, l. 4, § is quoque, ff. de obligat. & actionib. ubi qui non debitum accepit, eadem actione tenetur, quâ debitores creditoribus.*

Donc, *cùm promutuum ſit quaſi contractus & quaſi mutui datio, & cùm mutui uſuræ non debeantur, l. Titius, ff. de præſcriptis verbis*, il s'enſuit que *non debentur etiam de promutuo*, ſuivant la loi premiere, *C. de condictione indebiti*, ſuivant le raiſonnement du docte Cujas, *lib. 8 obſervationum, cap. 34.*

Ce qui n'eſt qu'une eſpece de prêt, peut bien entrer dans ſa nature & en prendre les conditions; mais il ne peut pas avoir plus de privilége. Il ne ſeroit d'objecter qu'il y peut avoir plus de mauvaiſe foi *in promutuo quàm in mutuo* : car au contraire, la mauvaiſe foi ſe peut plutôt rencontrer en celui-ci qu'en celui-là. C'eſt parce qu'ayant emprunté une ſomme, & ne la rendant pas au terme préfix, on eſt dès-lors en mauvaiſe foi; & cette demeure, quoique les interprêtes l'appellent *moram irregularem*, ne laiſſe pas de conſtituer en faute le débiteur. Mais *in promutuo*, comme celui qui a

BIU Cujas

trop payé, l'a fait par mégarde, & s'eſt trompé,
4 auſſi celui qui a trop reçu, le peut avoir fait par la même erreur, & ne peut être préſumé en mauvaiſe foi, que du jour qu'on le lui a demandé & fait connoître.

OBSERVATIONS.

DAns cette queſtion, l'auteur établit que la répétition d'une ſomme payée par erreur, que l'on appelle en droit *condictio indebiti*, ne produit point d'intérêt, *ſola quantitas repetitur*, dit la loi 1, au code, *de condict. indeb.* Il réfute Mornac, lequel, ſur le fondement de la loi 18, au code, *de uſur.* prétend que l'on peut demander les intérêts. Il fait voir qu'il a mal pris le ſens de cette loi, qui parle des intérêts payés d'une ſomme non dûe, leſquels ſe répétent, parce qu'ils tiennent lieu d'un capital, ſuivant la loi *ſi non ſortem 26*, § 1, *ff. eod.* mais ces deux loix ne diſent pas que le principal d'une ſomme non dûe, payée par erreur, produiſe des intérêts.

5 Je crois pourtant qu'il faut diſtinguer, 1°. ſi la ſomme a été payée volontairement ou par contrainte. Dans le premier cas, les intérêts ne ſont dûs que du jour de la demande; parce que, comme dit l'auteur, c'eſt une eſpéce de prêt, *promotuum*, lequel ne produit des intérêts que du jour de la demande. Mais dans le ſecond cas, les intérêts ſont dûs de plein droit, parce que c'eſt une reſtitution qui ne ſeroit pas parfaite, ſi l'on n'indemniſoit pas entiérement celui qui a été forcé de faire un payement d'une ſomme qu'il ne devoit point, *res cum acceſſorio reſtitui debet.*

6 2°. Il faut diſtinguer entre les choſes ſtériles & celles qui produiſent des fruits & autres profits: dans ce dernier cas, il faut rendre la choſe avec tous les profits, *l.* 15 *&* 65, § 5, *ff. eod.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

7 L'Auteur; ſur la fin de la queſtion, dit que comme celui qui a trop payé, l'a fait par mégarde, de même celui qui a trop reçu, le peut avoir fait par la même erreur, & qu'ainſi il ne doit être préſumé en mauvaiſe foi, que du jour qu'on le lui a demandé & fait connoître.

De ces paroles, l'on peut tirer deux conſéquences: la premiére, que celui qui a reçu une ſomme de deniers qu'il ſçavoit ne lui être pas dûe, doit les intérêts de plein droit; la deuxiéme, que celui qui a reçu une ſomme qu'il croyoit de bonne foi lui être dûe, devient de mauvaiſe foi, auſſi-tôt qu'il a connoiſſance qu'elle ne lui étoit pas dûe, & que dès ce moment il en doit les intérêts.

Ces deux conſéquences ne ſont pas juridiques par un ſeul & même principe. Le payement d'une ſomme non dûe s'appelle en droit *promutuum*, c'eſt une eſpéce de prêt, qui
8 ſe regle en toutes choſes comme le véritable prêt, ainſi que cela eſt décidé dans la loi *ſi quis 5*, § 4, *de oblig. & act. is quoque qui non debitum accepit per errorem ſolventis, obligatur quidem quaſi ex mutui datione, & eâdem actione tenetur, quâ debitores creditoribus.* C'eſt ſur ce principe que M. Cujas, dans ſes obſervations, liv. 8, chap. 34, établit que les intérêts ne ſont pas dûs par la nature de ces deux contrats, *mutui uſuræ non debentur, promutui uſuræ non debentur.* Ainſi de la même maniere que la mauvaiſe foi de celui qui emprunte ne le ſoumet point à la condamnation des intérêts ſans demande, de même la mauvaiſe foi de celui qui reçoit une ſomme qu'il ſçait ne lui être pas dûe, ne doit pas le faire condamner d'en payer les intérêts avant la demande.

Dans l'un & l'autre cas, pour donner lieu à la condamnation des intérêts, il faut une demande en juſtice, toute autre demande, toute autre connoiſſance n'eſt pas ſuffiſante pour produire des intérêts; ainſi quoique celui qui a reçu de bonne foi une ſomme qu'il croyoit lui être dûe, vienne à connoître dans la ſuite qu'elle ne lui eſt pas dûe, il ne doit pas les intérêts pour cela ſans demande. Je l'ai vu ainſi décidé dans une conſultation où j'étois avec M. Veronneau & Daramont; cela me rappelle le ſouvenir du genre de mort de M. Veronneau: étant ſur le barreau de la deuxiéme chambre des requêtes du palais, pour plaider une cauſe, il fut attaqué d'apopléxie & mourut ſur le champ. C'étoit un très-honnête homme, ſa modeſtie lui déroboit une partie de ſon mérite. Il étoit fort ſçavant, mais ſa ſcience ne l'enfloit point; ſouvent je lui ai entendu dire que celui qui ſe croit ſçavant ſe trompe; & que la véritable ſcience conſiſte à connoître que l'on ne ſçait rien, *principium ſcientiæ, cognitio ignorantiæ.*

9 Dans ma derniere note, j'ai dit qu'il faut diſtinguer entre les choſes ſtériles de leur nature, & les choſes qui produiſent des fruits naturellement. Cette diſtinction eſt juridique; elle eſt faite par les deux loix que j'ai cité & par deux autres, ſçavoir la loi 38, § 1, *de uſur.* & la loi 27, ſur la fin, *de uſuf. leg.* c'eſt auſſi la doctrine de la gloſe ſur la loi 1, *Cod. de condict. indeb. incrementa naturalia bene veniunt in hac actione, ut fructus & partus;* & de Cujas, ſur la loi 66, *ff. de condict. indeb.*

BIU Cujas

DE LA PÉREMPTION, SI ELLE COUVRE L'USURE.

QUESTION CENT-QUARANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait.*
2. *Moyens de l'appellant, pour montrer que la péremption ne couvre pas l'uſure.*
3. *Moyens de l'intimé, pour prouver qu'après la péremption de l'appel, l'on ne doit plus examiner le fond.*
4. *Arrêt qui l'a ainſi jugé.*
5. *Sentiment de M. Leprêtre, que le ceſſionaire d'une rente peut demander les intérêts du principal & des arrérages, réfuté par l'auteur.*
6. *L'arrêt de réglement du 8 mars 1692, dit que la péremption de l'appel emporte comfirmation de la ſentence.*
7. *La péremption a été ſagement établie pour punir la négligence & la malice des plaideurs.*
8. *Ce que c'eſt que l'anatociſme.*
9. *L'anatociſme eſt permis en certains cas.*
10. *Il y a un cas où l'on peut demander les intérêts des arrérages des rentes.*
11. *Eloge de M. Hevin, & de ſon traité ſur les intérêts.*

QUESTION CXLVII.

Que la cauſe d'appel étant périe, on ne doit point examiner le fonds, quoiqu'il y ait un vice d'uſure apparent.

TITIUS, débiteur d'une précédente obligation & dont l'intérêt avoit couru quelques années en vertu d'un jugement, fait compte avec ſon créancier, & s'oblige à une ſomme bien plus grande, tant pour le principal qu'intérêts, leſquels en effet compoſoient le tiers de la dette.

Etant en demeure de payer, il eſt condamné aux intérêts de toute la ſomme par autre jugement, & pourſuivi en exécution; il en appelle à cauſe de l'anatociſme, & parce qu'on n'avoit pu accumuler les intérêts du paſſé, & en faire un principal; mais après l'appel relevé, ayant négligé d'en continuer la pourſuite, & ayant laiſſé périr la cauſe par la diſcontinuation de plus de trois ans, il fut agité ſi la peremption couvroit l'uſure & le vice du contrat & du jugement.

2 L'appellant diſoit que la peremption d'une inſtance d'appel détruit réguliérement l'appel; de ſorte qu'on ne peut plus appeller; mais que cette rigueur ne peut pas avoir lieu lorſqu'il y a un vice d'uſure. C'eſt parce que l'uſure *non cadit in conditionem*, & ne peut être couverte par quelque acte que ce ſoit, l'intérêt public s'y joignant, qui fait un obſtacle perpétuel. L'uſure étant prohibée par les loix divines & humaines, *nullo tempore convaleſcit, cap. ultimo extra. de conſuetud.* elle n'eſt point ſujette à la preſcription, ni aux fins de non-recevoir, & il n'eſt point de conſentement qui la puiſſe autoriſer.

Que ſi une tranſaction ne peut couvrir ce vice, moins peut-il être couvert par la peremption qui n'eſt qu'un tacite déſiſtement de l'appel, une tacite approbation de la ſentence; & il n'y a pas apparence que ce qu'un acquieſcement formel, un conſentement exprès ne peut pas opérer, un acte moindre & tacite, ou pour mieux dire, un ſimple ſilence l'opere.

Que ſi le vice d'uſure eſt une exception qu'on peut oppoſer en exécution de jugement, & même après le payement, ſuivant la doctrine de Balde, *ad L. cùm allegas, C. de uſuris*, pourquoi ne pourra-t-on l'oppoſer nonobſtant la peremption?

L'intimé, au contraire, ſoutenoit qu'il n'étoit 3 pas néceſſaire d'examiner le fonds, & qu'il ne s'agiſſoit que de ſçavoir s'il y avoit peremption, ou non: que paroiſſant qu'il y avoit eu une diſcontinuation de plus de trois ans, l'inſtance devoit être déclarée périe, & en conſéquence, l'appellant non-recevable en ſon appel: que la peremption étant de droit public, & ayant été introduite par l'ordonnance, pour l'abréviation des procès, c'étoit une régle générale, qui ne recevoit aucune exception & à laquelle on ne pouvoit déroger. En un mot, que c'étoit un point qui ſe devoit juger ſur l'étiquéte du ſac, & par le rapport ſeul des dates.

Il fut jugé de la ſorte, & l'inſtance ayant été 4 déclarée périe, il fut ordonné que ce dont eſt appel ſortiroit ſon effet, & l'appellant condamné aux dépens de la peremption. Ce fut en l'année 1619, ou 1620, au profit du ſeigneur de Montagnat, contre Gaſpard Paris de la Tour en Jarez, au rapport de M. de Thelis, en la grand-chambre.

De l'anatociſme, & en quel ças il peut être permis, ou non, voy. Brodeau, ſur M. Loüet, en la lett. R, nomb. 55, & M. le Preſtre, en ſa ſeconde 5 centurie, chap. 30, où en paſſant, il dit que par la raiſon du § *ex duobus* de la loi 58, *ff. de periculo & adminiſtr. tutorum*, on peut conclure que le ſort principal d'une rente & les arrérages d'icelle ayant été tranſportés à un tiers, ſi le débiteur ne paye dans le tems porté par le tranſport, l'on peut demander, faute de payement, les intérêts tant du principal que des arrérages, & le faire ordonner du jour de la demande. Bref, que les arrérages de la rente, pour le regard de celui auquel ils ſont tranſportés ne ſont point cenſés arrérages, mais ſort principal; c'eſt parce que, *id quod ab alio debitore nomine uſurarum cum ſorte datur, ei qui accipit, totum vice ſortis fungitur vel fungi debet*, ainſi qu'il eſt dit

BIU Cujas

on la loi préalléguée. C'eſt ce que nous ne pouvons pas bien digérer, car il ſemble répugner que le cédataire (a) ait plus de droit que le cédant. Il a bien le même droit, mais il n'en peut avoir davantage, & une ſomme qui procede d'intérêts, pour être cédée ne change pas de nature, autrement la conſéquence en ſeroit dangereuſe, & dès-lors que les arrérages d'une rente, ou les intérêts d'une autre dette ſeroient échûs, il ſeroit aiſé d'en faire un tranſport à quelqu'un pour leur faire produire intérêt. Ce qui eſt allégué du paragraphe *ex duobus* eſt appliqué à contre ſens; il parle d'une uſure paſſive & non active, & il dit que tout ce qu'un tuteur reçoit de l'autre, à ſon égard, eſt principal, & qu'il en doit les intérêts. Autre choſe eſt du fidéjuſſeur, car il eſt vrai que tout ce qu'il paye au créancier lui tient lieu de principal; & ce n'eſt pas de lui ſeul, mais de ſoi-même qu'il tire ſon droit.

Pour confirmer ce que nous venons de dire, que le tranſport ne peut pas changer la nature de ce qu'on cede, & que les arrérages ſont toujours arrérages, il ſuffit d'employer les deux arrêts rapportés par le ſieur Brodeau, en ſes dernieres notes ſur M. Louet, à l'endroit déja cotté. Leſdits arrêts ont été donnés en des eſpéces qui ſembloient aſſez favorables pour couvrir l'anatociſme.

De la peremption de l'inſtance d'appel, voy. M. le Preſtre, chap. 62 de la ſeconde centurie, où il marque comment il faut prononcer.

OBSERVATIONS.

Si l'appel étant péri, l'uſure eſt couverte.

DAns cette queſtion, l'auteur examine ſi l'uſure peut être couverte par la peremption d'inſtance: ſi une perſonne condamnée à payer les intérêts uſuraires, ayant appellé du jugement, & laiſſé périr l'inſtance d'appel, la ſentence demeure confirmée de plein droit, & ſi l'appellant ne peut plus objecter le vice de l'uſure; c'eſt le ſentiment de l'auteur.

6 Aujourd'hui cela ne fait plus de difficulté; car dans l'arrêt de réglement, fait au ſujet des peremptions le 8 mars 1692, il y a un article exprès, qui porte que les appellations tombent en peremption, & emportent de plein droit la confirmation de la ſentence.

La peremption d'inſtance eſt établie par la loi *properandum*, au cod. *de judic.* Mornac a fait ſur cette loi pluſieurs obſervations très-curieuſes.

7 La peremption a été ſagement établie pour punir la négligence & la malice des plaideurs qui veulent éterniſer les procès; elle a été introduite en France par l'ordonnance de Rouſſillon, elle a lieu dans tous les parlemens du royaume, à la réſerve du parlement de Grenoble. Expilly, ch. 44; Baſſet, en ſes arrêts, liv. 29, tit. ch. 15.

ANATOCISME.

8 Ce mot grec ſignifie accumulation d'intérêts, ce que l'on dit en latin *uſuræ uſurarum*, & en françois intérêts d'intérêts. Le droit défend d'exiger les intérêts des intérêts, ni de les joindre au principal pour retirer les intérêts du tout: *definimus nullo modo licere cuiquam uſuras præteriti temporis vel futuri in ſortem redigere, & earum iterum uſuras ſtipulari; ſed & ſi hoc fuerit ſubſecutum, uſuras quidem ſemper uſuras manere, & nullum uſurarum aliarum incrementum ſentire: ſorti autem antiquæ tantummodo incrementum uſurarum accedere, l. 28, Cod. de uſur.*

9 Cette régle ſouffre quelques exceptions. 1°. En faveur des mineurs contre leurs tuteurs; parce que tout l'argent qui eſt entre les mains du tuteur, eſt réputé un principal, *vicem ſortis fungitur.* 2°. A l'égard de la caution, *quia nemini officium ſuum debet eſſe damnoſum.* 3°. En faveur de la dot & du douaire, ſuivant les arrêts rapportés par Brodeau ſur M. Louet, lett. R, ch. 55, nomb. 5. 4°. Pour raiſon des fruits des héritages, des rentes foncieres & des cenſives. Brodeau, *eodem;* Hevin, ſur Frain, tom. 1, ch. 77; & comme je l'ai obſervé dans le livre précédent, queſt. 67.

10 Notre auteur, ſur la fin de cette queſtion, combat le ſentiment de M. le Preſtre, cent. 2, ch. 30, où il dit que lorſque le principal & les arrérages d'une rente ſont tranſportés enſemble à un tiers, ſi le débiteur ne paye pas dans le tems porté par le tranſport, l'on peut demander, faute de payement, les intérêts de la ſomme entiére, & les faire ordonner du jour de la demande; parce que les arrérages, par rapport à celui auquel ils ont été tranſportés, ſont un principal.

M. Brodeau, ſur M. Louet, lett. R, ch. 55, nomb. 8 & 9, combat auſſi cette opinion. Il rapporte deux arrêts qui ont jugé au contraire, quand même le débiteur auroit accepté le tranſport, & payé en conſéquence.

Il faut diſtinguer entre le changement du créancier & du débiteur. Dans le premier cas le changement n'opere rien, ſoit parce que le ceſſionnaire n'a pas plus de droit que ſon

(1) Dans la province, l'on dit *cédataire* pour ceſſionnaire.

BIU Cujas

cédant, soit à cause que tandis que c'est le même débiteur, les intérêts ou arrérages ne changent pas de nature. Mais dans le second cas, il y a un changement entier de la nature de la dette ; ainsi quand Titius, qui doit à Mævius en principal & intérêts une somme de mille livres, lui délegue à prendre une pareille somme en capital sur Sempronius : Mævius, faute de payement, fait condamner Sempronius à lui payer les intérêts de toute la somme déleguée, & en ce cas il perçoit des intérêts d'intérêts ; mais cela n'intéresse pas Sempronius à qui il est indifférent de payer la somme qu'il doit ou à Mævius ou à Titius ; en un mot le débiteur d'une somme en principal & intétêts peut déleguer à son créanciér une somme toute capitale, cela ne lui fait pas plus de tort que s'il lui donnoit de l'argent. C'est le sentiment de M. Hevin, dans ses annotations sur les plaidoyers de M. Frain, tom. 1, ch. 77 ; cette annotation peut passer pour un excellent traité sur la matiere des intérêts ; c'est un très-bon auteur. 11

NOUVELLES OBSERVATIONS.

JE crois que la même chose doit avoir lieu dans tous les cas d'une délégation parfaite ; parce que la délégation contient le changement d'un débiteur au lieu d'un autre, *delegare est vice suâ alium reum dare creditori.* Il y a une grande différence entre la délégation & le transport ; car la délégation ne se peut faire sans le consentement du débiteur, au lieu que le transport se fait à son insçu & malgré lui : *delegatio debiti nisi consentiente & stipulante debitore jure perfici non potest. Neminis autem venditio ignorante vel invito eo adversùs quem actiones mandantur, contrahi solet,* l. 1, *Cod. de novat. & deleg.* Enfin, la délégation produit une novation, tant de la personne du créancier, que du débiteur. Or, quand il y a changement de personnes, les intérêts prennent la nature du sort principal, ainsi que Dumoulin l'enseigne, *de usur.* nomb. 45, vers la fin, *mutatione personæ cumulus sortis cum usuris, novam sortem facit.*

D'ailleurs ce seroit un piége que l'on tendroit à celui qui accepte la délégation, si étant créancier d'une somme capitale, on lui déleguoit pareille somme à prendre sur un débiteur qui devroit partie en principal, partie en arrérages, ou même tout en arrérages : ce débiteur ne le payant pas, il ne pourroit jamais le faire condamner à lui payer les intérêts de la somme pour laquelle il étoit créancier de celui qui a fait la délégation qui étoit toute capitale ; ainsi dans cette occasion, les intérêts qui lui ont été délégués lui tenant lieu de son principal, il est juste qu'il en puisse retirer les intérêts *officio judicis.*

Mais à l'égard du simple transport, je crois que dans aucun cas, le cessionnaire ne peut prétendre les intérêts des intérêts, parce qu'il représente le créancier originaire, *est imago cedentis*, disent les docteurs, & suivant le brocard du palais, *ce cessionnaire n'a pas plus de droit que son cédant.*

Brunneman, dans son commentaire sur la loi derniere du titre du code, *de usur.* en donne encore une autre raison qui est bonne : il dit que dans le cas de la cession, il n'y a point de changement de créancier, parce que le cessionnaire est procureur du cédant pour lui-même, *in rem suam in cessione non est mutatio creditoris, quia cessionarius est procurator in rem suam cedentis, & nomine cedentis agit, & subsidiariam tantùm habet actionem utilem ex constitutione divi Pii.*

Cependant Chopin, *de morib. Paris.* liv. 3, tit. 2, n 15, distingue entre la stipulation du créancier, & l'office du juge. Il dit que dans le premier cas le créancier qui accepte un transport de son débiteur des arrérages échûs de la rente à lui dûe, à prendre sur un tiers, ne peut pas stipuler, qu'à faute de payement par ce tiers, il pourra revenir contre le débiteur, pour lui demander les intérêts des arrérages à lui cédés. Mais il prétend qu'il peut les obtenir en justice. *Minimè paciſci licet creditori, ut delegato debitore non solvente, ad delegantem regrediatur, transcriptitii reditus usuras repetiturus. Fruſtrante autem inopem delegato, idipsum obtinebit creditor, auctore prætore ; nec enim singulis conceditur, quod per Magistratum publicè possit fieri.*

Je ne crois pas cette raison juridique ; le magistrat ne peut pas permettre ce que la loi défend. Au reste, il ne faut pas se laisser tromper par les termes de délégué & de déléguant, dont Chopin se sert en cet endroit mal-à-propos : car dans l'espéce qu'il propose, il s'agit d'un simple rapport, & non pas d'une véritable délégation : je suis surpris que cet auteur se serve dans cet endroit de termes impropres, il entendoit bien le droit & parloit bien latin. Mais l'on peut dire qu'à force de vouloir bien parler latin, il s'explique mal & se rend obscur. *Dum eleganter loquens fieri volo, obscurus fio.*

BIU Cujas

DE LA DISCUSSION.

QUESTION CENT-QUARANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Récit du fait.*
2. *Sentence du bailli de Forez, qui ordonne que le créancier fera la discussion dans un certain tems.*
3. *Moyens d'appel du créancier.*
4. *Moyens du tiers-détenteur.*
5. *Sentence du présidial de Lyon, qui infirme celle du bailli, si mieux n'aime le tiers-détenteur faire la discussion lui-même.*
6. *Explication de la loi* diffamari.
7. *Arrêt du 17 décembre 1621, confirmatif de la sentence du présidial de Lyon.*
8. *La loi* diffamari *est en usage dans les parlemens de droit écrit.*
9. *Origine du bénéfice de discussion.*
10. *Tous les auteurs soutiennent que le tiers-détenteur est recevable à faire différentes indications.*
11. *Dans les arrêtés de M. le premier président de Lamoignon, il y a un article contraire.*
12. *Eloge de M. Dreux.*
13. *Arrêt du 20 janvier 1701, qui juge que l'acquéreur n'est pas recevable à faire une seconde indication.*
14. *Le juge ne peut pas ordonner d'office la discussion, quand elle n'est pas demandée par la partie.*
15. *Quand la discussion n'a pas été proposée en premiere instance, elle ne peut l'être en cause d'appel.*
16. *Espéce de récit du fait, sur lequel est intervenu l'arrêt qui suit.*
17. *Eloge de M. Mainguy.*
18. *Arrêt du premier septembre 1705, qui juge que la discussion ne peut être ordonnée d'office, & qu'elle ne peut être proposée en cause d'appel, quand elle ne l'a pas été en cause principale.*
19. *Arrêts qui ont condamné la partie qui requiert la discussion, d'en avancer les frais.*
20. *Cette maxime a lieu contre le cédant, aussi-bien que contre le tiers-détenteur.*

QUESTION CXLVIII.

Si le créancier ayant fait déclarer l'héritage d'un tiers-acquéreur hypothéqué pour sa dette, à la charge de la discussion, est obligé de faire cette discussion dans un tems préfix. Explication de la loi diffamari. C. de ingenuis manumissis.

MAITRE Jean Fabrice, notaire de saint-Bonnet-
1 le-Chastel ayant fait déclarer hypothéqués pour sa dette quelques héritages que M. Barthelemi Allard avoit acquis du débiteur dudit Fabrice, il avoit été chargé de discuter les biens qui restoient à ce débiteur; ensuite de quoi Allard, qui ne vouloit pas toujours demeurer engagé, & prétendoit faire valoir les fonds restans, avoit pressé ledit Fabrice de satisfaire à la discussion.

Ayant donc ledit Allard soutenu qu'il la devoit faire dans un délai compétent, le bailli de Forez
2 l'avoit ainsi ordonné, dont Fabrice auroit appellé au présidial de Lyon, où la sentence du bailli ayant été infirmée, il y auroit eu encore appel à la cour de la part dudit Allard.

Fabrice se fondoit sur ce que son action étoit libre,
3 & que comme elle pouvoit durer trente ans, on ne lui pouvoit point prescrite autre terme. Qu'il avoit tout ce tems pour agir, & pour poursuivre l'exécution de sa sentence : qu'autrement ce seroit en abréger le cours, & changer les régles les plus communes : qu'en vain accorderoit-on que l'exécution d'une sentence n'a pas moindre étendue que de trente ans, si dans un moindre délai l'on pouvoit le faire décheoir du bénéfice d'icelle : par conséquent, qu'il n'étoit tenu faire la discussion qu'à sa commodité, quoiqu'il ait pu cependant interrompre la prescription par une déclaration d'hypothéque.

Il pouvoit ajouter, qu'étant ledit Fabrice dans la possession de son héritage, il étoit sans intérêt, & qu'il lui devoit suffire, que quand il seroit inquiété, il pourroit toujours opposer la discussion ordonnée, & arrêter par-là l'exécution de la sentence contre lui rendue.

Enfin il alléguoit la disposition du droit en la loi unique, *Cod. ut nemo invitus agere cogatur :* ce qui est confirmé en la loi 20, *C. de pignorib. ubi creditor ad petitionem debiti urgeri jure minimè potest,* sauf au débiteur à le sommer de prendre les deniers ou les consigner; c'est parce que *invito beneficium non datur, l. 69, ff. de reg. juris,* & qu'il doit être libre à un chacun de demander ce qui lui est du, ou de demeurer dans le silence.

Au contraire, le détenteur disoit que si la sen- 4
tence ne portoit qu'une seule déclaration d'hypo-

BIU Cujas

téque, il seroit libre au créancier de l'exécuter ou non ; mais puisque c'est à condition de la discussion requise, & que c'est un bénéfice que la loi donne au tiers-acquéreur, il falloit que le créancier y satisfît dans les délais qui lui seroient donnés. Qu'autrement ce bénéfice seroit inutile à l'acquéreur ; puisque par le laps du tems la dette grossiroit toujours, & pourroit par ce moyen excéder la valeur des fonds qu'il faut discuter.

Que puisque selon l'usage, & contre l'opinion de Loiseau, y ayant eu sentence de déclaration d'hypothéque, le tiers-détenteur demeureroit dès-lors comptable des fruits, il auroit juste sujet de s'en libérer ; & en un mot qu'il n'étoit pas raisonnable qu'il fût & demeurât perpétuellement obligé & en suspens.

Que puisque toutes choses se mesuroient par l'intérêt, & que c'étoit la vraie regle des actions, il étoit évident que d'une part le tenancier avoit intérêt de sortir d'affaire, & de sçavoir par la discussion à quoi son héritage pouvoit être assujetti ; & qu'au contraire c'étoit sans intérêt, & plutôt par opiniâtreté que par raison que le créancier vouloit retarder la discussion ; & puisque c'étoit chose dont il ne pouvoit pas se dispenser, & qu'il lui falloit faire rôt ou tard, il lui devoit être indifférent qu'elle se fît dans un délai compétent.

Et quant aux loix alléguées, le tenancier opposoit la fameuse loi *diffamari C. de ingenuis manumissis*, & la loi derniere *C. de usuris pupillaribus*, auxquelles loix il est décidé, que quand un créancier a une fois fait éclater son action ou prétention, le défendeur ou débiteur prétendu le peut obliger d'en faire poursuite, *ne de cætero inquietudinem sustineat*. Et enfin le tenancier se faisoit fort de l'arrêt du 3 septembre 1619, donné en la chambre de l'édit, & qui a été inséré par Chenu en la deuxiéme cent. de ses questions notables, ch. 70, lequel arrêt il disoit être formel & décisif de la cause. Nonobstant ces raisons, ainsi que nous 5
avons dit, messieurs du présidial de Lyon infirmerent la sentence du bailli, si mieux l'appellant n'aimoit lui-même faire la discussion. Y ayant donc eu appel à la cour, la cause n'ayant été jugée qu'au second chef de l'édit, cette seconde a été confirmée par arrêt du dix-sept décembre 1621.

Voilà donc deux arrêts contraires ; par l'un le créancier étoit obligé de faire la discussion dans un tems préfix ; par l'autre il en est non pas déchargé entierement, mais laissé dans le pouvoir de la faire à sa commodité. Or, comme ce dernier arrêt a été donné pour ce pays, & nonobstant que l'autre fût allégué, aussi nous doit-il servir de regle, & nous pouvons l'assurer d'autant plus librement, que depuis peu de tems cette même difficulté ayant été proposée par des personnes de Saint-Etienne à trois fameux avocats de Paris, les sieurs Auzannet, Langlois & Deffita, après avoir allégué les deux arrêts, ils ont donné leur résolution suivant le dernier arrêt, & leur consultation que nous avons vûe, porte que l'usage l'a suivi.

Nous croyions ici joindre l'arrêt, & l'on nous avoit promis de nous en aider ; mais nous pouvons dire en passant que ce qui nous donne plus de peine, est de retirer les arrêts. Tant y a que cet arrêt est notoire, la cause fût plaidée en ce siége, & nous étions un des avocats. Le sieur Brodeau qui en a fait mention en son commentaire sur monsieur Loüet en la lettre H. nombre 9, assure pareillement qu'il plaida pour le sieur Allard, appellant.

Or comme le principal fondement dudit Allard appellant étoit sur la loi *diffamari*, & que c'est un texte qu'on cite communément pour obliger quelqu'un à se rendre demandeur contre son gré, & à plaider lorsqu'il en a moins d'envie, nous jugeons à propos d'en donner l'explication.

Nous n'avons point vû le traité de *Georgius Mundius, de diffamationibus*, allégué par le sieur 6
Brodeau, où il dit qu'il explique *ex professo* la loi *diffamari*. Nous n'avons non plus vû *repetitionem Blanteri ad hanc legem* que Godefroi cite sur icelle. Mais nous avons vû ce qu'en dit le docte président de Chambery, *lib. 19, conject. cap 20*, & plus expressément decade 51, *de erroribus pragmatic. cap. 10 & sequentib.* où il fait voir assez clairement, qu'outre que cette loi est spéciale, elle ne peut servir de fondement à cet usage erronné d'obliger une personne d'agir malgré elle.

Il faut donc présupposer que ladite loi *diffamari* choque véritablement cette regle de droit, *ut nemo invitus agere vel accusare cogatur*, & par conséquent il faut bien croire que pour y faire exception, elle est dans l'espece de quelque cas singulier & favorable. La rubrique le fait voir, étant notre loi insérée au titre *de ingenuis manumissis*. Aussi les empereurs voulant établir un passe-droit, en déclarent d'abord le sujet, & préoccupent par-là le lecteur : *diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate periniquum est*, disent-ils au commencement de la loi, comme s'ils vouloient dire que n'y ayant rien de plus favorable que la liberté & l'état des personnes, les juges doivent prêter l'autorité de leurs charges à ceux dont on tâche de diffamer la naissance.

A ce sujet le jurisconsulte Ulpian, *in l. generaliter 24 § si quis servo ff. de fideicommiss. libertatib.* ayant rapporté une disposition *verbis directis quæ jure subtili inutiliter relictus fuerat*, il en fait une oblique *favore libertatum*, & déclare *non ignotum esse quod multa contra juris rigorem pro libertate fiant*. Cela se fait *humaniore interpretatione*, ainsi qu'il est dit, *in l. 41, § 10* du même titre, *& benigno jure*, ainsi qu'il est dit, *in l. 15, ff. de rebus creditis, vel jure singulari quod opponitur juri communi l. 78, ff. de conditionib., & demonst. & l. 16, ff. de legibus.*

Il ne faut donc pas trouver étrange qu'en la loi *diffamari* on ait violé les regles de droit, & que *favore ingenuitatis & libertatis*, & en haine d'un diffamateur on l'ait obligé de soutenir sa calomnie & diffamation, ou de s'en retracter. Ce cas étant spécial & accompagné d'une faveur singuliere, on n'a pas pû le tirer à conséquence, & d'une exception particuliere en faire une regle générale.

Mais nous voulons passer plus avant, & faire voir qu'en l'espece de cette loi, les empereurs n'établissent pas, que celui qui diffamoit la condition d'un homme libre, & publioit qu'il étoit esclave ou son affranchi, fut obligé d'agir malgré lui : au contraire ils veulent que cet homme diffamé agissant & se maintenant libre, s'étant pour cela rendu demandeur, l'autre fût obligé de se défendre. En effet les empereurs suppose nt que le diffamé ayant eu recours au président de la province, & lui en ayant baillé sa plainte, le diffamateur avoit été assigné, afin qu'il fût obligé d'accorder ou discorder l'intention du demandeur, *ut contradiceret si defensionibus suis confideret.*

Par ces termes, il paroît assez que le diffamé étoit demandeur, le diffamateur défendeur, que c'étoit au premier à se plaindre & reclamer de l'injure, au second à contredire & à proposer ses défenses, s'il en avoit de bonnes pour soutenir ce qu'il avoit publié. *Ergo tanquam reus, non actor, actoris est proponere, rei contradicere ; actor*

BIU Cujas

dicit, reus contradicit, actor intendit, reus defendit.

Et ne faut pas objecter que celui qui se sert de la loi *diffamari* se rend demandeur, car au contraire il faut qu'on avoue que, *qui ex hac lege agit non fit actor, sed reus, agit enim solummodo ut alius agat, & ut ejus actionem excipiat.* Et c'est pourquoi la plus commune opinion est que le juge compétent de cette action, *est judex diffamati non diffamantis*, ainsi que l'assure Godeffroi après *Blanterus*, quoique notre usage semble contraire.

Et de-là résulte que nos interprétes ayant renversé le sens de la loi, en ont mal-à-propos tiré & introduit cette voie d'agir; que nous appellons *super lege diffamari*, par laquelle on nécessite une partie d'agir contre sa volonté & malgré elle, quoiqu'elle ne soit pas disposée à cela, & n'ait pas encore suffisamment établi son droit.

Molina, lib. 3, de primogeniis Hispanor. cap. 14, a par occasion expliqué notre loi *diffamari*, & quoique son explication soit assez conforme à la nôtre, & qu'il reconnoisse que l'espece est singuliere *favore ingenuitatis*, il ne laisse pas pourtant d'approuver l'usage qu'on en a tiré.

Mais plus amplement *Andræas Gail, lib. 1, observat. 9, 10, 11 & 12* a traité *de constitutione ad l. diffamari*, & des cas auxquels en vertu de cette loi & constitution, on peut aller directement à la chambre impériale. Nous y renvoyons le lecteur.

Mathæus de Afflictis, decis. 264, tractat. de actione super lege diffamari, & de silentio perpetuo post binam monitionem imponendo, & il rapporte sur ce sujet la déclaration au long de Robert roi de Naples & de Sicile.

Ayant depuis recouvré l'arrêt, nous l'avons voulu joindre.

Extrait des regiſtres du parlement.

7 ENTRE Barthelemi Allard, maître apoticaire, demeurant en la ville de Saint-Bonnet-le-Chastel, pays de Forez, appellant d'une sentence donnée par les présidiaux de Lyon le 7 mars dernier, & de tout ce qui s'en est ensuivi, & défendeur, d'une part; & maître Jean Fabrice, Greffier au bailliage de Forez, siége de Chaufourt, intimé & demandeur en lettres du 9 décembre, d'autre, sans que les qualités puissent préjudicier; Brodeau pour l'appellant a dit, que l'intimé étant chargé a fait discussion des biens échûs.

Du Chastel pour purger la demande & hypotéque intentée à l'encontre de l'appellant par l'intimé, pour raison de quelques héritages qu'il avoit acquis postérieurement dudit du Chastel, qui n'a passé condamnation qu'à cette charge, ayant fait saisir lesdits héritages, encore qu'il y eût eu plusieurs délais pour satisfaire à ladite discussion. Néanmoins le sénéchal de Lyon en infirmant la sentence du juge dudit Saint-Bonnet, a déclaré lesdits héritages acquis par sa partie hypotéqués à la dette, & ledit appellant condamné aux dépens qui est son appel; auquel a conclu à ce qu'il soit dit mal jugé; & en émendant, que faute d'avoir satisfait aux sentences en fait de discussion, que ses héritages seroient déchargés de l'hypotéque prétendue. Et Chamillard (*a*) pour l'intimé qui est entré en cause, au lieu de sa mere qui lui étoit fideicommissaire de certains meubles, ne sçait sur quoi l'appellant peut fonder grief de la sentence dont est appel; car l'intimé demeure d'accord qu'il doit discuter auparavant qu'il puisse faire vendre les héritages de l'appellant; mais c'est à l'appellant de lui indiquer, puis lui faut du tems, que s'il a tant de hâte de purger son hypothéque, il peut lui-même faire la discussion, de laquelle & des frais qui s'y feroient, il est responsable: il est vrai qu'il a saisi non pour faire décreter, mais pour assurer son hypotéque qu'il n'empêche point la main-levée, à la charge de son hypothéque, & parce que l'appellant avoit prêté quelque consentement, y a clause en son relief d'appel, pour en être relevé, & de faire la discussion, quand bon lui semblera. LA COUR ayant égard aux lettres obtenues par la partie de Chamillard; & icelles entérinant, l'a relevé du consentement par lui & par sa tutrice prêté, & faisant droit sur l'appel, a mis l'appellation au néant, sans amende; a ordonné & ordonne que ce dont est appel sortira son effet; condamne l'appellant ès dépens de la cause d'appel: Et après que Chamillard a déclaré n'avoir intenté cette action & fait faire la saisie que pour conserver le droit d'hypothéque entant que besoin seroit, a fait & fait main-levée à l'appellant des héritages, demeurans néanmoins affectés & hypothéqués au recours de l'appellant, la discussion préalablement faite, sans aucuns dommages & intérêts, pour ce regard. FAIT en parlement le 17 décembre 1621.

OBSERVATIONS.

Discussion.

L'Auteur traite ici deux questions. La premiere, si celui qui a intenté une demande en déclaration d'hypothéque, contre l'acquéreur des héritages de son débiteur, auquel les conclusions ont été adjugées, discussion préalablement faite des autres biens du débiteur, est obligé de faire cette discussion dans un certain tems, ou seulement à sa commodité, & quand il lui plaira: l'arrêt qu'il rapporte a jugé que le créancier ne pouvoit être contraint de faire la discussion, que quand il lui plairoit.

Ce même arrêt est rapporté par M. Brodeau, sur M. Louet, lett. H, chap. 9, nomb. 8. * Il en est aussi fait mention par M. Auzanet, sur l'art. 101 de la coutume de Paris, à la fin.

8 La seconde question agitée par l'auteur, roule sur l'explication de la loi *diffamari*, si elle oblige celui qui s'est vanté d'intenter un procès contre un autre, à le poursuivre. Notre auteur fait voir par des raisons très-solides, que cette loi doit être restreinte dans son espéce, qui concerne l'état des personnes; néanmoins la pratique en est générale pour toutes sortes d'affaires. J'en ai vu un exemple dans un procès du pays de Dauphiné, qui a passé par

(1) Ayeul de feu M. de Chamillard, ministre & secrétaire d'état.

mes

BIU Cujas

mes mains; il avoit été intenté sur ce fondement dans cette province : depuis il a été renvoyé au parlement de Paris, où il est actuellement pendant en la cinquiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Paris.

Sur la question 37 ci-dessus, j'ai cité les auteurs qui ont traité la matiere de la discussion : ainsi je ne m'arrêterai pas ici à traiter les questions en particulier, elles sont en trop grand nombre, je me contenterai de parler de deux questions.

La premiere, si le tiers-détenteur est recevable à faire différentes indications.

La seconde, si la partie n'ayant pas opposé la discussion, le juge peut l'ordonner d'office.

Si le détenteur est recevable à faire plusieurs différentes indications.

Justinien, par sa novelle 4, a rétabli le bénéfice de discussion, que la loi des douze 9
tables avoit accordé à la caution, & a étendu ce bénéfice au tiers détenteur : or il est certain que le créancier ne peut s'adresser à la caution, qu'il n'ait discuté tous les biens du principal débiteur. *Non aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor, quam si à debitore recipere non possit.* Il faut dire la même chose à l'égard du détenteur, d'autant plus que Justinien dit, qu'il accorde ce bénéfice au détenteur, à l'exemple de celui accordé à la caution, & qu'il marque lui-même la gradation, *priùs ad venditorem, posteà ad confirmatorem, tertio loco contra detentorem.*

Tous les auteurs qui ont traité la question, soutiennent que le détenteur est receva- 10
ble en tout tems à indiquer les biens du débiteur. Faber, *cod. de pign. defin.* 28, dit qu'après la discussion faite, s'il survient des biens au débiteur, il faut les discuter de nouveau. *Si post factam à creditore discutionem, debitori posteà supervenerint facultates, aut si debitor decesserit cum herede idoneo, novum jus tertio possessori quæritur, ac si numquam excussio facta esset : probatio enim illa neque loco, neque tempore coarctatur.* Mornac, sur l'authentique *hodie, de oblig. & act.* dit que la discussion doit être faite avec la derniere exactitude, *usque ad ungulam, rimandoque singula, ut liquido constet, aliud nihil esse unde creditori satisfiat.* Loiseau, du déguerpissement, *liv. 3, ch. 8, nomb. 23, 24 & 25,* traite la question. Il décide nettement, que le détenteur est recevable à faire différentes indications, & il donne un moyen pour l'obliger à indiquer tous les biens du débiteur par une seule & même indication.

Cependant M. le premier président de la Moignon, dans ses arrêtés, au titre *de la* 11
discussion, art. 9, décide le contraire en ces termes : *Le tiers détenteur doit comprendre dans un même acte tous les biens du débiteur, des cautions, ou de leurs héritiers, qu'il entend être discutés, après la discussion desquels il ne sera recevable à faire une seconde indication.*

La question a été jugée conformément à cette décision, par un arrêt du 20 jan- 12
vier 1701, rendu en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de M. Dreux, en faveur de Messire Jacques de Levi, Marquis de Lugny, contre Arnauld du Rosier, écuyer, seigneur de Magnieux : j'avois écrit au procès pour le sieur du Rosier. J'eus plusieurs conférences avec M. Dreux, qui étoit un très-digne magistrat, & qui ne s'en faisoit point accroire, quoiqu'il fût en droit de se faire valoir, par sa naissance, ses biens, ses alliances, & son propre mérite.

Extrait des Registres du Parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : savoir faisons; 13
que comme de la sentence donnée par les gens tenans la chambre du trésor du palais à Paris, le 20 mars 1690, entre maître Gaspard d'Estain, chevalier, marquis de Terrail, tant en son nom, que comme pere & légitime administrateur & tuteur naturel de ses enfans, & de défunte dame Philiberte de la Tour de saint Vidal de Poncins, son épouse, héritiers de ladite dame leur mere, ayant repris en son lieu, lesdits sieur & dame du Terrail, ayant droit par déclaration & rétrocession de messire Jacques de Fay, comte de la Tour Maubourg, héritier de messire Jean de Fay son pere, ayant repris aussi au lieu desdits sieur de Fay, lequel Jean de Fay avoit droit, par transport de messire Henry de la Tour de saint Vidal, comte dudit lieu, ladite dame Gabrielle Dapchon son épouse, fille & héritiere par bénéfice d'inventaire de messire Philibert Dapchon, baron de Poncins, lequel étoit subrogé à la poursuite des criées des terres & seigneuries de Boën & d'Arthun, circonstances & dépendances, au lieu de messire Claude de Levy, baron de Lugny, saisies réellement sur messire Gilbert de Rivoire, marquis du palais, & dame Gilbert de Beaufort Canillac sa femme; laquelle avoit accepté la communauté d'entre elle & ledit de Rivoire son mari, & depuis lesdites criées poursuivies & reprises par lesdits sieurs de Fay & du Terrail, sur Philibert Clepier, praticien à Montbrison,

BIU Cujas

au nom & comme curateur créé à la succession vacante dudit sieur marquis du palais; messire François de Rivoire, baron du palais, fils & héritier de ladite dame Philiberte de Beaufort Canillac, commune en biens avec led. défunt sieur du Palais, led. sieur du Terrail, èsdits noms, à présent poursuivant l'ordre & distribution de la somme de 72000 l. provenant de la vente & adjudication desdites terres & seigneuries de Boën & d'Arthun, circonstances & dépendances, faite en ladite chambre du trésor, le 19 mars 1687, & opposant sur ledit prix, suivant son acte d'opposition formé au greffe de ladite chambre du trésor, le 2 janvier audit an 1687, d'une part, & lesdits Philippe Clepier, audit nom du curateur; & messire François de Rivoire, baron du palais, fils & héritier de lad. dame Gilbert de Beaufort sa mere, parties saisies; & encore ledit François de Rivoire, opposant sur le prix & en sous-ordre, sur messire Gilbert-François de Rovoire, maître Jacques Aubert, procureur plus ancien des créanciers opposans, messire Jacques de Levy, marquis de Lugny, tant en qualité d'héritier bénéficiaire, que de créancier dudit défunt Claude de Levy, baron de Lugny son pere, ayant droit par transport de Julien Chevillard, & Marie Aubert sa femme, & de Jean-Baptiste Aubert, marchand de la ville de Lyon, légataires & héritiers de défunt Louis Aubert son pere, & encore ledit sieur de Levy, opposant comme exerçant les droits de dame Antoinette du Rosier, veuve de messire Christophe de Chamasel, de messire Jacques & Jean de Rivoire, ou de leurs héritiers, de François & Arnauld du Rosier, de l'Hôtel-Dieu de Montbrison, de ladite dame Gilbert de Beaufort de Canillac, de dame Gabrielle de Rivoire, veuve de messire Christophe de Chabannes, & messire Henry de Chabannes son fils, de messire Gilles-François de Rivoire, & en sous-ordre, sur ceux avec lesquels l'opposition dudit défunt avoit été tenue pour reprise, maître Jacques Marie, procureur en notredite cour de parlement, en son nom, Jacques du Rosier, écuyer, sieur dudit lieu, Arnould du Rosier, écuyer, héritier de François du Rosier, écuyer, sieur de Masoyer, opposant en sous-ordre, & exerçant les droits de dame Gabrielle Françoise de Rivoire, veuve de Messire Christophe de Chabannes, marquis de Curton, & messire Henry de Chabannes, marquis de Curton son fils, & de messire Gilbert François de Rivoire, marquis du Palais, & autres, tous opposans ausdites criées, vente & adjudication par decret desdites terres & seigneuries de Boen & d'Arthun, d'autre part; par laquelle entre autres choses, après les frais extraordinaires d'ordre, & autres, & aucuns desdits créanciers opposans payés, auroit été dit, que ledit Jacques de Levy, héritier par bénéfice d'inventaire de Claude de Levy son pere, seroit payé du 14 octobre 1652, de la somme de 500 liv. contenue dans l'obligation passée par ledit Gilbert de Rivoire, au profit de Louis Aubert, ledit jour, pardevant Quemet, notaire royal à Lyon, lequel Aubert auroit légué ladite obligation à Marie Aubert sa fille, femme de Julien Chevillard, par son testament du premier mars 1660, lequel Chevillard & sa femme auroient fait transport audit Claude de Levy, par acte du 12 janvier 1662, pardevant Perrée, notaire royal à Lyon; seroit aussi payé dudit jour 14 octobre 1652, de la somme de 9180 livres 16 sols 8 deniers, pour les intérêts de ladite somme de 5400 livres, à compter depuis le 11 mars 1656, jour de la demande, & adjugés par sentence de notre sénéchal de Lyon, ou son lieutenant général, du 12 mai audit an 1656, jusqu'au jour de la sentence, & 5 liv. faisant moitié de 10 liv. de dépens liquidés par ladite sentence, débouter de son opposition, concernant l'exécutoire de dépens, du 7 septembre 1671, faute de rapporter l'original d'icelui; ledit Arnould du Rosier, héritier de François du Rosier, comme subrogé & exerçant les droits de Christophe de Chabannes, & de ladite Gabrielle-Françoise de Rivoire son épouse, payée sur le prix desdites terres de Boen & d'Arthun, du 15 février 1653, & sur la collocation de ladite Françoise de Rivoire, de la somme de 21000 livres, prix de la terre de Sals, vendue par ledit Gilbert de Rivoire, & ledit Christophe de Chabannes, audit François du Rosier, par contrat du 28 juillet 1663, laquelle somme de 21000 livres auroit été payée à Gabrielle-Françoise de Rivoire, épouse de Christophe de Chabannes, marquis de Curton, pour partie de la dot à elle constituée par lesdits Gilbert de Rivoire, & Gilberte de Beaufort de Canillac, par contrat de mariage dudit jour 15 février 1653, en conséquence duquel payement ledit du Rosier auroit été subrogé aux droits & hypothéques de ladite Gabrielle-Françoise de Rivoire, laquelle hypothéque ledit du Rosier avoit droit d'exercer, à cause de l'éviction de ladite terre de Sals, faite sur Marie de Mombellet, veuve de Jean de Rivoire, lequel Jean de Rivoire avoit acquis ladite terre dudit du Rosier, par contrat d'échange dudit jour 28 juillet 1663. Seroit aussi ledit Arnould du Rosier payé dudit jour 5 février 1653, de la somme de 5938 livres 6 sols 4 deniers, à quoi se montoient les intérêts de ladite somme de 21000 livres, à compter du 24 juillet 1684, jour de l'arrêt rendu en notre cour de parlement de Grenoble, qui avoit prononcé ladite éviction, jusqu'au jour de ladite sentence; seroit ledit Arnould du Rosier, héritier de François du Rosier son pere, payé en sous-ordre sur Gilbert de Ri-

BIU Cujas

voire fils, du 28 juillet 1663, de ladite somme de 21000 livres, à cause de l'éviction de ladite terre de Sals, prononcée par ledit arrêt du parlement de Grenoble du 24 juillet 1684, laquelle terre avoit été vendue ladite somme de 21000 livres par Gilbert de Rivoire pere, & par ledit Christophe de Chabannes, audit François du Rosier, par contrat dudit jour 28 juillet 1663, laquelle vente ledit Gilbert de Rivoire fils avoit par le même contrat promis de garantir jusqu'à concurrence de ladite somme de 21000 livres seulement, sur la demande pour la restitution de la somme de 4309 liv. pris du domaine de Châlons, hors de la cour, *& avant que faire droit sur l'opposition en sous-ordre dudit de Lugny sur ledit du Rosier, ensemblement sur l'opposition & demande dudit Marie, & requête dudit du Rosier contre lesdits de Lugny, du palais, de Curton & de Mombellet, des 6 octobre & 15 décembre 1688, 12 décembre 1684, 5 janvier 1690, & autres jours, auroit été ordonné, que ledit de Lugny discuteroit les terres de Civen & d'Orcet, à lui indiquées par ledit du Rosier, pour la discussion faite & rapportée, être fait droit aux parties ainsi qu'il appartiendroit par raison; & cependant par provision, & sans préjudice de leurs droits au principal, que ledit du Rosier toucheroit la somme de 21000 liv. pour laquelle il avoit été colloqué en sous-ordre sur ledit Gilbert de Rivoire fils, en donnant par lui bonne & suffisante caution, reçue avec lesdits de Lugny & Marie, pardevant le lieutenant général audit siége, de rapporter, s'il étoit ainsi ordonné en fin de cause:* Eût été appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procés par écrit auroit été conclu & reçu pour juger en la maniere accoutumée, par arrêts des 9 janvier 1694, & 17 janvier 1701. Le premier, entre ledit messire Jacques de Levy, marquis de Lugny, fils & héritier par bénéfice d'inventaire, & créancier de défunt messire Claude de Levy, baron de Lugny son pere, ayant droit par transport de Julien Chevillard, & Marie Aubert sa femme, & de Jean-Baptiste Aubert, marchand à Lyon, légataire & héritier de défunt Louis Aubert, appellant de ladite sentence d'ordre & distribution du prix desdites terres & seigneuries de Boen & d'Arthun, rendue en ladite chambre du tréſor, ledit jour 20 mars 1690, aux chefs qui lui faisoient préjudice, d'une part; & ledit Arnould du Rosier, écuyer, héritier de défunt François du Rosier, vivant écuyer, sieur du Masoyer, intimé, d'autre part. Le second, entre ledit Arnould du Rosier, écuyer, seigneur de Magnieux, héritier dudit défunt François du Rosier, écuyer, son pere, appellant de la même sentence, suivant sa requête du quinze janvier 1701, d'une part, & ledit sieur de Levy, marquis de Lugny, intimé, d'autre part, si bien ou mal auroit été appellé, les dépens respectivement requis par les parties, & l'amende pour nous, & auroient été lesdites parties appointées à fournir griefs, réponses, faire production nouvelle, & contre icelles bailler contredits & salvations, le tout dans le tems porté par notre ordonnance, & le premier appointement de conclusions joint à autre sur l'appel de la même sentence, sur laquelle procès avoit été distribué à M. Thomas Dreux, conseiller, sauf à disjoindre, s'il y échéoit, joint aussi les fins de non-recevoir dudit sieur de Levy contre l'appel dudit du Rosier, ses défenses au contraire, sur lesquelles sera préalablement ou autrement fait droit, ainsi que de raison, & acte donné audit du Rosier, de ce que pour griefs sur son appel, il employoit le contenu en sadite requête dudit jour 15 janvier 1701, icelui procès. *Vu la requête dudit sieur de Levy du 20 juin 1698, employée pour griefs, contenant ses conclusions à ce qu'il fût dit, qu'il avoit été mal jugé par ladite sentence, bien appellé; en émendant en conséquence de la discussion faite desdites terres de Boen & d'Arthun, appartenant à Gilbert de Rivoire, qui lui avoient été indiquées par Jacques de Rivoire, ayant pris le fait & cause dudit François du Rosier pere d'Arnould du Rosier tiers-détenteur de ladite terre de Masoyer, en exécution de l'arrêt du 6 mai 1671, il fut jugé que ledit sieur de Levy avoit suffisamment discuté les biens qui lui avoient été indiqués par ledit Jacques de Rivoire, déclarer ledit Arnould du Rosier non-recevable à indiquer de nouveau les terres de Civen & d'Orcet,* le débouter de sa demande, fins & conclusions, à ce que ledit sieur de Levy fût tenu de discuter lesdites terres de Civen & d'Orcet, & en conséquence ordonner, que l'arrêt du 26 mai 1671, seroit exécuté purement & simplement, & à cette fin seroit déclaré exécutoire contre ledit Arnould du Rosier en qualité de fils & héritier de François du Rosier, comme ils étoient contre ledit François du Rosier son pere; ce faisant ledit Arnould du Rosier fils & héritier dudit Arnould du Rosier contraint purement & simplement au payement de la somme de 8339 livres de principal dûe audit sieur de Levy, par les obligations de Gilbert de Rivoire du 14 octobre 1652, & 22 octobre 1655, & de la somme de 14174 livres pour les intérêts desdites sommes adjugées par sentence du sénéchal de Lyon, du 12 mai 1659, à compter du 11 mars 1656, jour de la demande, jusqu'au 20 mars 1690, de ceux qui étoient échus, & qui échoiroient jusqu'à l'actuel payement, plus, de la somme de 10 livres pour les dépens adjugés par ladite sentence, & de la somme de 448 livres, pour dépens adjugés contre ledit Gilbert de Rivoire par arrêt du 7 septembre 1663, & en-

BIU Cujas

core au payement de tous les frais faits tant par ledit sieur Claude de Levy, que par ledit Jacques de Levy, pour parvenir aux frais de l'adjudication, & pour en faciliter le payement; il fût ordonné que ledit sieur de Lugny seroit & demeureroit colloqué en sous-ordre sur la collocation dudit Arnould du Rosier portée par ladite sentence d'ordre, ce faisant que ledit sieur de Levy toucheroit en déduction de son dû, au lieu & place dudit du Rosier, la somme de 21000 livres, pour laquelle ledit du Rosier avoit été colloqué par ladite sentence d'ordre à payer & vuider ses mains, le receveur des consignations contraint, quoi faisant déchargé, & ledit du Rosier condamné en tous les dépens, & qu'il fût donné acte audit sieur de Levy de ce que pour écritures & productions sur ladite demande, il employoit le contenu en ladite requête, sur laquelle par ordonnance de notredite cour étant en fin d'icelle, les parties auroient été appointées en droit, & ordonné que le défendeur fourniroit de défenses, écriroit & produiroit dans trois jours, & acte de l'emploi: Réponses dudit du Rosier du 15 janvier 1701; requête dudit sieur de Levy du 19 desdits mois & an, employée pour salvations, sommations de fournir de défenses, écrire, produire & contredire par ledit du Rosier en exécution de l'ordonnance, étant au bas de ladite requête dudit sieur de Lévy dudit jour 20 juin 1696, ladite requête dudit du Rosier dudit jour 15 janvier 1701, contenant son appel de la même sentence dudit jour 20 mars 1690, réglée par les arrêts du 17 janvier, en ce qu'elle ordonnoit qu'avant faire droit sur l'opposition, & sous-ordre dudit sieur de Levy sur ledit du Rosier, ensemble sur l'opposition & demande dudit Marie, & sur la requête dudit du Rosier du 15 décembre 1688, que ledit sieur de Levy discuteroit les terres de Civen & d'Orcet, pour la discussion faite & rapportée être fait droit aux parties, ainsi qu'il appartiendroit, & cependant par provision & sans préjudice de leurs droits au principal, que ledit du Rosier toucheroit la somme de 21000 livres pour laquelle il avoit été colloqué en sous-ordre sur Gilbert de Rivoire fils, en donnant par lui bonne & suffisante caution, qui seroit reçue avec lesdits de Lugny & Marie, de rapporter s'il étoit ainsi ordonné en fin de cause, tendant à ce que faisant droit sur ledit appel l'appellation & sentence, de laquelle avoient été appellés fussent mis au néant, émendant ledit sieur de Levy débouté de sa demande en sous-ordre, ensemble des autres fins & conclusions par lui prises contre ledit du Rosier, que main-levée lui fût faite des saisies faites sur lui à la requête dudit sieur de Lugny, décharger ledit du Rosier de donner caution pour recevoir ladite somme de 21000 livres, condamner ledit sieur de Levy envers ledit du Rosier aux dommages & intérêts soufferts & à souffrir pour raison de ladite opposition en sous-ordres & desdites saisies, & aux dépens; ladite requête contenant aussi emploi pour griefs, écritures & productions sur ledit appel du contenu en ladite requête, avec ce qu'il avoit écrit & produit au procès, ensemble l'arrêt du parlement de Grenoble des 24 juillet 1684, & 28 août 1700, dont lui avoit été donné acte par ledit arrêt de réglement dudit jour 17 janvier 1701, employée pour réponses, addition d'icelles, écritures & productions sur l'appel dudit du Rosier; deux productions nouvelles, une dudit sieur de Levy du 19 janvier 1701, employée pour contredits, sommation d'en fournir par ledit du Rosier: Requête dudit sieur de Levy du 10 janvier 1701, à ce qu'il plût à notredite cour en procédant au jugement du procès d'entre lui & ledit Arnould du Rosier sur l'appel de ladite sentence dudit jour 20 mars 1690, lequel étoit joint à un autre procès d'entre ledit du Rosier appellant de la même sentence à l'égard d'autres parties, qui n'étoit point en état, & dans lequel ledit sieur de Levy n'avoit point d'intérêt, il fût ordonné que ledit appel interjetté par ledit sieur de Levy de ladite sentence à l'égard dudit du Rosier, demeureroit disjoint d'avec l'appel dudit du Rosier à l'égard des autres parties, & en conséquence, qu'il seroit passé outre au jugement de l'appel dudit sieur de Levy de ladite sentence, séparément dudit procès auquel il avoit été joint, & en cas de contestation, que ledit du Rosier fût condamné aux dépens, sur laquelle requête par l'ordonnance de notredite cour étant en fin d'icelle, auroit été réservé à faire droit en jugeant; sommation de satisfaire à tous les réglemens, tout joint & diligemment examiné: notredite cour par son jugement & arrêt, disjoint les appellations respectives desdits de Levy & du Rosier pour être jugées séparément, & y faisant droit, sans avoir égard aux fins de non-recevoir, a mis & met lesdites appellations & sentence de laquelle a été appellé, au néant, émendant sans avoir égard aux demandes dudit du Rosier dont il est débouté, ayant égard à celles dudit de Levy, déclare l'arrêt du 26 mai 1671, exécutoire contre ledit du Rosier, tout ainsi qu'il étoit contre ledit défunt François du Rosier son pere, en conséquence le condamne payer audit de Levy les sommes de 8339 livres, 13 sols de principal, d'une part, portées par les obligations de Gilbert de Rivoire, du 14 octobre 1652, & 22 octobre 1655, avec les intérêts qui en sont échus depuis le 11 mars 1656, jour de la demande, suivant qu'ils ont été adjugés par sentence du sénéchal de Lyon du 12 mai audit an, jusqu'au jour du présent arrêt,

BIU Cujas

& ceux qui écherront jusqu'au parfait payement, & 10 liv. d'autre, pour dépens adjugés par ladite sentence, & encore la somme à laquelle se trouveront monter les dépens adjugés par arrêt du 7 septembre 1663, ensemblement tous les frais faits par lesdits Claude & Jacques de Levy, pour parvenir à la discussion desdites terres de Boen & d'Arthun, suivant la taxe qui en sera faite en la maniere accoutumée; & pour en faciliter le payement, ordonne que ledit de Levy sera & demeurera colloqué en sous-ordre sur la collocation faite au profit dudit du Rosier en sous-ordre sur François Gilbert de Rivoire par ladite sentence du vingt mars mil six cens quatre-vingt-dix, en conséquence que la somme de 21000 livres, portée par ladite collocation sera baillée & délivrée audit de Levy sur & tant moins de son dû, à ce faire Robert Sanson, receveur des consignations de ladite cour contraint comme dépositaire, quoi faisant déchargé, & pour le surplus de ce qui se trouvera lui rester dû après ledit payement fait, sursis à toutes contraintes contre ledit du Rosier pendant six mois du jour de la signification qui sera faite du présent arrêt à son procureur, le tout, si mieux ledit du Rosier n'aime déguerpir ladite terre du Masoyer avec restitution de fruits, conformément audit arrêt du 26 mai 1671, ce qu'il sera tenu d'opter dans quinzaine, après la signification du présent arrêt à son procureur, autrement ledit tems passé, en demeurera déchu en vertu du présent arrêt, sans qu'il en soit besoin d'autre, lequel sera exécuté purement & simplement; condamne ledit du Rosier ès dépens des causes d'appel & demandes, ceux de causes principales compensés, la taxe des adjugés & exécution du présent arrêt à notredite cour en la seconde des enquêtes réservées. Si mandons au premier huissier ou sergent sur ce requis, de mettre le présent arrêt à exécution selon sa forme & teneur, de ce faire lui donnons pouvoir. Donné en parlement le 20 janvier, l'an de grace 1701, & de notre régne le cinquante-huitiéme. Collationné & signé par jugement & arrêt de la cour : du Tillet.

Si la partie n'ayant point proposé la discussion, le juge peut l'ordonner d'office.

Cette question ne peut pas souffrir beaucoup de difficulté; car les premieres notions de cette matiere nous apprennent que la discussion est une exception; or toute exception doit être proposée par la partie qui veut s'en servir. Guy Pape, quest. 94, soutient que la sentence rendue contre un acquéreur sans discussion, est valable, quand l'acquéreur ne l'a pas requise. M. Charles Loyseau, qui a mieux traité cette matiere qu'aucun autre, établit cette opinion comme une maxime certaine dans son traité de l'action hypothéquaire, liv. 3, ch. 8, nomb. 26, & dans son traité de la garantie des rentes, ch. 8, nomb. 22. C'est un des arrrêtés de M. le premier président de Lamoignon, au titre *de la discussion*, art. 4, qui est conçu en ces termes. *Le bénéfice doit être demandé avant la condamnation définitive, & ne peut être suppléé d'office par le juge.* Suivant cet arrêté, il semble que quand le bénéfice de discussion n'a pas été opposé en premiere instance, il ne puisse plus être demandé en cause d'appel; cependant M. Loyseau dans le dernier endroit cité, nombre 23, tient que cette exception peut être opposée en tout état de cause, même après sentence diffinitive, & encore après un arrêt, *quia non infringit, sed temperat judicatum;* il cite Guy Pape, quest. 432, c'est dans le nombre 10, à la fin où il dit, *potest opponi in quacumque parte judicii*, c'est-à-dire, en tout état de cause; mais cela ne veut pas dire après le jugement; ainsi dans les régles, quand la discussion n'a point été opposée en premiere instance, elle ne peut point l'être en cause d'appel : car la cour ayant simplement à prononcer sur le bien ou le mal jugé, ne peut pas infirmer une sentence qui n'a pas ordonné une discussion non demandée. 14

Toutes ces questions ont été agitées dans un procès où j'ai écrit depuis environ un an. Voici l'espece : le 1 février 1672, Jean Forest, habitant du lieu de Bibost en Lyonnois, fit un transport de la somme de 600 liv. à maître Blaise de la Roche, châtelain de Montrotier, à prendre sur Benoît Coquier & Blaise de Masse sa femme; Blaise de la Roche étant décedé sans avoir fait d'autres poursuites que la signification du transport, maître Claude de la Roche son fils & héritier, fit assigner Benoît Lestra & Jeanne Coquier sa femme pardevant le juge de Lanay, pour voir déclarer les biens par eux possédés provenant de Benoît Coquier, affectés & hypothéqués au payement de la somme de 600 liv. contenus au transport, si mieux ils n'aimoient payer ladite somme. 15

Benoît Lestra & femme soutinrent qu'ils étoient mal assignés, n'étant héritiers ni biens tenans de Benoît Coquier, attendu que les biens par eux possédés leur avoient été adjugés par decret. Cela obligea le sieur de la Roche de faire assigner Jeanne Geoffroi, veuve & héritiere de Jean Forest, pour assister en l'instance & faire cesser les moyens de Lestra, sinon être condamnée à lui payer le contenu au transport avec les intérêts à compter du jour de la demande. Sur cela intervint sentence par laquelle le transport fut déclaré exécutoire contre Jeanne Geoffroy qui fut condamnée à faire valoir le transport, sinon d'en payer la valeur.

BIU Cujas

Jeanne Geoffroy ayant interjetté appel de cette sentence en la sénéchaussée de Lyon, pour moyens d'appels elle soutint que le prix du transport étoit acquité par la vente d'un pré qui avoit été faite par son mari au pere du sieur de la Roche ; & *per media causæ*, elle dit que le sieur de la Roche devroit en tout cas discuter auparavant les biens de Benoît Coquier, mais elle ne prit point de conclusions pour cet effet.

Le sieur de la Roche ayant établi par de bonnes piéces, que le prix du pré vendu par Forest à son pere avoit été employé à payer les créanciers opposans au decret des biens de Forest, & qu'ainsi le contenu au transport fait à son pere étoit encore dû, il intervint sentence contradictoire sur procès par écrit le 7 juillet 1696, portant que dans un mois Jeanne Geoffroi articuleroit préciſément par tenans & aboutissans, les fonds possédés lors de la passation du transport en question par Benoît Coquier & sa femme, pour être par le sieur de la Roche discuté sur ceux qui en sont présentement en possession, ainsi qu'il avisera.

Le sieur de la Roche ayant interjetté appel en la cour de ce chef de la sentence, & encore d'un autre qui n'a point de rapport à cette question, j'ai écrit pour lui, & soutenu que le sénéchal de Lyon n'avoit pû ordonner d'office la discussion, & qu'il l'avoit ordonnée d'office, quoique la partie l'eût proposée par forme de discours, parce qu'elle doit être demandée expressément; ce que la partie n'avoit pas fait en cette occasion, puisqu'elle avoit toujours soutenu que le prix du transport étoit acquitté. Je soutins aussi que la discussion n'ayant point été requise expressément en premiere instance, elle ne pouvoit plus être demandée en cause d'appel. Après une contestation assez opiniâtrée de part & d'autre, est intervenu l'arrêt qui sera ici rapporté, par lequel la cour a infirmé la sentence du sénéchal de Lyon en ce chef, & ordonné l'exécution de celle du juge de Lanay : cet arrêt a été rendu au rapport de feu M. Mainguy; il étoit l'un des plus habiles magistrats
16 du royaume; il joignoit l'amour du travail à une heureuse nature, l'expérience à la capacité, la dignité à la simplicité.

Extrait des Registres du Parlement.

17 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces présentes lettres verront, sçavoir faisons, que ce jour & date des présentes, comme de la sentence ordonnée par le bailli de Biboſt le 27 mai 1694, entre maître Claude de la Roche, sieur de Fregerolles, capitaine, châtelain, lieutenant de Montrotier, fils & héritier de maître Blaise da la Roche, son pere, vivant notaire, juge de Chamboſt, capitaine, châtelain dudit Montrotier, demandeur en déclaration de transport; contenant obligation exécutoire, d'une part, & Jeanne Geoffroy, veuve & héritiere de Jean Foreſt, vivant marchand de Biboſt, & à préſent femme du sieur de Saint Jean, défendereſſe, d'autre part : par laquelle auroit été dit que le transport en queſtion, contenant obligation, auroit été déclaré exécutoire à l'encontre de ladite Geoffroy, & sur les biens dudit Jean Foreſt, comme il étoit en son vivant, pour la somme de 600 livres, en conséquence ladite Geoffroy auroit été condamnée de prendre le fait & cause en main, de procurer le payement audit sieur de la Roche de ladite somme de 600 livres, & à défaut par eux de prouver ledit payement huitaine après la signification de ladite sentence, ils auroient été condamnés en leur propre & privé nom, ensemble aux intérêts depuis le 9 août 1692, jusqu'à l'actuel payement, & en outre aux dépens de l'instance liquidés sommairement, y compris les frais du voyage dudit sieur de la Roche à la somme de 9 liv. outre & sans y comprendre l'expédition de lad. sentence, auroit été appellé à notre sénéchal de Lyon, ou son lieutenant général, lequel aprés avoir appointé les parties à confirmer ou infirmer, auroit rendu sa sentence le 7 juillet 1696. Ladite Jeanne Geoffroy, appellante de ladite sentence du bailli de Biboſt, d'une part, & ledit Claude de la Roche, intimé, d'autre; par laquelle auroit été dit qu'avant rendre droit diffinitivement aux parties, tant sur l'appel de ladite Jeanne Geoffroy, veuve & héritiere de Jean Foreſt, que sur la demande incidente contre elle formée par ledit de la Roche, qu'elles articuleroient & conteſteroient plus amplement pardevant le juge dont étoit appel, & que dans un mois après la signification de ladite sentence, ledit Geoffroy articuleroit préciſément audit de la Roche par tenans & aboutiſſans les fonds poſſédés lors de la paſſation du tranſport en queſtion par leſd. Mariès Coquier & de Maſſe, pour être par ledit de la Roche diſcutés ſur ceux qui en étoient préſentement en poſſeſſion, ainſi qu'il aviſeroit : comme auſſi rapporteroit de ſa part, dans le même délai d'un mois l'acte par lequel ledit défunt Foreſt lui avoit vendu la priſe d'eau pour abreuver ſon pré, pour le tout communiqué, enſuite remis ès-mains du rapporteur de ladite ſentence, être ordonné ce que de raiſon, tous dépens réſervés, & qu'il ſeroit paſſé outre comme pour fait d'inſtruction, nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques, & ſans y préjudicier :

BIU Cujas

Eût été appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu par arrêt du 3 juillet 1704, entre ledit de la Roche, appellant d'une part, & ledit Geoffroy, intimé, d'autre, & reçu pour juger si bien ou mal auroit été appellé, les dépens respectivement requis par lesdites parties appointées à fournir griefs, réponses, & faire production nouvelle dans le tems de notre ordonnance. Vu icelui procès, griefs dudit Claude de la Roche, signifiés le 16 février 1705, par lesquels il auroit conclu à ce que par l'arrêt qui interviendroit il fût dit qu'il avoit été mal jugé par la sentence dont étoit appel; en ce que par icelle il auroit été ordonné que dans un mois, après la signification de la sentence, ledit Geoffroy articuleroit précisément par tenans & aboutissans les fonds possédés lors de la passation du transport en question par lesdits Mariés Coquier, & de Masse, pour être discutés par ledit de la Roche sur ceux qui en étoient présentement en possession, ainsi qu'il aviseroit, & en ce qu'il avoit été ordonné que dans le même délai d'un mois ledit de la Roche rapporteroit de sa part l'acte, par lequel ledit défunt Forest lui avoit vendu la prise d'eau pour abreuver son pré; ce faisant l'appellation & ce fussent mis au néant: émandant il fût ordonné que la sentence du juge de Lanay du 25 mai 1694, par laquelle le transport en question, contenant obligation, avoit été déclarée exécutoire contre ladite Geoffroy, sur les biens dudit Jean Forest, son premier mari, comme il étoit de son vivant, pour la somme de 600 livres; en conséquence ledit Geoffroy, en ladite qualité, auroit été condamné de prendre le fait & cause dudit de la Roche, & de lui procurer le payement de ladite somme de 600 livres, & à faute de ce faire dans la huitaine, après la signification de ladite sentence, ledit Geoffroy auroit été condamné en son propre & privé nom, de payer audit de la Roche ladite somme de 600 livres, avec les intérêts depuis le 9 août 1692, jour de la demande, jusqu'à l'actuel payement: comme aussi ledit de la Roche fût déchargé de la prétendue demande de ladite Geoffroy, à fin de la représentation du titre de la prise d'eau en question, & condamné en tous les dépens, tant des causes principales, que d'appel: Réponses de lad. Jeanne Geoffroy, signifiées le 19 juin 1705: Salvations dudit de la Roche, signifiées le 23 juillet 1705: Production nouvelle de lad. Geoffroy par requête du 26 août 1705: contredits dudit de la Roche, signifiés le 29 août 1705, tout diligemment examiné: Notredite cour, par son jugement & arrêt, a mis & met les appellations & sentence de laquelle a été appellé, au néant, émendant, ordonne que la sentence du 25 mai 1694 sera exécutée, décharge ledit de la Roche de la demande de ladite Geoffroy, à fin de représentation du titre de la prise d'eau dont est question, condamne lad. Geoffroy en la moitié des dépens des causes principales & d'appel, l'autre moitié des dépens des causes principales réservée, l'exécution du présent arrêt à notredite cour en la troisiéme des enquêtes réservée. Si mandons au premier notre huissier, ou autre sur ce requis, de mettre le présent arrêt à exécution, de ce faire donnons pouvoir. Fait & donné en parlement le premier septembre, l'an de grace 1705, & de notre régne le soixante-troisiéme. Collationné, Gombaut, par jugement & arrêt de notredite cour. *Signé*, du Tillet.

Dans les écritures il y a eu encore deux autres questions agitées. 1°. De ma part j'ai soutenu, que puisque le sénéchal de Lyon vouloit ordonner d'office la discussion, il devoit avoir observé ce qui se pratique en pareil cas, qui est de condamner la partie requérante la discussion, d'avancer une somme pour en faire les frais, suivant les arrêts de la cour cités par Tronçon, dans son commentaire sur la coutume de Paris, art. 101, au mot *discussion*, sur la fin, par Auzanet, sur ce même article à la fin, par l'auteur des nouvelles additions sur Louet, lett. D, ch. 67. C'est aussi un des arrêtés de M. le premier président de la Moignon, art. 10 du titre de la *discussion*. 18

L'avocat de la partie adverse demeurant d'accord de cette maxime, soutint qu'elle n'avoit lieu que lorsque c'est un tiers-détenteur qui oppose la discussion, & non pas quand c'est le cédant; parce que le cessionnaire en acceptant le transport, s'oblige tacitement à faire les frais de la discussion. A cela je répondis que la novelle 4 qui a rétabli la discussion parle en général de tous ceux qui peuvent opposer le bénéfice de discussion. 1 Des cautions, *fidejussores*. 2 Des certificateurs, *sponsores*, des cédans qu'elle appelle *mandatores*, & enfin des tiers-détenteurs, & qu'elle établit les mêmes régles à l'égard des uns & des autres. Que M. Charles Loyseau, qui a mieux discuté que nul autre toute cette matiere, établit la même régle à l'égard des cédans, que des tiers-détenteurs, dans son traité de la garantie des rentes, ch. 8, n. 22; il dit que quand la discussion est requise, elle ne compete au cédant que par forme d'exception: de sorte que si le cessionnaire s'adresse directement au cédant, *non male agit*. 19

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns ma premiere observation j'ai établi, que celui qui requiert la discussion est obligé de fournir la somme nécessaire pour en faire les frais. J'ai cité plusieurs auteurs qui font mention de différens arrêts qui l'ont ainsi jugé; mais j'ai oublié de citer Mornac, sur la loi 24, *de pign. & hypot.* qui dit que cela a été ainsi jugé par deux anciens arrêts, le premier du 26 août 1597, le second du 22 janvier 1600.

Depuis j'ai trouvé trois arrêts récens, qui ont jugé la question *in terminis.* Le premier est du 30 décembre 1647, il est rapporté par Soefve, part. 1, cent. 2, chap. 50. Le second est du 18 juin 1676, il est rapporté dans le journal du palais. Le troisiéme, est du 17 juin 1698, il est rapporté dans le journal des audiences, tom. 5, liv. 14, chap. 7.

Le créancier de deux coobligés, n'est tenu de discuter les biens que du vendeur, & non pas ceux de l'autre coobligé; ainsi jugé par un arrêt du 28 février 1651, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 1, ch. 8.

Quand la discussion est faite, il est au choix du créancier qui l'a faite, de s'attaquer à celui des détenteurs des héritages du débiteur que bon lui semble, suivant la disposition du droit dans la loi 8, ff. *de distract. pign. creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire.* Cela se juge ainsi suivant les arrêts remarqués par M. Bouguier, lett. C, ch. 11.

Dans les arrêtés de M. le premier président de la Moignon, il y en a une disposition expresse, c'est l'article 9, au titre *de la discussion*, qui parle en ces termes: *Le créancier n'est tenu de discuter les derniers acquéreurs, avant que de s'adresser aux plus anciens, sauf à celui qui est appellé en déclaration d'hypothéque, à se pourvoir contre les acquéreurs.*

Mais si le second ou autre postérieur acquéreur a possedé pendant le tems requis pour prescrire l'action hypothéquaire, *quid juris.* Il semble d'abord qu'il ne puisse pas se servir de la prescription contre l'acquéreur antérieur à lui, parce qu'il n'a pu agir avant l'éviction; cependant il y a lieu de dire que la prescription court en semblable cas, parce que l'ancien acquéreur a pu agir par la voie de la déclaration d'hypothéque; la coutume d'Anjou, art. 476, le décide ainsi, par rapport au terme de cinq ans. *Vide* la Peyrere en ses notes, lett. P, n. 128.

Les coutumes de France sont très-différentes, & même contraires les unes aux autres sur cette matiere, comme sur plusieurs autres, on peut les diviser en six classes.

La premiere de celles qui admettent la discussion expressément, & dans tous les cas, comme Sedan, art. 264, 265, 266.

La seconde de celles qui la rejettent absolument, comme Bourgogne, tit. 5, art. 5, Auvergne, ch. 24, art. 2, Clermont, art. 40, Châlons, art. 132.

La troisiéme de celles qui distinguent entre l'hypothéque spéciale & l'hypothéque générale, qui desirent la discussion dans le premier cas, & non pas dans le second, comme Orléans, art. 436, Tours, art. 217 & 218, Auxerre, art. 132, Bourbonnois, art. 136.

La quatriéme de celles qui distinguent entre les rentes & les redevances foncieres & les dettes personnelles, comme Anjou, art. 484, qui dans le premier cas rejette la discussion, & la reçoit dans le second.

La cinquiéme de celles qui rejettent la discussion en matiere de rentes, sans parler des autres cas, comme Paris, art. 101, Reims, art. 183, Amiens, art. 153.

La sixiéme, qui est le plus grand nombre de celles qui n'en parlent point du tout.

La question est de savoir, si dans ces dernieres coutumes, il faut admettre la discussion ou la rejetter. Les arrêts ont jugé que le bénéfice de discussion doit être reçu dans toutes les coutumes qui n'en parlent point; ils sont rapportés par M. Louet & Brodeau, let. H, ch. 9, & par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 75.

Il en est de même dans les coutumes qui ne rejettent la discussion que par rapport aux héritages chargés de rentes. Dans ces coutumes la discussion est nécessaire pour les dettes personnelles, suivant les sentimens de tous les commentateurs de la coutume de Paris, sur l'art. 101, & les arrêts rapportés par Brodeau, sur M. Louet, lett. H, somm. 9.

BIU Cujas

DES MOULINS.

QUESTION CENT-QUARANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Les arrêts qui ſont ici rapportés, ont plutôt jugé la queſtion de fait, que celle de droit.*
2. *Le propriétaire d'un moulin, eſt cenſé l'être du canal par où l'eau paſſe.*
3. *L'on ne peut avoir droit de prendre de l'eau dans le canal d'un moulin ſans titre.*
4. *Les ſervitudes ſont contre le droit commun, ainſi il faut un titre pour les établir.*
5. *Sujet de la conteſtation, ſur laquelle les arrêts ci-après ſont intervenus.*
6. *Les ſeigneurs hauts-juſticiers ſont maîtres des ruiſſeaux; l'on ne peut y prendre de l'eau ſans leur permiſſion.*
7. *Arrêt du 15 juillet 1656, qui fait défenſes de détourner l'eau du béal d'un moulin.*
8. *Arrêt du 13 décembre 1608, qui a jugé la même choſe.*
9. *Explication du mot* béal.
10. *Arrêt du 7 ſeptembre 1696, par lequel il a été jugé que le propriétaire d'un pré a droit de conduire & faire paſſer l'eau néceſſaire pour l'arroſer, ſur les héritages.*

QUESTION CXLIX.

Si le propriétaire des prés qui ſont au-deſſous du béal d'un moulin, y peut prendre l'eau pour leur irrigation, & ſi la poſſeſſion en peut acquérir le droit.

1 QUOIQUE les arrêts que nous voulons donner ici, & les jugemens ſur leſquels ils ſont intervenus, ayent été rendu ſur des enquêtes & des deſcentes de lieu, & par conſéquent que ce fût plutôt *quæſtio facti quàm juris*, on peut pourtant en inférer quelques points notables.

2 En premier lieu, que comme en cette province & en pluſieurs autres, un moulin ne peut être moulin ſans ſa priſe d'eau, il s'enſuit auſſi que la priſe d'eau en eſt une partie néceſſaire, une partie intégrante & preſque la principale, puiſque ſans elle le moulin ſeroit inutile: d'où il faut pareillement inférer que le béal ou canal qui conduit l'eau au moulin, n'eſt pas ſeulement un ſimple acceſſoire ou dépendance, mais plutôt que c'en eſt une portion inſéparable, & qui priſe conjointement avec les bâtimens, ne fait qu'une même choſe: Par conſéquent, que celui qui eſt propriétaire du moulin, l'eſt auſſi du béal ou canal qui conduit l'eau. Que le ſol lui appartient, & qu'il faut croire qu'avant de bâtir le moulin, il s'eſt aſſuré de la priſe d'eau, & du paſſage d'icelle.

Que c'eſt un droit primitif, & qui a dû être le premier dans l'exécution, auſſi bien que dans l'intention, parce qu'en effet celui-là ſeroit ridicule, qui après avoir édifié un moulin, chercheroit où prendre l'eau & où la faire paſſer: il faut donc que cela précede, & il s'en doit aſſurer, & c'eſt pourquoi le béal & l'endroit où il paſſe eſt toujours cenſé joint au moulin, & appartient au maître.

3 En ſecond lieu, il faut conclure de-là que nul autre ne peut prendre l'eau au canal, ni la dittir, qu'il faut avoir pour cela un droit qui ſoit bien établi, & pour lequel on ait titre. Car en ſuppoſant que le canal a été fait pour le moulin, & qu'il appartient au maître d'icelui, on ne peut avoir droit ſur ledit canal, pour y prendre l'eau, & s'en ſervir pour les prés, que ce ne ſoit une ſervitude qu'on veut impoſer ſur le fonds d'autrui.

Or, comme toute ſervitude eſt contre le droit commun, contre la liberté naturelle, & qu'elle ne peut être préſumée; auſſi faut-il qu'elle ſoit établie par titre, & par un titre formel: car il y a lieu de douter que la ſeule poſſeſſion puiſſe ſuffire, tant parce qu'il n'eſt pas bien certain ſi les ſervitudes ſe peuvent preſcrire, que parce que la poſſeſſion peut être ſuſpecte. Elle peut avoir procédé par voie occulte & actes clandeſtins, ou par tolérance & droit de voiſinage, & parce qu'un meûnier a ſouffert que par fois on prît de l'eau au canal, lors même qu'elle étoit ſurabondante, ou que le moulin ne tournoit pas, on ne peut pas ſuppoſer que cela tire à quelque conſéquence. 4

Et quand même l'on voudroit demeurer d'accord que la ſervitude ſe peut acquérir par la ſeule poſſeſſion, il faudroit qu'elle fût bien préciſe & certaine, & qu'elle fût établie par de bons actes *non vi, non clam, non precario, ſed jure ſervitutis*, dit la loi, de ſorte que dès-lors qu'il y a eu quelque empêchement & de la contradiction, ou qu'on n'a joui que par grace & tolérance, que c'eſt parce que le meûnier a permis de prendre l'eau, en ayant peut-être trop; ce n'eſt qu'une poſſeſſion précaire qui ne peut donner aucun droit.

C'eſt auſſi pour cette conſidération qu'au procès d'entre le ſieur Berardier, demandeur, & le ſieur Allard, défendeur, ledit ſieur Allard qui vouloit s'attribuer un droit de prendre l'eau pour arroſer ſes prés dans le canal ou béal du moulin dudit ſieur Berardier par des ouvertures, ne vouloit pas demeurer d'accord que ce fût par droit de ſervitude, 5

BIU Cujas

Sçachant bien que ce droit eſt plus rigoureux, plus fâcheux à établir, & de plus difficile preuve, il s'aviſa en cauſe d'appel au parlement de ſoutenir, que cette faculté étoit plutôt une réſerve, qu'une conceſſion, & qu'il falloit croire que la place du canal avoit été priſe ſur la ſommité des prés, & que le ſol ayant appartenu au propriétaire des prés, ils s'étoient réſervé ce droit.

Mais comme nous diſons communément, que *quæ ſunt facti non præſumuntur*; auſſi le ſieur Berardier ſoutint qu'il ne ſuffiſoit pas d'alléguer ce fait, mais qu'il en faudroit juſtifier : Que c'eſt choſe qu'on pouvoit d'autant moins préſumer que l'état du lieu s'y oppoſoit, & qu'il répugnoit que la place du canal étant beaucoup plus élevée, & ſéparée par un tarre, pût avoir été priſe ſur les prés qui ſont au-deſſous, & en avoir fait une partie. Ce fait n'étant donc pas conſidérable, la cour ne s'y eſt pas arrêtée, & elle n'a pas laiſſé de confirmer les ſentences des premiers juges.

Attendu même que le béal étant communément & par divers titres appellé le béal des moulins de la Chaleaſſery, c'étoit une preuve concluante qu'il étoit des dépendances deſdits moulins, & que c'eſt pour iceux qu'il avoit été fait. Ce qui ſe préſume d'ailleurs & d'ordinaire pour tous moulins, la ſeule exiſtence du canal, & le cours de l'eau étant ſuffiſant pour cela, & l'édifice des moulins portant conſéquence néceſſaire pour le canal.

D'ailleurs ledit ſieur Allard, pour établir plutôt de ſa part un droit de propriété, qu'un droit de ſervitude, & plutôt *jus rei quàm jus in re* ajoûta en cauſe d'appel que ce n'étoit pas un canal fait à deſſein, & par la main de l'homme, que c'eſt le haſard qui l'avoit fait, & que le ruiſſeau de Furan ayant quitté ſon ancien cours, il ſe ſeroit fait ce nouveau lit; que l'ayant pris & uſurpé ſur les fonds qui ſont contigus, il s'enſuivoit que les propriétaires deſdits fonds le ſont demeurés de ce nouveau lit, & par conſéquent ont toujours eu droit de ſe ſervir de l'eau du canal pour l'irrigation de leurs prés.

L'appellant citoit pour ce ſujet le § 23 du titre des inſtituts, *de rerum diviſione*, mal-à-propos & à contre-ſens, comme nous fîmes voir en dreſſant les réponſes du ſieur Berardier. Car ce § dit, que ſi une riviere vient tout-à-coup à quitter ſon cours, & ſe jetter d'un autre côté, les propriétaires de l'endroit qu'elle prend, peuvent pour ſe dédommager prendre celui qu'elle a quitté. Mais ce § ne dit pas que ce nouveau lit que la riviere a fait ſoit à lui, au contraire l'empereur en ce § décide, qu'il eſt cenſé public, & de la même nature que la riviere étoit dans ſon ancien cours. *Novus autem alveus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen eſt, id eſt acquirendo dominio*, où il eſt dit que le fleuve, *vice cenſitorum fungitur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.*

Nous inferons donc de-là, que ſi ce que l'appellant propoſoit avoit quelque fondement, ce ſeroit à lui & aux autres propriétaires à rechercher l'ancien lit que la riviere auroit laiſſé, & ils n'auroient pour cela aucun droit de propriété au nouveau lit qu'il diſoit être le canal. Moins l'avoient-ils encore à préſent, puiſque par un ſi long intervalle de tems & une ſi longue jouiſſance, le droit s'en trouveroit preſcrit.

Bref, qu'il ne falloit pas oppoſer, que ſuivant le texte cité, le nouveau canal étant fait public, tous s'en pouvoient ſervir, & qu'il n'y avoit lieu de preſcription : car encore que les ruiſſeaux ſoient comme publics, les ſeigneurs hauts-juſticiers ne laiſſent pas d'en diſpoſer, & d'en donner les priſes d'eau : enſuite de quoi ceux qui en ont la faculté, ne laiſſent pas d'en exclure les autres, & d'en preſcrire le droit.

Mais pour mieux détruire ce moyen, nous demandons où l'appellant avoit trouvé ce changement de lit de la riviere de Furan, où il avoit appris que le canal de queſtion fût un nouveau lit qu'elle s'étoit fait, quelle lumiere, quel document il en avoit : que ſi c'étoit une imagination, & qui n'avoit point d'apparence, elle pouvoit être recevable en un roman, mais non pas en face de juſtice qui ne ſouffre rien de fabuleux, & qui ne ſoit véritable & ſolide, & par conſéquent ce fait étant avancé contre vérité, & ſans la moindre apparence, il ſuffiſoit de le nier. 6

Extrait des regiſtres de parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, SALUT. Sçavoir faiſons, que comme de certaine ſentence donnée par le châtelain de Saint-Priêt & ville de Saint-Etienne de Furan, le vingt-uniéme avril 1654, entre Jean Berardier fils & héritier de Pierre Berardier demandeur d'une part, & Jacques Allard fils & héritier univerſel de Pierre Allard, ayant repris l'inſtance pour Antoinette Moulin ſa mere, héritiere fidéijuſſiaire dudit Allard défendeur d'autre, par laquelle ledit Allard auroit été condamné, autre choſe n'apparoiſſant, à faire boucher les ouvertures faites de ſa part & du côté de ſon pré le long du béal ou canal qui conduiſoit les eaux aux moulins & batoir dudit Berardier, avec défenſes audit Allard de divertir par lui ni les ſiens le cours deſdites eaux, aux peines de droit, & néanmoins pourroit ledit Allard prendre l'eau audit béal ou canal pour l'abreuvage des prés acquis par Pierre Allard de Jacques de la Berardiere, par contrat du vingt-ſeptiéme jour de janvier 1565, & encore pour l'abreuvage des parcelles de prés qui avoient été acquiſes tant par ledit Pierre Allard qu'Antoinette Bory ſa veuve des mariés Rigaud, par contrat des 28 janvier 1572 & 22 octobre 1579: Et ce ſeulement au tems que leſdits moulins & batoirs ne moudroient ou travailleroient, & par deux ouvertures, dont l'une ſeroit au droit dudit pré acquis dudit Berardier : Et l'autre à l'endroit dudit pré acquis deſdits Mariés Rigaud par leſdits contrats, leſquelles ouvertures ſeroient faites de largeur & profondeur convenable au dire d'experts, & en y faiſant poſer par ledit Allard des eſtrots ou retenues, pour icelles fermer lorſque leſdits moulins & batoirs moudroient & travailleroient, dépens compenſés : eût été appellé à notre ſénéchal de Saint-Etienne de Montbriſon, pardevant lequel les parties appointées à confirmer ou infirmer auroit par la ſentence du 4 mars 1655, entre ledit appellant de ladite ſentence du 21 avril 1654, intimé & défendeur d'une part, & ledit Berardier intimé & incidemment appellant de ladite ſentence du 21 avril, & demandeur en dommages & intérêts, ſuivant la requête du premier mars 1655, d'autre, dit qu'il avoit été bien jugé, mal & ſans grief appellé par ledit Allard, & que ce dont avoit été appellé ſortiroit ſon plein & entier effet avec dépens de la cauſe d'appel, & ſur l'appel incident dudit Berardier, les parties auroient été miſes hors de cour & de procès ſans dépens pour ce regard, & faiſant droit ſur la demande dudit Berardier en dommages & intérêts, auroit été ordonné qu'en la communiquant par lui avec le procès-verbal de viſitation y joint dans trois jours, ledit Allard défen- 7

BIU Cujas

droit dans quinzaine après, autrement défaut pur & simple, qui seroit levé & jugé, dépens pour ce fait réservés : ait été appellé à notre cour de parlement, en laquelle parties ouies en leurs causes d'appel, & le procès par écrit conclu & reçu pour juger entre ledit Allard appellant d'une part, & ledit Berardier intimé d'autre, si bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité & production nouvelle dudit appellant qu'il pourroit bailler dans le tems de l'Ordonnance, auxquels griefs & prétendus moyens de nullité, l'intimé pourroit répondre & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant, icelui procès, griefs, réponse, production nouvelle dudit appellant. Contredits dud. intimé : salvations dud. appellant. Vû & diligemment examiné : NOTREDITE COUR par son jugement & arrêt, a mis & met l'appellation au néant, ordonné que la sentence de laquelle a été appellé sortira son plein & entier effet, condamné ledit appellant en une amende de 12 liv. sans dépens de la cause d'appel, la taxation des dépens adjugés par-devant notredite cour, réservée. Si mandons au premier notre huissier, ou sergent sur ce requis, qu'à la requête dudit Berardier, le présent arrêt il mette à due & entiere exécution selon sa forme & teneur, de ce faire lui donnons pouvoir. DONNÉ à Paris en notredite cour le quinziéme jour de juillet, l'an de grace mil six cent cinquante-six, & de notre regne le quatorze. Par jugement & arrêt de notredite cour, GUYET, & scellé à deux sceaux de cire jaune.

Cet autre arrêt qui avoit été produit au pè s, confirme la même chose.

Extrait des regiſtres du parlement.

HENRI, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces présentes lettres verront, SALUT : Sçavoir faisons que comme de la sentence donnée par notre bailli de Forêts ou son lieutenant à Montbrison le 6 février 1607, entre notre cher & bien amé chevalier de notre ordre Antoine d'Authun, seigneur de la Baulme notre sénéchal de Lyon, demandeur & concluant à ce qu'il fût maintenu en la possession de prendre de l'eau au biez des moulins de Jean Picon, pour abreuver un pré, appellé le pré de la Roche, depuis le samedi soleil couché, jusqu'au lundi soleil levant, ensemble les jours des fêtes solemnelles d'une part, & ledit Jean Picon, défendeur d'autre, par laquelle ledit demandeur auroit été débouté de ladite complainte, & ledit défendeur maintenu suivant le titre nouvel mentionné au procès, avec défenses audit demandeur de le troubler, à peine de cinquante livres d'amende, dommages & intérêts, & condamné aux dépens : Eût été de la part dudit demandeur appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçu, pour juger entre lesdites parties, si bien ou mal avoit été appellé, dépens respectivement requis & l'amende pour nous, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & production nouvelle dudit appellant qu'il pourroit bailler dans le tems de l'ordonnance, auxquels griefs & prétendus moyens de nullité ledit intimé pour oit répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits aux dépens dudit appellant. Vû la production dudit intimé, forclusion de fournir griefs, moyens de nullité & productions de nouvel par ledit appellant. Arrêt du 17 mars 1608, par lequel auroit été ordonné que dans six semaines ledit appellant feroit apporter sa production, & icelle joindre à celle dudit intimé, & à faute de ce faire qu'il seroit procédé au jugement dudit procès, sur ce qu'il se trouveroit par-devant notredite cour. Forclusions de satisfaire audit arrêt par ledit appellant, & le tout diligemment examiné. Notredite cour par son jugement & arrêt, dit, qu'il a été mal & sans griefs appellé par ledit appellant, & l'amendera, & le condamne aux dépens de la cause d'appel, la taxe desdits dépens adjugés pardevers notredite cour, réservée. En témoins de quoi nous avons fait mettre notre scel à ces présentes. DONNÉ à Paris en notre parlement, le 13 décembre l'an de grace 1608, & de notre regne le vingtiéme. Par jugement & arrêt de la cour. *Signé*, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

Des Moulins.

L'Auteur rapporte ici deux arrêts qui ont jugé que le propriétaire d'un moulin est réputé propriétaire du canal par où passe l'eau qui le fait moudre ; ensorte que les propriétaires des héritages sur lesquels passe le canal ne peuvent prendre l'eau pour arroser leurs prés, sans avoir un titre exprès.

L'auteur appelle le canal qui conduit l'eau un *béal ;* on l'appelle *bié* aussi. Ce mot vient d'un mauvais mot latin *bedum* ou *becium ;* le premier signifie *rivi alveum ;* le second *alvei ostium*, ainsi que l'explique le sçavant du Cange, dans son glossaire sur ces deux mots. 9

Notre auteur a parlé des moulins dans la question 34 du livre 3, tome 1, où j'ai remarqué plusieurs choses que le lecteur prendra la peine de voir, s'il lui plaît.

De l'irrigation des prés.

J'observerai seulement ici un arrêt rendu en la grand'chambre le 7 septembre 1696, au profit du sieur Amiot d'Albigny, seigneur de Bully en Lyonnois, contre le nommé Ponchon, par lequel il a été jugé que le propriétaire d'un pré a droit de conduire l'eau nécessaire pour l'arroser, & de la faire passer sur les héritages de ses voisins, sans avoir besoin de titre ; c'est une servitude naturelle pour l'établissement de laquelle les titres ne sont pas nécessaires ; parce que sans le secours de l'irrigation les prés 10

BIU Cujas

ſeroient ſtériles, ſur-tout dans les pays qui ſont ſecs, ſoit à cauſe du climat, ſoit pour raiſon de la ſituation. J'avois écrit au procès pour le ſieur Amiot.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

SUr le ſujet de l'irrigation des prés, je dois obſerver que dans le Lyonnois & dans tous les pays ſecs, cette matiere cauſe de fréquens procès. Nous avons pluſieurs loix dans le droit qui ſemblent avoir été faites pour les prevenir. La loi *Imperatores 17, de ſervit. præd. ruſt.* dit que les poſſeſſeurs des héritages voiſins d'un fleuve peuvent y prendre de l'eau ſelon la nature de leurs héritages, ſi ce n'eſt que l'un ait droit d'en prendre plus que les autres, & pourvû que cela ſe faſſe ſans faire préjudice aux autres. *Imperatores Antonius & Verus Auguſti reſcripſerunt, aquam de flumine publico pro modo poſſeſſionum ad irrigandos agros dividi oportere, niſi proprio jure quis plus ſibi datum oſtenderit. Item reſcripſerunt aquam ita demum permitti duci, ſi ſine injuria alterius fiat.*

La même choſe eſt décidée dans la loi *cum conſtet 5, ff. de aqua quotid. Cum conſtet non ſolum temporibus, ſed etiam menſuris aquam poſſe dividi; poteſt eodem tempore, alius quotidianam alius æſtivam ducere, ita ut æſtate dividatur inter eos aqua, hieme ſolus ducat is qui quotidianæ jus habeat.* Le § 1 de cette loi parle de deux voiſins qui avoient droit de prendre de l'eau dans un ruiſſeau à certaines heures différentes : *inter duos qui eodem rivo aquam certis horis ſeparatim ducebant.*

Mornac, ſur la loi *Imperatores* ci-deſſus citée, rapporte pluſieurs endroits de différens poëtes qui ont rapport à cela; il en parle auſſi ſur la loi 7, *Cod. de ſervit. & aqua.*

Richard dans ſon commentaire ſur la coutume de Senlis, art. 268, à la fin, dit que ceux qui ont des prés le long de l'eau, peuvent en certains jours ſaigner la riviere ou le ruiſſeau.

Papon, dans ſes arrêts, liv. 14, tit. 1, nomb. 8, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 11 mai 1554, qui confirme une ſentence du bailli de Forez, qui avoit maintenu le propriétaire d'un pré ſupérieur, de faire couler les eaux dans un pré inférieur, & pour cet effet d'entretenir & faire curer le foſſé qui étoit dans le pré inférieur, pour la vuidange de l'eau. Le parlement regla la profondeur du foſſé à deux pieds & demi.

Le même auteur, dans le nombre ſuivant, fait mention d'une ſentence qui a jugé la même choſe : il traite doctement la queſtion.

DE LA VENTE FAITE PAR UN ACCUSÉ.

QUESTION CENT-CINQUANTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait.*
2. *Avis & raiſons de l'auteur, pour établir que la vente faite par un coupable, même avant ſa condamnation, n'eſt pas valable.*
3. *Sentence du bailli de Montbriſon, du 11 mars 1652, confirmée par un arrêt contradictoire du 24 avril 1654, qui a déclaré la vente nulle.*
4. *Auteurs qui ont traité la queſtion.*

Si la mort civile donne ouverture au fidéicommis.

5. *Les docteurs ſont partagés ſur cette queſtion.*
6. *Les anciens arrêts jugeoient que la mort civile faiſoit ouverture au fidéicommis.*
7. *Les nouveaux arrêts jugent que la mort civile ne donne point ouverture à la ſubſtitution, ni au droit de retour.*

Si la profeſſion de la vie religieuſe donne ouverture aux ſubſtitutions.

8. *Le parlement de Toulouſe a toujours jugé pour l'affirmative.*
9. *Le parlement de Paris a varié, à préſent il juge comme celui de Toulouſe.*
10. *Ricard ſoutient la négative, & Gueret l'affirmative.*

BIU Cujas

QUESTION CL.

Si la vente d'un domaine faite par un accuſé ou contumax, peut être valable, & des circonſtances qui marquent la fraude.

AU procès de dame Magdelaine de Dormes,
1 veuve du ſeigneur d'Eſpinchart, demandereſſe, & pourſuivante ſaiſie, & meſſire Jean de Bronat, ſeigneur de Montfaucon oppoſant, & encore Jean Baud intervenant & demandeur en ouverture de ſubſtitution, il fut agité ſi la vente que feu autre Jean Baud avoit paſſée d'un ſien domaine au profit dudit ſieur de Bronat étoit valable, & ſi dans les circonſtances du fait le contrat ne devoit pas être jugé frauduleux & fait au préjudice des créanciers.

Ledit ſieur de Bronat ſoutenoit qu'il étoit fondé en un bon contrat, que c'étoit un titre valable & *probatio probata*, & qu'en effet ayant joui du domaine, on ne l'avoit pû ſaiſir à ſon préjudice.

Par contre on oppoſoit diverſes conjectures pour le faire déclarer frauduleux, ſçavoir l'état & condition du vendeur, la qualité de l'acquéreur, la qualité & ſituation du domaine, le lieu où le contrat avoit été paſſé, le prix d'icelui & la forme du payement.

2 Ayant donc eu communication du procès, nous dîmes par nos concluſions, qu'il étoit vrai & notoire que ledit feu Jean Baud vendeur étoit en mauvaiſe odeur dans la province & aux lieux circonvoiſins. Qu'il avoit été prévenu de divers crimes, dont il y avoit preuve au procès, & que pour raiſon d'iceux, & qu'après avoir ſouvent éludé la juſtice, il avoit enfin & depuis la vente été condamné aux galeres perpétuelles au préſidial de Valence.

Que de-là réſultoit qu'il pouvoit avoir pris pour refuge la maiſon dudit ſeigneur de Bronat, & s'être mis ſous ſa protection ſe voyant menacé de divers endroits : que c'eſt ce qui rendoit la vente ſuſpecte, puiſqu'en effet la loi juge tels ſemblables actes, & les condamne : car en la loi 15, *ff. de donationibus*, le juriſconſulte dit qu'après avoir commis un crime capital, les donations ne ſont pas valables, notamment ſi c'eſt après l'accuſation, & qu'enfin il y ait eu condamnation, comme encore en la loi 7, *ff. de mortis cauſa donationibus*, s'il eſt dit que la donation eſt valable, c'eſt avec cette limitation, *ſi ſine ſuſpicione pœnæ facta ſit.*

Sur quoi monſieur Papon, au troiſiéme de ſes notaires, titre des donations, ayant ſimplement agité la queſtion, & fait diſtinction des aliénations qui ſe font avant le crime ou l'accuſation, d'avec celles qui ſe font après, réſout que ſi c'eſt après, tel contrat ne peut valoir, comme ſuſpect & odieux. Il eſt vrai, dit-il, que ſelon Hermogenien en la loi *aufertur*, § *in reatu conſtitutus*, *ff. de jure fiſci*, l'accuſé ne laiſſe pas d'avoir l'adminiſtration de ſes biens, mais ce n'eſt que pour ſe nourrir & ſe défendre.

Et partant s'il lui eſt permis de prendre les fruits & revenus, de diſpoſer de ſes meubles, & d'emprunter quelques ſommes, il ne lui eſt pas permis de vendre ni de donner tous ſes biens, ou la meilleure partie d'iceux; s'il le fait, le contrat eſt cenſé frauduleux, & l'on doit préſumer que l'accuſé ne s'y eſt porté que *ſuſpicione pœnæ*, notamment quand il y a concours de quelques autres préſomptions, ainſi qu'en cette rencontre.

Nous ajoûtions donc que le domaine étant éloigné de plus de deux grandes lieues des terres dudit ſieur de Bronat, & n'étant qu'un ſimple domaine en roture & hors de ſa Province, il y avoit lieu de ſoupçonner de fraude l'acquiſition prétendue, attendu même que le contrat avoit été paſſé dans le château de Bronat, où le vendeur s'étoit réfugié. Outre qu'étant dit par le contrat que c'eſt un acquittement d'une obligation de trois mille livre, la date d'icelle n'eſt point référée, ni le notaire qui l'a reçûe : comme encore elle n'a point été réſervée pour plus grande aſſurance de l'acquiſition, ce que vraiſemblablement on n'auroit pas négligé, puiſque c'eſt une précaution aſſez ordinaire. Ce qui fait encore que comme l'obligation étoit imaginaire, la vente a été frauduleuſe, & qu'il y a eu quelque contre-lettre.

Nous conclûmes à ce que ſans avoir égard au contrat de vente comme nulle & fait en fraude, ledit ſieur de Bronat fut condamné à ſe déſiſter de la détention du domaine de queſtion, & en laiſſer la poſſeſſion libre audit Jean Baud le jeune, avec reſtitution de fruits depuis la mort naturelle de Jean Baud l'aîné.

Il fut ainſi jugé en ce ſiege par ſentence du 11 mars 1652, & le ſieur de Bronat ayant appellé de 3
la ſentence, elle a été confirmée par arrêt contradictoire du 24 avril 1654, qui eſt rapporté dans la queſtion 80 du livre ſuivant.

Outre l'autorité que nous avons rapportée de monſieur Papon, Tronçon ſur l'article 108 de la coutume de Paris, dit que la cour par ſes arrêts a jugé, que les tranſports faits par le condamné depuis la condamnation, ou peu avant, ſont frauduleux; qu'il n'importe que le tranſport ſoit fait avant la condamnation, pourvû qu'il ſoit auparavant le procès commencé. Il cotte pour cela quelques textes de droit, mais qui ne ſont ni formels ni approchans.

Il eſt vrai que ſur l'article 105, en ayant encore parlé, il cite plus à propos le §, *item ſi quis. Inſtitut. de actionibus*, où l'empereur dit, *item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit, permittitur creditoribus, reſciſſa traditione, eam rem petere, id eſt dicere eam rem traditam non eſſe, ob id in bonis debitoris manſiſſe.* Ce qui ſe faiſoit *actione Pauliana*, & cette action révocatoire a donné ſujet au titre de notre droit, *quæ in fraudem creditorum ut revocentur.*

En ce même procès il y avoit une autre queſtion aſſez importante, car la vente du ſieur de Bronat n'étoit pas ſeulement débattue par les créanciers de Jean Baud l'aîné, mais encore par Jean Baud le jeune ſon frere & ſubſtitué, auquel on oppoſoit, que la mort civile par la condamnation aux galeres perpétuelles, ne faiſoit pas ouverture au fideicommis, & que la ſubſtitution étoit nulle, au défaut d'avoir été le teſtament publié & inſinué. Mais pour ne pas troubler l'ordre que nous nous ſommes preſcrit, nous remettons à traiter ce point au cinquiéme livre.

Ludovicus à Pegnera, deciſione 271, traite amplement *de actionibus revocatoriis & quibus competunt, an creditoribus ex maleficio, an fidei commiſſariis, quando in eorum fraudulem alienatum eſt*, & encore il traite *in deciſione* 49, *& deciſione* 50, *de caſibus & conjecturis quibus in materia revocandæ alienationis in fraudem creditorum factæ fraus præſumatur.*

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

L'Auteur propoſe ici trois queſtions.

La premiére : Si un accuſé peut vendre ſes héritages après le crime commis, & ſi la condamnation qui ſurvient rend la vente nulle.

La ſeconde : Si la mort civile eſt ſuffiſante pour donner ouverture aux fidéicommis.

La troiſiéme : Si le défaut de publication peut nuire à ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution.

4 A l'égard de la premiére, il fait mention d'une ſentence rendue en ſon ſiége, ſuivant ſes concluſions, & confirmée par un arrêt du 24 avril 1654, par laquelle le contrat de vente fait par un prevenu de crime, & depuis condamné, fut déclaré nul. Il cite M. Papon, dans ſes notaires, tom. 1, tit. *des donat.* part. 3, art. 6, lequel, depuis la page 364 juſqu'à la page 369, traite toutes les queſtions qui ont rapport à celle-ci fort doctement & clairement. Il faut y joindre M. Lepreſtre, cent. 1, chap. 84; M. Ricard, des donat. part. 1, chap. 3, ſect. 4, nomb. 243 & ſuivans; & M. Catelan, tom. 1, liv. 3, chap. 43.

A l'égard des docteurs de droit, ils traitent preſque tous la queſtion ſur la loi *poſt contractum 15, ff. de donat.* Il ſuffit de voir la note de Godefroi ſur cette loi, où il fait toutes les diſtinctions néceſſaires. Cujas, dans ſes réponſes ſur Papinien, liv. 12, ſur le § dernier de la loi 31 du même titre *de donat.* traite la queſtion en maître; ainſi je n'en dirai pas davantage.

Si la mort civile donne ouverture aux fidéicommis.

Notre auteur ne traite point cette queſtion; mais comme elle arrive ſouvent, je crois devoir en dire un mot.

5 Les docteurs ſont partagés ſur cette queſtion : je ne m'arrêterai pas à les rapporter, ceux qui ſeront curieux de les voir les trouveront cités par M. Boyer, queſtion 278; par M. Expilly, plaid. 29; & Ferrerius, ſur la queſtion 547 de Guy Pape.

6 La juriſprudence des arrêts a varié ſur cette queſtion. M. Maynard, liv. 5, queſt. 80, ſur la fin, cite un arrêt du parlement de Toulouſe, prononcé en robes rouges l 18 ſeptembre 1583, par lequel il fut jugé qu'il y avoit ouverture au fidéicommis par la condamnation aux galeres de l'héritier inſtitué. M. Anne Robert, liv. 4, chap. 16, rapporte un arrêt rendu au grand conſeil le 17 février 1582, par lequel la ſubſtitution fut déclarée ouverte, & le fiſc débouté de ſa prétention, afin de jouir des biens juſqu'à la mort naturelle du condamné aux galeres perpétuelles. Charondas, dans ſes réponſes, chap. 50, ſur la fin, cite deux autres arrêts, qu'il dit avoir jugé la même choſe.

Mais depuis la juriſprudence a changé. M. Expilly, dans ſes plaidoyers, chap. 29, fait mention d'un arrêt rendu au parlement de Grenoble le 15 mai 1609, ſuivant ſes concluſions, par lequel le ſubſtitué, qui demandoit que la ſubſtitution fût déclarée
7 ouverte à ſon profit, ſur le fondement de la condamnation aux galeres perpétuelles de l'héritier inſtitué, fut débouté de ſa demande quant à préſent. Ce ſçavant magiſtrat traite la queſtion de part & d'autre avec beaucoup d'érudition. M. Chorier, dans la juriſprudence de Guy Pape, pag. 168, dans ſes notes, cite deux arrêts du même parlement, l'un du 17 février 1633, l'autre du 25 février 1635, qui ont jugé la même choſe.

M. d'Olive, liv. 5, chap. 8, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouſe des 20 juillet 1634 & 27 juin 1636, qui ont jugé de même, que la condamnation aux galeres perpétuelles ne donne point ouverture aux ſubſtitutions. Dans la nouvelle addition ſur ce chapitre, il cite deux arrêts des 23 août 1638 & 10 mars 1639, qui ont jugé la même choſe à l'égard du droit de retour, que la condamnation à mort par défaut, ne lui donne point lieu, & qu'il faut attendre la mort naturelle. M. de la Rocheflavin, liv. 2, tit. 4, ſur le mot *mariage*, art. 33, dit que par un arrêt général du 5 juin 1679, il a été jugé que le retour ne ſe fait point par la mort civile. M. Graverol, dans ſes obſervations, dit qu'il en eſt de même des ſubſtitutions; il cite un arrêt de l'année 1666, qui l'a ainſi jugé.

M. Ricard, des diſpoſitions condit. depuis le nombre 330, juſqu'au 355, établit très-ſolidement cette juriſprudence.

BIU Cujas

Si la profeſſion de la vie religieuſe donne ouverture aux ſubſtitutions.

La juriſprudence du parlement de Toulouſe n'a point varié ſur ce point. Ce parlement a toujours jugé que la profeſſion religieuſe donne ouverture à la ſubſtitution. Les arrêts ſont rapportés par meſſieurs Maynard, liv. 7, chap. 18; d'Olive liv. 5, chap. 8; Cambolas, liv. 4, chap. 35, nomb. 5. La même juriſprudence eſt ſuivie au parlement de Provence, ſuivant un arrêt du dernier mai 1640, rapporté par Boniface, tom. 2, liv. 2, tit. 2, chap. 10.

La juriſprudence du parlement de Paris a varié. Les anciens arrêts jugeoient que la profeſſion en religion ne donnoit point ouverture au fidéicommis. M. Lepreſtre, cent. 3, chap. 18. M. Montholon, chap. 135, rapporte un arrêt prononcé en robes rouges à la Notre-Dame de ſeptembre 1620, qui l'a ainſi jugé.

Mais depuis il eſt intervenu deux arrêts qui ont jugé que la ſubſtitution eſt ouverte par la profeſſion de la vie religieuſe, l'un du 31 janvier 1660, rendu en la premiere chambre des enquêtes, l'autre du 25 mai de la même annee, rendu en l'audience de la grand'chambre, ſuivant les concluſions de M. l'avocat général Talon. Ce dernier arrêt eſt rapporté en forme avec les plaidoyers des avocats, & celui de M. l'avocat général, dans le journal des audiences, liv. 3, chap. 22; & ce qui eſt de remarquable, l'arrêt porte, qu'il ſera lu & publié au ſiége préſidial de Lyon, ainſi il fait loi.

Cependant M. Ricard, au même endroit, depuis le nombre 355 juſqu'au 373, ſoutient *mordicus* l'ancienne juriſprudence. M. Gueret, dans ſes remarques ſur M. Lepreſtre, chap. 81, ci-deſſus cité, ſoutient fortement la nouvelle juriſprudence. Je laiſſe au lecteur de prendre le parti qu'il lui plaira.

Il ſeroit aſſez difficile de dire ſur cette queſtion, auſſi-bien que ſur la précédente, quel parti eſt le plus juridique; mais il faut ſuivre la déciſion la plus certaine. Dans la juriſprudence il ne faut chercher que la certitude, de-là dépend ſon vrai mérité.

A l'égard de la troiſiéme queſtion, touchant la publication des ſubſtitutions, ſi le défaut nuit aux ſubſtitués, notre auteur la traite, liv. 5, queſt. 80, où je me réſerve d'en parler.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

☞ Sur la premiére queſtion, *ſi un accuſé peut contracter*, il faut ajouter aux auteurs que l'on a cités, Mornac, ſur le titre *de pignoribus*; d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 188; Coquille, ſur la coutume de Nivernois, tit. *des Confiſcations*, art. 2; Baſnage, ſur la coutume de Normandie, art. 143; Dufreſne, dans ſon journal, liv. 2, chap. 113; Tronçon, ſur la coutume de Paris, art. 272, ſur le mot *Donations entre-vifs*.

Il y a ſur cela pluſieurs diſtinctions à faire. 1°. Si un accuſé peut donner. 2°. S'il peut vendre. 3°. S'il peut payer, & ſi on lui peut payer valablement.

1°. A l'égard des donations, la loi *poſt contractum* 15, au digeſte *de Donationibus*, dit qu'elles ſont valables, quand la condamnation de l'accuſé ne s'enſuit pas, *poſt contractum capitale crimen donationes factæ non valent, ex conſtitutione divorum Severi & Antonini, ſi condemnatio ſecuta ſit.*

Les docteurs, ſur l'interprétation de cette loi, ſont fort partagés; parce que les éditions du corps de droit ſont différentes. La vulgate & celle d'Haloander diſent, *ſi condemnatio ſecuta ſit*, & la Florentine dit, *niſi condemnatio ſecuta ſit*: il faut ſuivre les deux premiéres, ainſi que le prouve Godefroi, dans ſes notes ſur cette loi.

Il faut porter le même jugement de tous les actes à titre lucratif, que de la donation & de tous ceux qui ſont déguiſés, comme d'une reconnoiſſance de devoir; *quia qui non poteſt donare, non poteſt confiteri.*

2°. A l'égard de la vente & de tous les actes équipolens, il faut diſtinguer entre les crimes énormes, & les crimes ordinaires: dans les premiers, l'aliénation eſt nulle; dans les autres, elle eſt valable. Cette diſtinction eſt faite par M. le Bret, dans ſes déciſions, liv. 6, queſtion 4, d'où il conclut que dans le premier cas, l'acquéreur ne peut preſcrire que par trente ans. Il dit que cela fut ainſi jugé par un arrêt du 25 juin 1619. Ce même arrêt eſt rapporté par M. Auzanet, liv. 2, chap. 94.

3°. A l'égard des payemens, il peut les faire valablement, & on peut auſſi les lui faire, ainſi qu'il eſt décidé dans les loix 41 & 42. La premiére qui eſt du juriſconſulte Papinien en parle en ces termes: *reo criminis poſtulato interim nihil prohibet rectè pecuniam à debitoribus ſolvi: alioqui plerique innocentium neceſſario ſumptu egebunt.* La ſeconde, qui eſt du juriſconſulte Paul dit, *ſed nec illud prohibitum videtur, nè à reo creditori ſolvatur.*

BIU Cujas

Cujas dans ſon commentaire ſur la premiére loi, excepte deux cas : le premier, le cas du crime de lèſe-majeſté ; le ſecond, ſi l'accuſé eſt en fuite, ſi ſon procès lui eſt fait par contumace.

Il y auroit encore pluſieurs queſtions à traiter ſur cette matiere ; mais on les paſſera ſous ſilence, attendu qu'elles ſont toutes inutiles dans les pays de droit écrit ; car dans le tems des loix qui interdiſoient aux accuſés de contracter, la confiſcation des biens avoit lieu, ainſi l'intérêt du fiſc ne permettoit pas aux accuſés de diſpoſer de leurs biens. Mais depuis que Juſtinien, par ſa novelle 17, chap. 12, a abrogé les confiſcations, les accuſés ont la liberté de diſpoſer de leurs biens, juſqu'au jour de la ſentence de la condamnation : & en cas d'appel, juſqu'au jour de l'arrêt confirmatif, ainſi que l'établit M. Papon, dans ſon notaire, tom. 1, liv. 5, tit. *des Donations*, pag. 367.

Il faut remarquer que ſur la ſeconde queſtion, l'auteur des obſervations s'eſt trompé ; car il y a un arrêt du 19 ſeptembre 1661, rapporté par M. Catelan, tom. 1, liv. 2, ch. 77, qu'il dit avoir rétabli l'ancienne juriſprudence, en jugeant que la condamnation aux galeres faiſoit ouverture à la ſubſtitution, & condamnant ceux qui avoient acquis du condamné des biens ſujets au fidéicommis, à s'en départir au profit de ceux qui étoient appellés à la ſubſtitution, dès le moment de la condamnation.

Nonobſtant un arrêt auſſi formel, & le témoignage d'un magiſtrat auſſi reſpectable, on pourroit ſoutenir le ſentiment contraire, en ſe fondant ſur un arrêt rapporté par M. Graverol, ſur M. de la Rocheflavain, liv. 2, au mot *Mariage*, tit. 4, qui a jugé le contraire. Cet arrêt eſt poſtérieur à celui rapporté par M. Catelan : l'un eſt de 1661, & l'autre de 1666. D'ailleurs M. Graverol en cite encore un plus récent du 6 mars 1671, par lequel la ſubſtitution fut ſeulement déclarée ouverte après la mort naturelle du condamné. Quel jugement peut-on porter d'une ſi grande variation ? Dirons-nous que le parlement de Toulouſe ſoit incertain dans ſes déciſions ? On ſçair bien qu'il n'y a point de tribunal plus ferme dans ſes maximes. Dirons-nous que ces arrêts ont été rendus ſur des circonſtances particulieres ? Mais ces deux auteurs nous les donnent comme ayant jugé la queſtion *in terminis*. Dirons-nous que l'uu ou l'autre de ces deux auteurs s'eſt trompé ? Auquel donnerons-nous le tort ? Ils ont tous deux leur mérite : l'avocat, en ce point, ne le cede pas au conſeiller. D'ailleurs le ſentiment de l'avocat eſt conforme à celui de M. d'Olive, dont l'autorité eſt ſuffiſamment connue. Diſons donc avec M. d'Argentré, qu'll y a peu de fondement à faire ſur les arrêts, *quare de ſultoria iſta & αλλοπροὶ αλλα judicatur quanti facienda ſunt res indicat, cum ſe ipſa ſubruunt, & cadens autoritas vim ſibi adfert, & de iiſdem non eadem judicantur. Siquidem in ipſis quoque Diis* (ut ait Seneca) *culpa arguitur mutanda feciſſe.*

M. du Clapié, conſeiller en la cour des aides de Provence, dans ſes centuries, cent. 56, propoſe deux queſtions.

La premiére, ſi la condamnation à mort par contumace donne ouverture au fidéicommis : il dit que cela fut ainſi jugé par un arrêt du 18 juin 1666.

La ſeconde, ſi après une ſemblable condamnation, les alienations faites par l'héritier grevé ſont valables juſqu'à concurrence de la Trébellianique qu'il avoit droit de prélever. Il ſoutient la négative, & dit que cela fut ainſi jugé par le même arrêt.

A l'égard de la troiſiéme queſtion, il faut tenir pour une maxime certaine au parlement de Paris, que la profeſſion religieuſe donne ouverture à la ſubſtitution, même au fidéicommis, fait ſous la condition *ſi ſine liberis deceſſerit.* cela a été ainſi jugé dans un procès du pays de Charles-Lieu en Lyonnois, où M. Bretonnier, auteur des obſervations, avoit écrit pour l'appellante, & M. Daramond pour l'intimé. Voici le factum que M. Bretonnier fit dans cette affaire : on y joindra l'arrêt qui fut rendu à ce ſujet.

Factum pour dame Marie de Bayle, veuve & héritiere teſtamentaire de René de Paſtural, écuyer, ſeigneur de Tronchy, lequel étoit donataire entre-vifs par ſon contrat de mariage, de François-André de Paſtural & de dame Claude Courtin ſes pere & mere, appellante d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée de Lyon le premier mars 1710, contre meſſire Victor-Amedée de la Fage, ſeigneur de Peronne & autres lieux, ayant droit par tranſport de dame Antoinette-Suſanne de Paſtural, ſon ayeule maternelle intimé.

L'appel eſt d'une ſentence rendue par forcluſion, qui déclare une prétendue ſubſtitution ouverte au profit du ſieur intimé & de ſon ayeule. Ainſi il s'agit d'une queſtion de ſubſtitution, qui en renferme pluſieurs autres qu'il eſt néceſſaire de diſtinguer & de propoſer ſéparément. Avant que de le faire, la cour eſt ſuppliée d'obſerver

par

BIU Cujas

par forme de préliminaire. 1°. Qu'il s'agit d'un procès du pays de droit écrit qui doit être décidé par les loix du droit civil. 2°. De faire attention à la nature de la substitution dont il s'agit, qui est très-singuliere; car il ne s'agit pas d'une substitution de meubles, ni d'immeubles, mais d'une substitution d'une simple action personnelle, procédante d'une somme de deniers.

Si la cour a la bonté de ne point perdre de vûe ces deux préliminaires, l'appellante a tout sujet d'espérer un jugement favorable.

RÉCIT DU FAIT.

Le 24 février 1629, messire René de Pastural, premier du nom, contracta mariage avec damoiselle Eléonore de Noblet, qui lui apporta en dot la somme de 10163 livres; le futur époux lui donna 600 livres de bagues & joyaux pour lui être propres, avec pouvoir d'en disposer à sa volonté.

De ce mariage sont nés deux enfans, François-André de Pastural, pere du mari de l'appellante, & Antoinette-Susanne de Pastural, ayeule de l'intimé.

Le 13 mai 1647, Eléonore de Noblet fit son testament, par lequel elle institua pour son héritier universel François-André de Pastural son fils, & en cas qu'il vînt à décéder sans enfans, elle lui substitua Antoinette-Susanne de Pastural sa fille, laquelle, outre cela, elle institua pour son héritiere particuliere en la somme de trois mille livres.

Le 28 janvier 1653, Antoinette-Susanne de Pastural fut mariée avec messire Antoine de Vaurion, seigneur de Montmerand. René de Pastural son pere lui constitua en dot la somme de 10000 livres, sçavoir, 3000 livres pour le legs à elle fait par sa mere, 1050 livres pour sa part du legs fait par ses ayeul & ayeule maternels, & 5950, livres de son chef; au moyen de quoi, Antoinette-Susanne de Pastural renonça à tous les droits qu'elle pouvoit prétendre dans les successions de ses pere & mere, *quod notandum.*

De ce mariage sont issus plusieurs enfans; mais il suffit de remarquer qu'une des filles a été mariée à messire de la Fage, dont est né le sieur intimé.

Le 12 juin 1657, François-André de Pastural épousa damoiselle Claudine Courtin: en faveur de ce mariage, René de Pastural son pere lui fit une donation universelle de tous ses biens, & le sieur Courtin constitua en dot à sa fille la somme de 12000 livres: le futur époux lui donna pour augment, bagues & joyaux la somme de 8000 livres. Il fut stipulé que si pendant le mariage il survenoit d'autres biens à la future épouse, l'époux lui en feroit augment jusqu'à la valeur du tiers.

Le sieur Courtin, par son testament du 21 septembre 1660, a légué à sa fille la somme de six mille livres, & par son codicile du 5 juillet 1661, celle de seize cent livres.

Du mariage de François-André de Pastural & de Claudine Courtin sont nés trois enfans; sçavoir, René, Jean & Marguerite. Jean est décédé à l'armée sans enfans, ainsi il n'en est pas question. Marguerite a fait profession de la vie religieuse au monastere des Ursulines de la ville de Montbrison: il lui a été constitué en dor 3000 liv. & 100 liv. de pension viagere; elle est encore vivante.

Le 11 janvier 1686, René de Pastural, second du nom, a épousé l'appellante: par leur contrat de mariage, François-André de Pastural & Claudine Courtin ses pere & mere, lui ont fait une donation universelle de tous leurs biens, sous certaines réserves qu'il seroit inutile d'expliquer, parce qu'il ne s'en agit pas. Le sieur Chapuy, lieutenant criminel de Montbrison, beau-frere & tuteur de l'appellante, lui constitua en dot trente-sept mille livres, l'augment fut de 8000 livres, & 2000 livres de bagues & joyaux.

Le 26 juin 1703, René second de Pastural est décédé sans enfans: par son testament il a institué l'appellante son héritiere universelle.

Le 16 septembre de la même année, l'appellante passa une transaction avec son beau-pere & sa belle-mere, par laquelle il fut stipulé que l'acceptation pure & simple qu'elle faisoit de la succession de son mari, ne pourroit l'empêcher d'exercer tous les droits à elle appartenans en vertu de son contrat de mariage.

Le 5 mars 1708, il y a eu une autre transaction, par laquelle les sieur & dame de Pastural ont consenti que tous les biens donnés par eux à leurs fils appartiennent à l'appellante, sans pouvoir par eux y rien prétendre, soit à titre de légitime, ou à cause du prédécès de leur fils, en se chargeant par elle de toutes les dettes & charges, & de l'événement de la substitution en question. Contre cette derniere clause

BIU Cujas

l'appellante a fait ſes proteſtations de combattre cette ſubſtitution, par tous les moyens de fait & de droit qu'elle aviſera bon être.

Le 3 Juin ſuivant, François-André de Paſtural eſt décedé; Claudine Courtin ſa femme eſt encore en vie & demeurante dans la maiſon de l'appellante qui la nourrit & l'entretient.

Le 3 ſeptembre 1709, dame Antoinette-Suſanne de Paſtural, qui eſt encore en vie, a fait un tranſport au ſieur intimé ſon petit-fils, de tous les droits qu'elle pouvoit prétendre en vertu de la ſubſtitution portée au teſtament d'Eléonore de Noblet ſa mere. Le lendemain, le ſieur intimé fit aſſigner l'appellante en la ſénéchauſſée de Lyon, pour voir déclarer ouverte cette prétendue ſubſtitution. Sur cette aſſignation, il a ſurpris par défaut la ſentence dont eſt appel.

Après ce récit ſincere & ſommaire du fait, il eſt bien aiſé de faire voir que la ſentence dont eſt appel n'eſt pas juridique.

Dans la forme, l'appellante n'eſt pas juſticiable en premiere inſtance du ſénéchal de Lyon, elle eſt domiciliée dans la châtellenie royale de Charlieu.

Au fonds, la ſubſtitution en queſtion n'exiſte plus au moyen de la renonciation d'Antoinette-Suſanne de Paſtural, par ſon contrat de mariage.

2°. La condition ſous laquelle elle avoit été faite, ſi François-André de Paſtural décédoit ſans enfans, n'eſt pas arrivée.

3°. Pour raiſon de cette ſubſtitution, Antoinette-Suſanne de Paſtural n'avoit qu'une ſimple action perſonnelle contre François-André de Paſtural ſon frere, laquelle eſt éteinte par ſa mort.

4°. Quand l'action ſeroit hypothécaire, elle ſeroit preſcrite par la longue poſſeſſion de René de Paſtural & de l'appellante.

5°. Cette action devient inutile; parce que les biens ne ſont pas ſuffiſans pour payer les repriſes des femmes & les dettes.

Voilà cinq queſtions importantes, qu'il faut examiner les unes après les autres.

Troiſiéme queſtion, concernant l'inexiſtence de la ſubſtitution.

Cette queſtion eſt fort ſommaire; elle dépend uniquement de la lecture du contrat de mariage d'Antoinette-Suſanne de Paſtural, par lequel René premier de Paſtural ſon pere lui a conſtitué en dot la ſomme de 3000 liv. pour le legs à elle fait par Eléonore de Noblet ſa mere, 1050 livres pour ſa part du legs fait par ſes ayeul & ayeule maternels, & 5950 livres de ſon chef, au moyen de quoi elle a renoncé à tous les droits qu'elle pouvoit prétendre dans la ſucceſſion de ſa mere, à quelque titre & pour quelque cauſe que ce puiſſe être : cette renonciation comprend ſans doute le droit de la ſubſtitution qu'Antoinette-Suſanne de Paſtural pouvoit avoir en vertu du teſtament de ſa mere.

1°. Sa renonciation eſt générale & indéfinie à tous les droits qu'elle peut avoir dans la ſucceſſion de ſa mere, à quelque titre & pour quelque cauſe que ce puiſſe être.

2°. Antoinette-Suſanne de Paſtural n'avoit que deux choſes à eſpérer dans la ſucceſſion de ſa mere, ſa légitime, & l'eſpérance de la ſubſtitution. Sa renonciation ne peut pas ſe borner à ſa légitime, puiſque cette légitime, qui étoit de trois mille livres, lui eſt conſtituée expreſſément; il faut donc que ſa renonciation s'étende à autre choſe: or, il n'y en avoit point d'autre que le droit de la ſubſtitution.

3°. La renonciation eſt faite au profit de René de Paſtural & de François-André de Paſtural ſon fils, lequel n'avoit point d'intérêt dans la renonciation de ſa ſœur, ſi ce n'eſt par rapport à la ſubſtitution portée par le teſtament de ſa mere au profit de ſa ſœur.

L'on dira peut-être que la renonciation d'Antoinette-Suſanne de Paſtural ne peut pas s'étendre à la ſubſtitution dont il s'agit, parce que le droit n'étoit pas encore échû, & qu'on ne peut pas renoncer à un droit qui n'eſt pas encore échû.

La réponſe eſt facile : tout le monde ſçait que les renonciations des filles, faites par des contrats de mariage, ne comprennent pas ſeulement les droits échûs, elles s'étendent auſſi aux droits non échûs; c'eſt pour cela même qu'elles ont été inventées. Ces ſortes de renonciations ſont extrêmement favorables, ſur-tout lorſqu'elles ſont faites en faveur des mâles, comme dans cette occaſion; en ce cas elles ſont indéfinies, elles ne reçoivent ni exception ni limitation.

BIU Cujas

Seconde queſtion, concernant la condition ſous laquelle la ſubſtitution étoit faite.

La teſtatrice, après avoir inſtitué ſon héritiere particuliere Antoinette-Suſanne de Paſtural ſa fille, & fait ſon héritier univerſel François-André de Paſtural ſon fils, elle lui ſubſtitue ſa ſœur en ces termes : *A condition que venant à mourir ſans enfans procréés en vrai & loyal mariage, elle lui ſubſtitue l'enfant mâle qu'elle aura lors de ſon décès, & à defaut d'enfant mâle, elle ſubſtitue ladite damoiſelle Antoinette Suſanne.* Suivant cette clauſe, Antoinette de Paſtural n'eſt appellée à la ſubſtitution qu'au cas que François-André de Paſtural ſon frere décede ſans enfans : or, le cas n'eſt pas arrivé par deux raiſons.

La premiere : François-André de Paſtural a eu un fils auquel il a fait une donation univerſelle de tous ſes biens en faveur du mariage; il a pu le faire, car une ſemblable condition, *ſi mon héritier décede ſans enfans*, n'empêche pas cet héritier de vendre & d'aliéner ſes biens, ni de les donner à ſon fils en faveur de mariage, au contraire l'on peut dire que telle a été l'intention du teſtateur; il a eu en vûe les enfans de ſon héritier, il a eu deſſein qu'ils ſe mariaſſent; & pour ſe marier honorablement, il a voulu que ſon héritier leur fît des donations en faveur de mariage, & que par cette voye, la condition, ſous laquelle il a ſubſtitué à ſon héritier, au cas qu'il décede ſans enfans, fût accomplie, *fideicommiſſi conditionem, conjecturâ pietatis, reſpondi defeciſſe quod minus dictum quam ſcriptum fuerat, inveniretur, Arg. leg. Cùm avus 120, de cond. & dem.*

La ſeconde : Marguerite de Paſtural a ſurvécu à ſon pere, ainſi la condition, s'il décede ſans enfans, n'eſt pas arrivée.

A cela, le ſieur intimé oppoſe, que cette fille étoit religieuſe profeſſe avant le décès de ſon pere, & qu'ainſi elle eſt réputée morte avant lui; parce qu'en France les religieux ne ſuccedent point, & que pour faire défaillir la condition, s'il décede ſans enfans, il faut que les enfans ſoient héritiers ou capables de l'être. Il ajoute que la cour a jugé que la profeſſion en religion donne ouverture à la ſubſtitution.

Pour trouver la ſolution à cette objection, il faut diſtinguer entre un fidéicommis, & la condition, *ſi ſine liberis deceſſit*; ce ſont deux choſes entiérement différentes, & qui ſe reglent par différens principes.

A l'égard du fidéicommis ou ſubſtitution faite en faveur des enfans de l'héritier inſtitué, il faut que ces enfans ſoient capables des effets civils; parce que le teſtateur eſt préſumé n'avoir voulu appeller à la ſucceſſion que des perſonnes capables de la recueillir & de la poſſéder.

Mais à l'égard de la condition, *ſi ſine liberis*, tous les enfans qui ſurvivent à leur pere, de quelque état & condition qu'ils ſoient, la font défaillir, parce que le teſtateur n'a eu en vûe que l'exiſtence des enfans : ainſi quoique les enfans ſoient morts civilement, ou nés d'un concubinage, ou d'un mariage illégitime, ou dans l'eſclavage, ils ſont capables d'accomplir cette condition. Pour abréger, l'on ſe contentera de rapporter un exemple de chaque eſpéce.

Dans la loi *filius familias 114*, § 13, le J. C. Marcien décide, que pour faire défaillir la condition, *ſi ſine liberis*, il ſuffit que les enfans ayent ſurvécu à leur pere, quoiqu'ils ne ſoient pas ſes héritiers, *cùm erit rogatus, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum reſtituere, conditio defeciſſe videbitur, ſi patri ſupervixerint liberi, nec quæritur an hæredes extiterint.*

Dans la loi *Lucius Titius 88*, § 12, le J. C. Scævola dit, que les enfans naturels & ceux nés dans l'eſclavage ſont compris ſous une ſemblable condition; *quia creditur appellatione filiorum, & naturales liberos, & in ſervitute ſuſceptos contineri.*

Le célébre Papinien, dans la loi *ex facto 17*, § 4, décide la même choſe à l'égard des enfans naturels; *ſi quis rogatus fuerit, ut ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem; Papinianus libro octavo reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere, ut deficiat conditio, & in libertino eodem colibertino hoc ſcripſit.*

Dans la loi *hæredibus 77*, § 1, le J. C. Scævola propoſe l'exemple des enfans nés d'un mariage contracté par une fille furieuſe, qui étoit chargée d'une ſemblable condition : il décide que quoique l'enfant né de ce mariage ne ſoit pas légitime, parce qu'une fille furieuſe ne peut pas ſe marier, néanmoins, par la ſurvivance de cet enfant, la condition eſt accomplie; *nam & ſi matrimonium cum furioſâ non fuit, tamen ſatisfactum eſt ejuſmodi conditioni.*

A l'égard des religieux, la queſtion ne pouvoit pas ſe préſenter du tems des juriſconſultes, parce que la Religion Chrétienne n'étoit pas encore établie. Du tems des

BIU Cujas

empereurs Chrétiens, cette queſtion n'étoit pas ſuſceptible de difficulté; parce que les religieux étoient capables des effets civils.

Nous n'avons point d'auteur parmi nous qui ait traité cette matiere que maître Jean-Marie Ricard, dans ſon traité des diſpoſitions conditionnelles, chap. 5, ſect. 5. Il diſtingue les enfans naturels des autres : il dit que parmi nous, à cauſe de la pureté de nos mœurs, les enfans naturels ne ſont pas capables de faire défaillir la condition, *ſi ſine liberis;* mais à l'égard des enfans morts civilement, par quelque voye que ce puiſſe être, il dit qu'ils font défaillir cette condition. Voici ſa concluſion dans le nombre 549 : *Tellement que ma concluſion eſt, que la conſidération que les enfans ne ſont pas héritiers de leur pere, ſoit qu'ils ſoient exclus par le fait de leur pere ou par le leur propre, ou bien même par leur mort civile, de quelque façon qu'elle arrive, ſoit qu'ils l'ayent encourue par la peine prononcée contr'eux, ou qu'ils s'y ſoient volontairement ſoumis par un motif de piété,* en faiſant vœu de religion, *ou autrement : qu'en tous ces cas indiſtinctement les enfans ne laiſſent pas de devoir être conſidérés pour faire défaillir la condition, ou pour lui donner effet, & que leur vie profite en cette occaſion perpétuellement à leur pere, juſqu'à ce qu'ils ſoient actuellement privés de la vie naturelle.* Il y a encore ſur cela une obſervation à faire; il a été conſtitué en dot à cette fille la ſomme de trois mille livres, & une penſion viagere de cent vingt-cinq livres par an, dont les biens en queſtion ſont chargés.

A l'égard de la queſtion, ſi la profeſſion religieuſe donne ouverture au fidéicommis, c'eſt une queſtion qui partage les auteurs & la juriſprudence des arrêts; mais il ſeroit inutile d'y entrer, parce que ce n'eſt pas l'eſpece dont il s'agit; & dans cette affaire il y a aſſez de queſtions, ſans y en appeller d'étrangere.

Troiſiéme queſtion, concernant le genre de la ſubſtitution dont il s'agit.

Ce ne n'eſt pas ici une ſubſtitution d'immeubles, ni de meubles, c'eſt une ſubſtitution d'action : il faut examiner de qu'elle nature eſt cette action.

Dans l'ancien droit, les légataires & les fidéicommiſſaires n'avoient qu'une ſimple action perſonnelle. Juſtinien, par la loi 1, *Cod. commun. de leg. & fideic.* leur a donné outre l'action perſonnelle, l'action hypothécaire; mais il a reſtraint cette action aux biens du teſtateur, & ne l'a point étendu ſur les biens de l'héritier, ainſi qu'il le dit expreſſément dans cette même loi, ſur la fin. *Hypothecam eſſe non ipſius hæredis vel alterius perſonæ quæ gravata eſt fideicommiſſo, rerum, ſed tantummodò earum quæ à teſtatore ad eum pervenerunt.*

Cette loi eſt trop juridique pour n'être pas ſuivie parmi nous. En effet, il eſt certain que les légataires & les fidéicommiſſaires n'ont point d'hypothéque ſur les biens de l'héritier, que les premiers n'ayent obtenu délivrance de leurs legs, & que les ſeconds n'ayent fait ordonner l'ouverture de la ſubſtitution, ainſi que la cour l'a jugé par un arrêt prononcé en robes rouges le 24 août 1725, rapporté par maître Ricard, dans ſon traité des donat. part. 2, chap. 1, ſect. 4, nomb. 31 & 32, où il établit cette maxime d'une maniere très-certaine. Il faut donc qu'il demeure pour conſtant, qu'en vertu de la ſubſtitution dont il s'agit, Antoinette-Suſanne de Paſtural n'avoit qu'une ſimple action perſonnelle contre François-André de Paſtural ſon frere, & que par la mort de ſon frere ſon action eſt éteinte.

L'on ne manquera pas de dire que toutes les actions que l'on pouvoit avoir contre François-André de Paſtural ont paſſé en la perſonne de René de Paſtural ſon fils, parce qu'il étoit ſon donataire univerſel, & qu'un donataire à titre univerſel repréſente le donateur, & eſt tenu de toutes les actions.

Il faut en cette occaſion diſtinguer la juriſprudence des pays de droit écrit d'avec celle des coutumes. Dans le droit, il n'y a que l'héritier ſeul qui repréſente la perſonne du défunt, tous les autres ne ſont que les ſucceſſeurs des biens, & non de la perſonne du défunt.

A l'égard des légataires, la queſtion eſt nettement décidée dans la loi derniere, au code, *de hæredit. act. Creditores hæreditarios adversùs legatarios non habere perſonalem actionem convenit; quippe cùm evidentiſſimè lex duodecim tabularum hæredes huic rei faciat obnoxios.*

A l'égard des donataires, la même choſe eſt décidée dans la loi 15, *Cod. de donat. æris alieni quod ex hæreditaria cauſâ venit, non ejus qui donationis titulo poſſidet, ſed totius juris ſucceſſoris onus eſt.*

On dira peut-être que ces loix ſont dans le cas des donations & des legs particuliers.

La réponſe eſt aiſée. 1°. Ces loix parlent en général, *& ubi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus.* 2°. La raiſon de ces loix eſt générale, *totius juris ſucceſſores;* or les

BIU Cujas

donataires & les légataires, quoique univerſels, *non ſunt juris ſucceſſores, ſed bonorum tantùm* 3°. Nous avons une loi qui décide la queſtion dans le cas même d'une donation univerſelle; c'eſt la loi *Mulier 72, dig. de jur. dot. Mulier bona ſua omnia dotem dedit, quæro an maritus quaſi hæres oneribus reſpondere cogatur. Paulus reſpondit, eum quidem qui tota ex repromiſſione dotis bona mulieris retinuit, à creditoribus conveniri non poſſe, ſed non plus eſſe in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt deducto ære alieno.* De ces derniers mots il ne faut pas conclure que ce mari, donataire univerſel, ſoit tenu des dettes de ſa femme, car cette conſéquence détruiroit le principe établi par le juriſconſulte, *non quaſi hæres oneribus reſpondere cogatur;* mais les dernieres paroles de la loi ſignifient que les biens compris en la donation ſont ſujets aux dettes hypothéquaires, antérieures à la donation, & en cela il n'y a aucune différence à faire entre les donataires à titre univerſel, & les donataires à titre particulier; les uns & les autres ſont tenus également des dettes hypothéquaires, antérieures à la donation, parce que l'hypothéque eſt réelle & ſuit la choſe.

Quatriéme queſtion, concernant la preſcription.

Quand, en vertu d'une ſemblable ſubſtitution, Antoinette-Suſanne de Paſtural auroit eu une hypothéque ſur les biens de François-André de Paſtural ſon frere, elle l'auroit perdue par la voye de la preſcription acquiſe depuis la donation qu'il a fait de ſes biens à ſon fils.

C'eſt une maxime certaine, que les donataires entre-vifs preſcrivent contre les hypothéques des créanciers du donateur par l'eſpace de dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; cela eſt nettement décidé dans la loi, *ſuper 11, Cod. de præſcript. long. temp. 10 vel 20 ann. ſuper longi temporis præſcriptione, quæ ex decem vel viginti annis introducitur perſpicuo jure ſancimus, ut ſive ex donatione, ſive ex alia cauſa lucrativa bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuiſſe probetur, adjecto tempore etiam prioris poſſeſſoris, memorata longi temporis exceptio ſine dubio ei competat, nec occaſione lucrativæ cauſæ repellatur.*

Enfin Juſtinien, dans la loi *ſi quis 8, Cod. de præſcript. 30 vel 40 ann.* compare les donataires avec les acheteurs pour ce qui eſt de la preſcription : *ſi quis emptionis, vel donationis vel alterius cujuſcumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos poſſederit, & longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes ſibi adquiſierit.*

Il faut répondre à trois objections que l'on peut faire ſur cela.

La premiere, que ces loix ne parlent pas d'un donataire univerſel.

La ſeconde, que les biens ſubſtitués ſont impreſcriptibles.

La troiſiéme, que la preſcription ne court point, quand l'action n'eſt pas ouverte.

A l'égard de la prémiere objection, il ſuffiroit de dire que la loi eſt générale, & qu'ainſi elle comprend toutes ſortes de donataires. Mais il y a plus : dès-lors que la loi confond les donataires avec les acheteurs, en matiere de preſctiption, elle comprend les donataires univerſels; car il eſt bien certain qu'un acheteur univerſel, qui a acheté tous les biens d'une perſonne, preſcrit les hypothéques des créanciers du vendeur par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; ainſi il faut dire la même choſe du donataire de tous les biens, & en effet dans la pratique & dans l'uſage cela eſt certain.

A l'égard de la ſeconde objection, il faut diſtinguer entre les choſes & les actions, *inter res & actiones.* A l'égard des premieres, la loi les déclare inaliénables, & par conſéquent, impreſcriptibles: *venditio ſic intelligenda eſt, quaſi nec ſcripta nec penitùs fuerit celebrata ut nec uſucapio, nec longi temporis præſcriptio contra legatarium, vel fideicommiſſarium procedat, l. 3, Cod. commun. de leg.*

Mais pour ce qui eſt des actions, la loi les ſoumet à la preſcription pendant la vie de l'héritier: *ſi temporalis actio in hereditate relicta fuerit, tempus quo hæres experiri ante reſtitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui res reſtituta fuerit, l. ſi hæres 70, § 2, ff. ad S. C. Trebell.* & cela ſe juge ainſi, ſuivant les arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 4, ch. 17; & par M. Cambolas, liv. 4, ch. 27,

A l'égard de la troiſiéme objection, qui conſiſte à dire que la preſcription n'a pu courir en cette occaſion, parce que l'action n'etoit pas encore ouverte, & que ſuivant la regle de droit, *contra non valentem agere, non currit præſcriptio.*

Cette regle eſt véritable, mais, comme toutes les autres, elle a ſes exceptions; elle en reçoit une à l'égard de la preſcription des actions dépendantes d'une ſubſtitution, à cauſe de la faveur de la libération. Enfin il ſuffit de dire que la loi l'a ainſi décidé, & que ſa diſpoſition a été confirmée par la juriſprudence des arrêts.

BIU Cujas

Cinquiéme question, concernant l'inutilité de la demande de l'intimé.

Les biens dont il s'agit sont chargés de plus de 20000 livres de dettes envers différens créanciers, & de 66133 livres pour les reprises de l'appellante, & de Claude Courtin sa belle-mere; & tous les biens, à les porter au plus haut prix, ne valent pas 50000 liv. l'appellante offre de les abandonner à l'intimé pour ce prix.

A l'égard des reprises de la dame Courtin, l'intimé prétend les borner à la somme de 12000 liv. pour sa dot, & 6000 pour son augment.

Il faut d'abord observer qu'il ne s'agit pas ici de biens substitués. François-André de Pastural possédoit tous ses biens librement; ainsi il a pu les affecter pour toutes les répriſes de sa femme; & René de Pastural son fils & son donataire a pu les affecter pareillement pour toutes les reprises de l'appellante sa femme.

Mais quand les biens en question seroient grévés de substitution, ils seroient bien & valablement hypothéqués pour les reprises des femmes, suivant la novelle 39 qui donne une hypothéque subsidiaire aux femmes, sur les biens substitués, pour leur dot, leur donation à cause de nôces, que l'on appelle *augment* dans les pays de droit écrit, & pour les autres gains nuptiaux, *nuptialium lucrorum exceptionem facimus;* ce qui comprend les bagues & joyaux.

A l'égard de la somme de 6000 liv. d'une part, & 1600 liv. d'autre part, légués à la dame Courtin par le testament de son pere, le sieur intimé prétend que ce sont des biens paraphernaux, qui ne se prennent point sur les biens substitués.

Pour toute réponse il n'y a qu'à lire la clause du contrat de mariage, où il est dit que s'il survient des biens à la future épouse, l'époux lui en fera l'augment jusqu'à la valeur du tiers, pour conclure que ces deux sommes sont partie de la dot & que l'augment en est dû.

A l'égard des reprises de l'appellante, elles consistent, 1°. en la somme de 7000 livres de deniers comptans, portés au contrat de mariage; en 8000 livres d'augment; 2000 livres de bagues & joyaux; 8000 livres payées depuis le mariage par le sieur Chapuy son tuteur; & 11000 livres pour le prix de deux domaines vendus

Le sieur intimé prétend que l'appellante n'a privilége sur les biens en question que pour les 7000 livres payées comptant, & pour 8000 livres d'augment; il conteste le privilége pour les trois autres sommes.

L'on répond d'abord que les biens en question ne sont point substitués; mais quand ils le seroient, l'appellante seroit bien fondée à reprendre toutes les sommes ci-dessus.

1°. A l'égard des bagues & joyaux, la novelle de Justinien leur donne le même privilége qu'à l'augment.

2°. A l'égard des 8000 livres payées depuis le mariage, il ne peut pas y avoir difficulté, puisque par le contrat de mariage il est stipulé que s'il n'y a pas de fonds suffisans dans le territoire de Roanne pour remplir la somme de 30000 livres, le sieur Chapuy payera ce qui s'en défaudra en argent. Il n'y a eu des fonds que pour 22000 livres, ainsi le sieur Chapuy a été obligé de payer 8000 livres en argent, ce qu'il a fait en vertu des transports faits par les sieur de Pastural pere & fils, au profit du sieur Dupuy.

3°. A l'égard de la somme de 11000 livres, pour le prix de l'aliénation de deux domaines, faisant partie de ceux donnés en dot à l'appellante par le sieur Chapuy son tuteur, l'intimé dit que c'est une aliénation volontaire, & que pour le remploi des aliénations volontaires, les femmes n'ont point de privilége sur les biens substitués.

Pour détruire cette objection, il n'y a qu'à lire le contrat de mariage, par lequel il est convenu que les héritages seront estimés : or le mari est le maître de la dot estimée, & il devient débiteur du prix envers sa femme, ainsi que cela est décidé dans la loi 5, cod. *de jur. dot. Quoties res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur.* La même chose est décidée dans la loi 10 du même titre, & dans la loi unique, *de rei uxor. act.* § 9, à la fin.

Enfin le sieur intimé dit, que faute par l'appellante d'avoir fait inventaire, l'on ne peut distinguer les biens libres d'avec les substitués.

L'on a déja dit plusieurs fois que les biens en question n'étoient point substitués, & qu'ainsi il n'a point été nécessaire de faire un inventaire pour les distinguer d'avec les biens libres.

D'ailleurs, jamais il n'a été dit, que faute par une femme d'avoir fait un inventaire, elle doive perdre ses conventions matrimoniales.

L'on n'a jamais dit non plus qu'un donataire, faute d'inventaire, fasse confusion de ses propres biens avec ceux du donateur : or le mari de l'appellante étoit donataire des biens de son pere; ainsi l'appellante, en qualité d'héritiere de son mari, doit être considérée comme un donataire qui ne fait point de confusion.

BfU Cujas

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre, au premier des huiſſiers de notre cour de parlement ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis: ſçavoir faiſons qu'entre damoiſelle Marie de Bayle, veuve & héritiere de René de Paſtural, chevalier, ſieur de Tronchy & autres places, lequel étoit fils & donataire de François de Paſtural, chevalier, ſieur deſdits lieux, appellante d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée de Lyon le premier mars 1710, d'une part; & Victor Amedée de la Faye, chevalier, ſieur de Vaux ſous Targe-lès-Peronne, & de la nobleſſe du Mâconnois, ayant droit par tranſport de dame Antoinette-Suſanne Paſtural ſon ayeule, veuve d'Antoine de Vacaiton, chevalier, ſieur de Buſſiere & Mommorand, intimé; & entre ladite de Bayle, demandereſſe en requête du 19 mars 1712, & ladite de la Faye, défendeur; & entre ladite Suſanne de Paſtural, intervenante & demandereſſe en requête du 6 avril 1712, & leſdits de la Faye & Bayle, défendeurs; & entre ladite de Bayle, demandereſſe en requête du 9 avril 1712; & leſdits de la Faye defendeurs, d'autre part. Vû par la cour la ſentence dont eſt appel, donnée en la ſénéchauſſée de Lyon le premier mars 1710, entre les parties, par laquelle la ſubſtitution faite par Eléonore de Noblet, dans ſon teſtament du 13 mai 1647, au profit d'Antoinette-Suſanne de Paſtural auroit été déclarée ouverte au profit d'Antoinette-Suſanne de Paſtural & dudit de la Faye, en qualité de ceſſionnaire de ladite de Paſtural, en conſéquence, ladite de Bayle condamnée à relâcher audit de la Faye les biens délaiſſés par ladite de Noblet, compris dans ladite ſubſtitution, avec reſtitution de fruits depuis le décès de François-André de Paſtural, juſques à la relaxation deſdits biens, condamne en outre aux dépens: arrêt d'appointé au conſeil du 10 ſeptembre 1711, cauſes & moyens d'appel de ladite de Bayle du 10 mars 1711, à ce qu'en émendant, ledit de la Faye fût débouté de ſa demande en ouverture de ſubſtitution & condamné aux dépens: réponſes à cauſe d'appel dudit de la Faye du 16 juin 1711: productions des parties, additions de réponſes à cauſes d'appel dudit de la Faye du 19 mars 1712, ſervant de contredits: requête dudit de la Faye du 11 février 1712, employée pour contredits: ſalvations de ladite de Bayle du 13 février 1712, ſervant de contredits: réponſes dudit de la Faye du 26 dudit mois de février: production nouvelle dudit de la Faye par requête du 12 février 1712: ſommation de contredire par ladite de Bayle: la requête en demande de ladite de Bayle du 19 mars 1712, à ce que la prétendue
4 ſubſtitution portée par le teſtament de ladite Eléonore de Noblet du 13 novembre 1647 fût déclarée nulle, attendu le défaut de la condition ſous laquelle elle avoit été faite, & le défaut de publication & d'enregiſtrement au ſiége royal du domicile de la teſtatrice, & encore au moyen de la preſcription acquiſe par ledit défunt René de Paſtural & par ladite de Bayle; & où la cour y feroit quelque difficulté, que les héritages délaiſſés par ledit François-André de Paſtural, compris dans la donation par lui faite audit René de Paſtural, ſon fils, fuſſent déclarés affectés & hypothéqués au payement des conventions matrimoniales de ladite de Bayle & de Claude Courtin, conſiſtans, ſçavoir, à l'égard de ladite Courtin, en la ſomme de douze mille livres à elle conſtituée en dot par ſon contrat de mariage avec ledit François-André de Paſtural du 12 juin 1657, d'une part, ſix mille livres pour l'augment, à elle données par ſondit contrat de mariage, deux mille livres pour ſes bagues & joyaux, auſſi à elle données par ledit contrat de mariage; plus la ſomme de ſix mille livres à elle léguée par teſtament de Jean Courtin ſon pere, par ſon teſtament du 12 ſeptembre 1660; plus la ſomme de ſeize cens livres à elle léguée par le codicile dudit Courtin ſon pere du 5 juillet 1661, & finalement de la ſomme de deux mille cent trente-huit livres ſix ſols trois deniers encore pour l'augment de dot deſdites deux dernieres ſommes, ainſi qu'il étoit porté audit contrat de mariage. Et à l'égard des repriſes de ladite de Bayle, conſiſtans en la ſomme de ſept mille livres, que ledit René de Paſtural ſon mari avoit reconnu avoir reçu comptant par leur contrat de mariage, d'une part, & la ſomme de onze mille livres pour le prix de deux domaines appartenans à ladite de Bayle, vendus par ledit René de Paſtural, au ſieur Courtin de Neubourg; plus de la ſomme de huit mille livres pour l'augment de la dot conſtituée à ladite de Bayle par ſon contrat de mariage, & finalement de la ſomme de deux mille livres pour ſes bagues & joyaux, auſſi à elle donnée par ſondit contrat de mariage, toutes leſdites ſommes, tant du chef de ladite de Bayle, que de ladite Courtin, revenant enſemble à celle de ſoixante-ſix mille cent trente-cinq livres ſix ſols huit deniers, & les conteſtans condamnés aux dépens, & qu'acte lui fût donné de l'emploi pour écritures & production ſur ladite demande, ſur laquelle requête auroit été mis ſur la demande, en droit & joint, & acte de l'emploi. Défenſes dudit de la Faye du premier avril 1712:

BIU Cujas

salvations de ladite Bayle du 7 avril 1712, & sommations de produire par ladite Bayle, production nouvelle de ladite Bayle, par requête du 7 avril 1712 : contredits dudit de la Faye du 8 mars 1712 : requête d'intervention & demande du 6 avril 1712 de ladite Susanne de Pastural, à ce qu'il lui fut donné acte de ce qu'elle revoquoit le transport par elle fait audit de la Faye, des droits à elle appartenans dans ladite substitution, qui s'étoit déclarée ouverte au profit de ladite de Pastural seulement, & non dudit de la Faye ; & les contestans condamnés aux dépens, & qu'acte lui fût donné de l'emploi pour écritures & production, & pour moyens d'intervention : arrêt du 8 avril 1712, par lequel ladite Susanne de Pastural avoit été reçue partie intervenante en l'instance, sauf à disjoindre s'il y écheoit, & acte à ladite de Pastural & auxdits de la Faye & de Bayle, de leur emploi pour moyens d'intervention : oppositions, écritures & production, joint les fins de non-recevoir : défenses au contraire : requête dudit de la Faye du 9 avril 1712, employée pour addition de fins de non-recevoir : sommation de contredire : Factum de ladite Bayle, signifié le 9 avril 1712 : la requête & demande de ladite de Bayle du 9 avril 1712, à ce qu'acte lui fût donné des offres par elle faites & qu'elle réiteroit, d'abandonner généralement tous les biens délaissés par ledit François-André de Pastural, & par lui donnés audit René de Pastural son fils, audit de la Faye, à la charge par lui de payer les dettes créées par ledit François-André de Pastural, ensemble les reprises que ladite de Bayle avoit à faire sur lesdits biens, tant de son chef, que du chef de ladite Courtin, & les contestans condamnés aux dépens ; & qu'acte lui fût donné de l'emploi pour écritures & production sur ladite demande, sur laquelle requête auroit été mis sur la demande en droit & joint, & acte de l'emploi pour y défendre, écrire & produire dans hui : Requête dudit de la Faye du 9 avril 1712, employée pour défenses, écritures & production ; tout joint & considéré : Notredite cour, faisant droit sur le tout, sans s'arrêter à l'intervention de ladite Susanne de Pastural, ni à sa demande, de laquelle elle l'a débouté, a mis & met l'appellation au néant, ordonne que ce dont a été appellé sortira effet, déboute ladite Marie Bayle de ses demandes, la condamne en l'amende de douze livres, & en tous les dépens de ladite Susanne de Pastural, aux dépens de son intervention. Si mandons mettre le présent arrêt à exécution, de ce faire donnons pouvoir. Donné au parlement le onze avril mil sept cent douze, & de notre regne le soixante-neuf. Par la chambre. *Signé*, LORNE. Collationné.

Par cet arrêt on a jugé plusieurs questions.

1°. Que la renonciation faite par une fille dans son contrat de mariage à tous les droits qu'elle peut prétendre dans la succession de sa mere décédée, à quelque titre & pour quelque cause que ce puisse être, ne comprend pas l'espérance du fidéicommis auquel elle est appellée par le testament de sa mere, au cas que son frere décede sans enfans.

2°. Que le donataire universel, qui n'a point fait d'inventaire, est tenu des actions personnelles du donateur.

3°. Que la prescription des actions que le substitué a sur les biens du grevé ne court point en faveur de son donataire universel, avant que le cas de la substitution soit arrivé.

4°. Que la femme du donataire universel ayant été par lui instituée héritiere, & ayant accepté la succession purement & simplement, ne peut prélever ses conventions matrimoniales, avant la dot de la mere du grevé qu'elle a substitué au profit de sa fille, au cas que son fils décede sans enfans.

5°. Que la survivance d'une fille religieuse ne fait pas défaillir la condition *si sine liberis decesserit ;* c'étoit la principale question. Le procès fut examiné de petits commissaires chez M. le premier président de Mesmes par messieurs Robert, de Vienne, Maingui & Dreux ; ils furent tous de même avis, & cela passa tout d'une voix à la chambre.

Jurisprudence du parlement de Dijon.

Au parlement de Dijon, l'on juge que la mort civile ne donne point ouverture à la substitution, ainsi que le remarque M. Collet, sur les statuts de Bresse, livre 5, page 203, col. 2, à la fin.

L'on juge aussi dans ce parlement que la profession de la vie religieuse ne fait point ouverture au fidéicommis. Cela a été ainsi jugé par deux arrêts ; le premier remarqué par M. Taisand, sur l'article 23 du titre 7 de la coutume de Bourgogne, note 1, est du 20 juin 1660 ; le second est du 5 mars 1676, & il est remarqué par M. Collet, sur les statuts de Bresse, pag. 204, col. 1.

DES

BIU Cujas

DES INTÉRÊTS DU PRIX D'UNE VENTE.

QUESTION CENT-CINQUANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Moyens pour établir que l'on peut ſtipuler des intérêts plus forts que ceux de l'ordonnance.*
2. *Moyens pour établir la négative.*
3. *Arrêt qui a réduit les intérêts au taux de l'ordonnance.*
4. *La ſtipulation d'intérêt dans une donation, doit être réduite* ad legitimum modum.
5. *Le teſtateur peut ordonner que les intérêts d'une ſomme par lui léguée, ſeront payés ſur un pied plus haut.*
6. *Arrêt du 29 décembre 1648, qui juge que le vendeur ne peut ſtipuler des intérêts plus forts.*
7. *Sentiment de Brodeau, contraire à l'arrêt.*
8. *Doctrine de du Moulin, conforme à l'arrêt.*
9. *Opinion de du Moulin, qu'un teſtateur peut ordonner qu'il ſera payé au légataire des intérêts plus hauts.*

QUESTION CLI.

Le vendeur ayant convenu que le prix lui ſera payé dans un certain tems, & que juſques à ce l'on lui payera certaine ſomme; ſi excédant le juſte intérêt, la convention eſt valable.

1 IL ſemble que cette convention ſoit valable, & que c'eſt une condition de la vente, qui autrement n'auroit pas été faite, au moins à ſi bon prix. Que *in traditione rei ſuæ quamlibet conditionem licet apponere, aliàs non contracturus.* Que ce n'eſt pas tant une peine du payement retardé, qu'une condition, ſuivant la loi ſeconde, *ff. de his quæ pœnæ cauſa;* plutôt un ſurcroit de prix, qu'un intérêt & revenu dudit prix. Qu'à toute rigueur, ce qui peut excéder le juſte intérêt, doit être pris pour une augmentation, & que c'eſt à cette conſidération que le vendeur s'eſt contenté de moins qu'il n'eût fait ſans cela. Enfin, que le contrat étant indiviſible, il le falloit prendre en ſon entier.

On peut dire au contraire, que cette convention n'eſt faite que *per modum uſuræ*, & que c'eſt une véritable ſtipulation de l'intérêt de l'argent. Que c'eſt une ſeconde convention ſéparée & détachée, en tant que le prix ayant été arrêté *& fide habita de pretio*, on a après convenu de l'intérêt d'icelui. Qu'on ne l'a pû ſtipuler plus grand que l'ordonnance ne permet, & partant qu'étant exceſſif, il eſt reductible.

Qu'en la loi premiere, § 3, *de pignorib.* ayant été convenu, *ut ad diem uſuris non ſolutis*, les fruits
2 ſeroient compenſés avec intérêts, le juriſconſulte ajoute, *fini legitimæ uſuræ*, pour montrer qu'on ne pouvoit excéder la regle. Qu'au même § il dit, que s'il a été convenu qu'au défaut de payer un moindre intérêt, on ſeroit tenu d'en payer un plus grand; cette convention n'eſt point illicite: mais il y met toûjours cette condition, que *uſuræ majores, ſed legitimæ promitti potuerunt.*

C'eſt pourquoi dans la loi premiere, *ff. de uſuris*, le juriſconſulte ayant approuvé la ſtipulation des intérêts, il y met cette limitation, *ita tamen, ut legem non offendat*, parce que par une regle générale, *privatorum pactis juri publico derogari non poteſt.*

Que c'eſt par cette raiſon que *in l. 3, §. ultimo ff. de annuis legat.* le teſtateur ayant legué une ſomme, & ordonné *quoad præſtetur, certum aliquid velut uſuras præſtari*, le juriſconſulte dit bien, que *legatum valet, ſed quatenus probabilem modum uſurarum non excedit.* Qu'on peut dire, que ce qui excédoit étoit plutôt un ſurcroît du legs, qu'un intérêt exceſſif, ainſi qu'on vouloit ſubtilement dire en l'eſpece propoſée.

Que comme ce qui eſt contre la loi & le droit public, ne peut être valable, *l. 112, ff. de legat.* on n'y peut contrevenir indirectement, & par des voies obliques, parce que c'eſt toujours retomber au même point, & de la ſomme qui eſt dûe, prendre un intérêt plus grand qu'on ne peut.

Qu'encore que Juſtinien au paragraphe dernier *inſtitut. de legatis*, approuve ce qui eſt laiſſé, *pœnæ nomine, vel in dando vel in adimendo*, c'eſt pourtant à condition que cela ne choque, ni les loix, ni les bonnes mœurs.

Il fût donc jugé par arrêt de la grand'chambre de l'après dîné, que cette convention devoit être réduite au juſte intérêt, contre le ſentiment & concluſions de monſieur l'avocat-général Talon. Lorſ-
3 qu'on avoit communiqué de la cauſe au parquet, monſieur Bignon n'avoit pas approuvé la convention, & ſon ſentiment étoit qu'elle devoit être réduite au légitime intérêt.

Un donateur ayant donné une ſomme par contrat de mariage; & en faveur d'icelui, & accordé de payer annuellement une ſomme certaine, c'eſt
4 plutôt un intérêt qu'une peine, & par conſéquent ſa promeſſe ne peut être obligatoire, que *ſecundùm legitimum modum uſurarum.*

Nous avions traité cette queſtion avant que de l'avoir vûe au journal des audiences.

Ludovicus à Pegnera, deciſione 145, agitat, an conventio facta quod durante termino ad ſolvendum detur certa quantitas ratione intereſſe, ſit uſuraria vel non.

BIU Cujas

Joannes Grivel, in deciſ. 149. *Senatus Dolani*, traite une queſtion plus approchante de la nôtre. Un teſtateur ayant légué à deux nieces, & à chacune mille livres, pour leur être payées quatre ans après leur mariage, avec cette clauſe : *Qu'en cas que ſon héritier ne les voudroit payer, le teſtateur vouloit qu'ils portaſſent arrérages au ſeur de ſix pour cent.* Il fut jugé que ce revenu n'étoit point uſure, ni le légat uſuraire, & l'héritier fut condamné à payer la ſomme & les intérêts depuis l'interpellation.

OBSERVATIONS.

L'Auteur fait ici mention d'un arrêt, par lequel il dit avoir été jugé en l'audience de la grand'chambre de relevée, contre les concluſions de M. Talon, que dans un contrat de vente, le vendeur ne peut pas ſtipuler, que faute par l'acheteur de payer le prix dans un certain tems, qu'il en payera l'intérêt à un plus haut prix que le taux de l'ordonnance.

Cette juriſprudence n'eſt pas certaine. Brodeau ſur l'article 94, de la coûtume de Paris, nomb. 6 dit, que pour le prix de la vente d'un héritage, ou d'un office vénal, l'on peut ſtipuler le denier ſeize ou autres ; parce que ce n'eſt pas tant un intérêt, qu'une paction & convention qui fait partie de la vente, qui autrement n'auroit pas été faite.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

☞ Dans la premiere obſervation il eſt dit, que la juriſprudence n'étoit pas bien certaine ſur la queſtion, ſi le vendeur d'un héritage ou d'un office, peut ſtipuler un intérêt plus fort que celui de l'ordonnance juſqu'à fin de payement ; depuis elle eſt devenue certaine par un arrêt rendu en la grand'chambre le 4 février 1716, ſur les concluſions de M. de Fleury, pour lors avocat général, à préſent très-digne procureur général, qui ſera ci-après rapporté.

L'arrêt cité par M. Henrys eſt du 29 décembre 1648, il eſt rapporté dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 5, chap. 38.

Il faut joindre à l'autorité de ces arrêts, celle de M. Charles du Moulin ; il traite la queſtion dans ſon traité des uſures, queſtion 74, nombre 502, il décide, que dans un contrat de vente, l'acheteur ne peut pas ſtipuler l'intérêt du prix plus haut que celui permis par les loix. *Sed nec venditori quidem qui tradidit, cui res & pretium & utriuſque uſus & commoditas abſunt, licitum eſt ab emptore, cui hæc abſunt, etiam dilatione datâ & pœnæ nomine, ſi ad diem ſolutum non ſit, ſtipulari ultrà legitimum modum uſurarum.*

M. Henrys à la fin de la queſtion, en propoſe une autre ; ſçavoir, ſi le teſtateur qui légue une ſomme à une de ſes niéces, payable dans un certain tems, peut ordonner qu'en attendant, il lui en ſera payé l'intérêt ſur un pied plus haut que celui de la loi, il cite Grivel, qui dit qu'il eſt jugé au ſénat de Dole, que cet intérêt eſt légitime. M. Charles du Moulin, au même endroit, queſt. 73, traite la queſtion à fond des intérêts teſtamentaires ; il décide qu'ils ſont légitimes à quelque tems qu'ils ſoient fixés, parce qu'ils font partie du legs. Dans le nombre 486, à la fin il propoſe des exemples. Celui d'un legs pour cauſe de dot, ou pour faire négoce. *Puta ſi legaverit mille pro dote, & quamdiu poſt tempus nuptiarum legatario differtur ſolutio ; centum, vel ſeſquicentum annua, vel ſi legatario ad onus requirens ſumptum, vel etiam admodum in favorem legatarii, ut ſi juveni induſtrio legaverit mille ad negotiandum, vel ad apothecam erigendam, vel ad ponendum in ſocietatem cum mercatoribus, & quamdiu differtur ſolutio, ſeſquicentum vel ducenta annua his caſibus & ſimilibus totum valet abſque modificatione.*

Arrêts notables pour les intérêts, du 4 février 1716, ſur la queſtion de ſçavoir, ſi dans la vente d'un office ou d'un autre immeuble, on peut ſtipuler les intérêts de tout, ou de partie du prix à un denier plus fort que celui de l'ordonnance, ſous prétexte que cette ſtipulation fait partie du contrat, ſans laquelle il n'eût été fait.

CEtte queſtion a autrefois paru difficile, maître Charles du Moulin l'a examinée fort amplement dans ſon traité *de uſuris*, & deux grands magiſtrats (1) ont été d'opinions différentes dans le cas de la vente d'un office, ſur lequel eſt intervenu l'arrêt du 26 décembre 1648, rapporté dans la premiere partie du journal des audiences, livre 5, nombre 38, par lequel il a été jugé contre les concluſions de M. Talon, que quelques clauſes qu'on puiſſe ajouter à la ſtipulation d'un intérêt plus fort que celui de l'ordonnance, la ſtipulation eſt toujours nulle.

(1) M. Bignon. M. Talon.

BIU Cujas

Mais après l'arrêt intervenu le 4 février 1716, conforme aux concluſions de M. Joly de Fleury, à préſent procureur général, & à l'arrêt de 1648, on croit qu'on ne peut plus douter de la maxime par rapport à la vente d'un office.

FAIT.

Le fait de ce dernier arrêt eſt que Jennetin de Semerio, propriétaire de deux offices de commiſſaire des guerres, en vendit un au ſieur Goret le 11 février 1700.

Le prix du contrat fut de 55000 livres, dont 10000 livres devoient être payées comptant, 5000 livres dans le tems porté par le contrat, & les 40000 livres reſtans dix ans après, pendant lequel tems il ſeroit payé au ſieur Semerio 3000 livres par chacun an, *par forme d'intérêts des 40,000 livres*. Il eſt dit que cette clauſe fait partie de la convention & du prix du contrat, ſans lequel il n'auroit pas été fait. Il y a une délégation des appointemens de l'office juſqu'à concurrence des 3000 livres par an, & il eſt dit que cette délégation n'empêchera pas le vendeur, à défaut de payement, de ſe pourvoir ſur les autres biens de l'acquéreur pour le payement *deſdits 3000 livres d'intérêts*.

Le ſieur Goret ayant payé la plus grande partie du prix principal, a prétendu que les 1000 livres par an touchées par le vendeur au-de-là des 2000 livres, qui font, ſuivant l'ordonnance, l'intérêt des 40000 livres, devoient être imputées ſur le principal; & ayant formé ſa demande aux requêtes de l'hôtel à l'ordinaire, où Semerio avoit pourſuivi la ſaiſie réelle de l'office du ſieur Goret, il obtint ſentence le 19 juillet 1708, & une autre le 26 mai 1713, qui lui adjugent ſes concluſions.

Le ſieur Semerio ayant formé oppoſition, prétendit que la cauſe devoit être portée au ſouverain, & l'ayant fait juger ainſi, intervint ſur les concluſions de meſſieurs les gens du roi le 29 août 1713, arrêt contradictoire, par lequel la clauſe du contrat en queſtion, portant ſtipulation des 3000 livres par an pour l'intérêt des 40000 livres a été déclarée uſuraire, & l'imputation ordonnée ſur le principal de ce qui aura été reçu au-de-là de 2000 livres par an.

Le ſieur Semerio qui avoit fait renvoyer l'affaire au ſouverain, ſur l'oppoſition par lui formée à la ſentence, & ſur laquelle il avoit été prononcé par l'arrêt, ne laiſſa pas de porter au parlement l'appel de la ſentence rendue aux requêtes de l'hôtel, qui jugeoit la même choſe que l'arrêt contradictoire du 29 août; & s'étant trouvé qu'il n'y avoit pas eu lieu de procéder aux requêtes de l'hôtel au ſouverain, parce que l'appel de la ſentence par défaut du 19 juillet 1708, avoit été porté au parlement par Semerio, avant qu'il eut traduit le ſieur Goret au ſouverain des requêtes de l'hôtel, intervint arrêt qui ordonna que les parties procéderoient en l'appel des ſentences: Et enſuite l'arrêt ſuivant, conforme à celui des requêtes de l'hôtel du 29 août 1713.

Arrêt de la grand'chambre, du 4 février 1716.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre: Au premier notre huiſſier du parlement, ou autre ſergent ſur ce requis. Savoir faiſons, qu'entre Jennetin de Semerio, gentilhomme Génois, appellant de deux ſentences des requêtes de notre hôtel des 19 juillet 1708, & 26 mai 1713, & demandeur en requête du 9 février 1714, tendante à ce qu'il fût ordonné que les arrêts de notre cour de parlement des 26 juillet, 11 août 1708, & 7 ſeptembre 1713, ſeroient exécutés, ce faiſant, que ſur l'appel de la ſentence du 26 mai 1713, les parties procéderont en notredite cour en la maniere accoutuméé, & en conſéquence, déclarer toute la procédure & les jugemens des requêtes de notre hôtel des 29 août dernier & autres jours, & ce qui a été fait en conſéquence nul, comme n'ayant pu être fait ni rendu au préjudice de la demande en imputation introduite aux requêtes de notre hôtel à l'ordinaire, par leſdites requêtes des 15 juillet 1705, & 13 mai 1713, avec dépens, d'une part; & Hierôme Goret, notre conſeiller, commiſſaire ordinaire des guerres, & dame Anne-Marguerite Courten ſon épouſe, intimés, défendeurs d'autre; & encore entre leſdits ſieur & dame Goret, demandeurs en requête du 4 du préſent mois de février, tendante à ce qu'en venant par les parties plaider la cauſe qui eſt la premiere au rôle des mardis & vendredis de relevée d'après la Chandeleur, en confirmant la ſentence du 16 juillet 1708, dont ledit Semerio eſt appellant, ledit de Semerio fût déclaré non-recevable dans ſa requête du 19 février 1714, à fin de nullité des procédures & jugemens intervenus au ſouverain des requêtes de notre hôtel, attendu que c'eſt par ſon fait que les parties ont procédé au ſouverain deſdites requêtes de notre hôtel, & qu'il fût condamné aux dépens; & où notredite cour feroit difficulté de le déclarer non-recevable, & le débouter de ladite requête, le condamner en tout cas aux dé-

BIU Cujas

pens desdites poursuites & procédures faites par lesdits demandeurs ausdites requêtes de notre hôtel, même dans les cas où lesdites procédures seroient déclarées nulles, aux dommages & intérêts des demandeurs, & aux dépens, d'une part: & ledit sieur de Semerio défendeur d'autre; & encore entre ledit de Semerio demandeur en requête du 3 dudit présent mois, tendante à ce qu'en venant par les parties plaider sur les appellations respectives des requêtes de notre hôtel, & de ce qui a suivi, ensemble sur les demandes formées par le demandeur, enthériner les lettres de rescision obtenues par ledit demandeur en notre chancellerie le premier du présent mois en conséquence, en remettant les parties en tel & semblable état qu'elles étoient auparavant le contrat du 21 février 1700, en tant que touche l'appel interjetté par lesdits sieur & dame Goret, portant qu'il donneroit sa procuration *ad resignandum*, mettre l'appellation au néant, ordonner que ce dont est appel sortira son plein & entier effet, les condamner en l'amende & aux dépens; faisant droit sur les appellations du demandeur des sentences des requêtes de notre hôtel, comdamner lesdits sieur & dame Goret de rendre compte au demandeur des revenus de la charge, ensemble des sommes à lui dûes, suivant les actes du premier & 21 mai 1700, même à lui payer les sommes à lui adjugées pour dommages intérêts, par les arrêts des requêtes de notre hôtel, rendu en 1704, & 1709, lesquels seront exécutés selon leur forme & teneur, aux offres que fait le demandeur de leur précompter ce qui se trouveroit avoir été par lui reçu, & soixante livres par mois pour l'exercice dudit Goret, conformément à l'arrêt de notre grand conseil du 3 août 1700, rendu entre Etienne Mullard, chargé par nous du recouvrement de la finance des offices, & Jean Martin, sieur de la Coûture, & les comdamner en tous les dépens, tant des causes principales que d'appel, que de la présente demande, sans préjudice des autres droits, actions & prétentions que ledit demandeur se réserve contre lesdits sieur & dame Goret, & pour lesquels il se pourvoira quant & comme il avisera bon être, d'une part; & lesdits sieur & dame Goret défendeurs d'autre: Après que Chastelain avocat de Semerio, & de Lombreuil avocat de Goret & sa femme ont été ouis pendant une audience, & Joly pour notre procureur général. Notredite cour, sans avoir égard aux lettres de rescision prises par la partie de Chastelain dont elle l'a débouté, faisant droit sur sa requête, déclare la procédure faite aux requêtes de notre hôtel nulle, au principal, a mis & met les appellations au néant, ordonne que les sentences dont est appel sortiront effet, condamne l'appellant ès amendes de douze livres, & en tous les dépens. Si te mandons mettre le présent arrêt à exécution, de ce faire te donnons pouvoir. Donné en parlement le quatriéme février, l'an de grace mil sept cent seize, & de notre régne le premier. Collationné, CHAPOTIN. *Signé*, LORNE.

La jurisprudence de la cour a toujours été de rejetter ces sortes de stipulations d'intérêts au-delà du denier fixé par l'ordonnance, même dans le cas de ventes des héritages, dès le moment que le prix est fixé, & son exactitude a été jusqu'à les déclarer nulles, même dans le cas d'un bail à rente.

L'arrêt suivant rendu en forme de réglement le 11 décembre 1638, en est une preuve certaine.

F A I T.

L'espéce de cet arrêt est que le 25 mars 1619, Pierre Ango & Marie Abadon sa femme, firent bail à rente à Louis Abadon de quelques maisons & héritages sis à Rosny & aux environs, moyennant 150 livres, rachetable néanmoins de 1500 livres.

Cette rente avoit été cédée par Ango & sa femme à Jean Dupuy, à qui le débiteur en avoit passé titre nouvel & reconnoissance. Dupuy poursuivit les héritages d'Abadon, débiteur, devant le bailly de Mantes; & les héritiers d'Abadon ayant formé des demandes en sommation, sentence intervint qui ordonna l'exécution du contrat de bail à rente, & de la cession qui en avoit été faite à Dupuy. Sur l'appel, les héritiers de Louis Abadon prirent, en tant que besoin seroit, des lettres contre le bail & tous les actes approbatifs, sur quoi intervint sur les conclusions de M. le procureur général l'arrêt suivant en forme de réglement, qui fait même des défenses aux notaires de passer de pareils contrats.

Extrait des registres du parlement.

ENTRE Amand & Pierre Ango, enfans & héritiers & de Pierre Ango & Marie Abadon, appellans d'une sentence donnée par le bailli de Mantes ou son lieutenant, le 22 janvier 1631, & demandeur selon la clause de rescision apposée ès lettres de relief d'appel du 18 février 1633, d'une part, & Jean Dupuy, commissaire or-

BIU Cujas

dinaire de l'artillerie, demeurant à Roſny, intimé & défendeur d'autre; & entre ledit Dupuy demandeur en ſommation ſuivant la requête du 26 avril 1655, contre Jacques Freté le jeune, marchand à Roſny, défendeur: Vu par la cour ladite ſentence entre Jean Dupré & ſa femme, Mathurin Deſchamps, tuteur des enfans de défunte Marie Abadon ſa femme, Pierre Abadon & autres héritiers de Louis Abadon, demandeurs & ſaiſiſſans d'une part, & ledit Amant Ango, fils & héritier & biens tenant deſdits Pierre Ango & Marie Abadon, défendeurs & oppoſans d'autre, par laquelle ſans avoir égard à l'oppoſition dudit Amand Ango, les commandemens à lui faits de ſatisfaire à la ſentence dudit bailli de Mantes du 28 juillet 1627, déclarée exécutoire contre ledit Amand Ango, portant entr'autres choſes comdamnation contre leſdits défunts Pierre Ango & Marie Abadon ſes pere & mere, d'acquitter & garantir leſdits Dupré & conſors des arrérages échus & à échoir de la rente de 150 livres par an dûe audit Dupuy, & faire enſorte que pour raiſon d'icelle leſdits Dupré & conſors ne ſoient recherchés, même racheter ladite rente ou les en faire valablement décharger, ſinon quitter auſdits Dupré & conſors, les maiſons, lieux & héritages mentionnés au contrat de création de ladite rente, auroient été déclarés bons & valables; ordonné que ledit Amand Ango ſeroit tenu de ſatisfaire auxdits commandemens, & ce faiſant payer & acquitter les arrérages de ladite rente & en rapporter acquit & décharge auxdits Dupré & conſors dans un mois, autrement & à faute de ce faire, ſeroient les biens ſaiſis vendus, & autres s'ils ne ſuffiſoient, & à la repréſentation les gardiens contraints comme dépoſitaires des biens de la juſtice, condamné outre faire le rachat de ladite rente, moitié au jour de S. Martin d'hyver de ladite année 1631, & l'autre moitié au jour S. Martin enſuivant, & du tout en rapporter acquit & décharge auxdits Dupré & conſorts, & condamné ès dommages & intérêts, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers en la ſucceſſion dudit Pierre Ango ſon pere; leſdites lettres de reſciſion contre le contrat de création de ladite rente & tranſport d'icelle, comme étant uſuraires, & contre les autres actes faits en conſéquence pour colorer l'uſure; défenſes dudit Dupuy, &c. Concluſions du procureur général du roi; tout conſidéré: Il ſera dit que la cour a mis & met l'appellation, & ce dont a été appellé au néant, & en émandant, ayant égard auſdites lettres, déclare le contrat de bail à rente des héritages y mentionnés pour cent cinquante livres par an, rachetable de la ſomme de quinze cens livres, fait pardevant Lorion notaire, par Pierre Ango & Marie Abadon ſa femme à Louis Abadon le 25 mars 1619, le tranſport dudit bail à rente fait par leſdits Ango & ſa femme à Jacques Freté pour & des deniers de Jean Dupuy, & la nouvelle reconnoiſſance de ladite rente faite par ledit Louis Abadon au profit dudit Dupuy, du 29 mai audit an 1619, vicieux & uſuraire; ordonne que les ſommes payées pour les arrérages de ladite rente excédant l'intérêt légitime au denier ſeize de ladite ſomme de quinze cens livres, ſeront imputées ſur le principal de ladite rente; condamne ledit Dupuy ès dépens envers leſdits Ango; & ſur ladite ſommation, condamne ledit Jacques Freté acquitter ledit Dupuy deſdits dépens, & ès dépens de ladite ſommation, ſans autres dépens, ni dommages intérêts: Et faiſant droit ſur les concluſions du procureur général, condamne ledit Jacques Freté aumôner au pain des pauvres priſonniers de la Conciergerie du palais, la ſomme de cent livres, & lui fait défenſes & audit Dupuis & tous autres de plus faire & paſſer tels contrats, ſous telles peines que de raiſon; ordonne que le préſent arrêt ſera regiſtré au greffe du bailliage de Mantes, à ce qu'aucun du reſſort dudit bailliage, n'en prétendît cauſe d'ignorance. Fait en parlement le 11 décembre mil ſix cent trente huit. Collationné. *Signé*, Guyhou, avec paraphe.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

QUESTION CENT-CINQUANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Par le droit du digeſte, il ſuffiſoit pour rendre l'obligation ſolidaire, qu'il ne fût pas déclaré que chacun s'obligeoit pour ſa part.*
2. *Par le droit du code, il n'y avoit rien de certain.*
3. *Par le droit des novelles, il faut que la ſolidité ſoit exprimée.*

BIU Cujas

4. *Deux arrêts dans M. Bouguier, par leſquels il a été jugé que le mot* conjointement, *ſuffit pour rendre une obligation ſolidaire.*
5. *Sujet de la conteſtation ſur laquelle l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
6. *Arrêt du 8 février 1642, qui juge que le mot* ſolidairement *ſuffit, ſans qu'il ſoit beſoin de faire mention de la renonciation au bénéfice de diviſion & diſcuſſion.*
7. *Des conditions requiſes pour la validité d'une obligation ſolidaire.*
8. *Invective de M. Paſquier, contre ceux qui ſoutiennent que la renonciation aux bénéfices de diviſion & diſcuſſion, eſt néceſſaire.*
9. *Arrêt du parlement de Toulouſe, du 16 mai 1652, qui a jugé que la renonciation aux bénéfices de diviſion & diſcuſſion, n'eſt pas néceſſaire.*
10. *Sujet de la conteſtation, qui a donné lieu à l'arrêt qui ſuit.*
11. *Arrêt du 18 mai 1706, qui juge que le porteur d'une lettre de change peut agir ſolidairement contre le tireur & les endoſſeurs.*

QUESTION CLII.

S'il eſt néceſſaire que ceux qui s'obligent conjointement & ſolidairement, renoncent au bénéfice de diviſion & de ſucceſſion.

1 PAr la diſpoſition de notre droit aux digeſtes, deux ou trois s'étant obligés ſolidairement, & ayant promis de payer la ſomme, ils étoient cenſés obligés *in ſolidum*, & il ſuffiſoit qu'il n'eût pas été exprimé & convenu que chacun s'obligeoit pour ſa part. C'eſt ainſi que le juriſconſulte le décide *in l. cum duo, & in l. 9 & 11, ff. de duobus reis conſtituend.* & après eux Juſtinien, *in §. ex hujuſmodi obligation. inſtitutionib. de duobus reis*, où il dit qu'en ſemblables obligations, *ſolidum ſingulis debetur, & ſinguli in ſolidum tenentur.*

2 Quant au droit introduit par le Code, il ſemble aſſez incertain; car en la loi premiere *C. de duobus reis ſtipulando*, il eſt dit, *ſi conventionem in ſolidum inierint, actio in ſolidum competit.* Cette loi ſemble donc deſirer une convention préciſe pour rendre l'obligation ſolidaire. En la loi 3 les Empereurs diſent pareillement à ceux qui leur avoient préſenté requête ſur ce ſujet, qu'ils avoient dû exprimer, *utrum in partem, an in ſolidum obligati eſſent.* Et néanmoins en la loi ſeconde du même titre, les mêmes Empereurs ſuppoſent que le créancier *in correis debendi poteſt exigere debitum à quo velit.*

3 Quoi qu'il en ſoit, cela a été corrigé par la novelle 99, de laquelle a été tiré l'Authentique *hoc ita*, que *Irnerius* a inſérée au titre du Code *de duobus reis*, immédiatement après la loi ſeconde, pour en établir la correction. Cette Authentique veut donc, que l'obligation porte, que ceux qui s'obligent, s'obligent ſolidairement, & que cela ait été ainſi convenu. *Si pactum fuerit ſpecialiter unumquemque teneri in ſolidum, ſin autem non convenerit ſpecialiter, ex æquo ſuſtinebunt onus.*

4 Et néanmoins monſieur Bouguier, en la lettre O, nomb. 3, rapporte deux arrêts, par leſquels a été jugé que l'obligation contractée par deux ou trois qui s'obligent conjointement, ou au payement d'une ſomme, ou à un bail judiciaire, eſt ſolidaire, s'ils n'ont dit expreſſément par moitié, ou tiers. De ſorte que ces mots, *ſolidairement un ſeul, & pour le tout*, ſemblent ſuperflus, auſſi-bien que la renonciation au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion introduit par les Novelles 4 & 99.

Certes il faut avouer que cette juriſprudence eſt nouvelle, & que par elle on rétablit le droit ancien, mais pourtant qu'elle eſt équitable. Car deux ou trois s'obligeant conjointement, ſans déclarer que c'eſt pour leur part & ratte, ils doivent s'imputer à faute de ne s'être expliqués plus clairement, & leur obligation étant conjointe & confuſe, il y a plus d'apparence que ce ſoit chacun pour le tout, que par leurs portions diſtinctes; & c'eſt le motif & le fondement qu'on peut donner aux arrêts dudit ſieur Bouguier.

Mais l'arrêt que nous avons inſéré dans le liv. 4, chap. 26, eſt contraire, ayant été jugé par icelui, qu'une promeſſe de deux marchands, faite pour vente de marchandiſe, n'étoit point ſolidaire, & que chacun n'en devoit que ſa part. Quoiqu'il y eût plus d'apparence, & ſujet de croire, qu'en cet achat ils avoient agi comme aſſociés. Et ne faut pas faire diſtinction entre une promeſſe & obligation, pour ce qui regarde la diviſion ou la ſolidité de la dette, l'obligation n'eſt pas plus conſidérable qu'une promeſſe.

Quoi qu'il en ſoit, la queſtion a été diſputée en 5
plus forts termes, les ſieurs Chalon & Beraud, échevins de cette ville, & autres avec eux, s'étant obligés au ſieur Enquêteur Geroffier, à la ſomme de mille & tant de livres, par une premiere obligation, & par une ſeconde, à une autre moindre ſomme, & l'une & l'autre obligation portant ſeulement que les dénommés en icelles s'obligeoient ſolidairement à payer leſdites ſommes. On a ſoutenu que ce mot *ſolidairement* ne ſuffiſoit point, & que quand il pourroit relever du bénéfice de diviſion, il ne diſpenſeroit pas de la diſcuſſion. Par conſéquent, que ſi l'on pouvoit agir contre un ſeul pour toute la dette, ce ne ſeroit toujours qu'après diſcuſſion des autres coobligés pour leurs portions contingentes. Bref, que l'uſage étoit de s'obliger un ſeul & pour le tout, & de renoncer au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion.

On ſoutenoit au contraire, que le mot *ſolidairement* emportoit, & qu'en effet nos loix n'employoient que ces mots, *in ſolidum*, pour diſtinguer le débiteur du tout d'avec le débiteur de partie. Que ſi les notaires ajoutent, *un ſeul d'eux, & pour le tout, ſans diviſion ni diſcuſſion*, c'eſt parce que, *ſuperflua non nocent*, & qu'une précaution plus grande n'eſt point vicieuſe.

Par ſentence de ce bailliage du 9 août 1640, il a été permis de contraindre les débiteurs ſoli-

BIU Cujas

dairement, & y ayant eu appel, la ſentence a été confirmée par arrêt.

Extrait des regiſtres du parlement.

6 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, SALUT : Sçavoir faiſons, que comme de la ſentence donnée par notre bailli de Forêt, ou ſon lieutenant à Monbriſon, le 9 août 1640, entre maître Antoine Geroſſier, enquêteur & commiſſaire examinateur au bailliage de Forêt, ci-devant tuteur des enfans héritiers de maître Jacques Daudieu, avocat audit bailliage, & damoiſelle Marguerite Colombet, ſa veuve, ayant repris l'inſtance en ſon lieu, demandeur, d'une part : Et maître Hugues Chalon, procureur audit bailliage, & damoiſelle Antoinette Duchier, veuve de maître Pierre Beraud, avocat audit bailliage, mere & tutrice de leurs enfans, défendeurs, d'autre : &c. Vu ledit procès, griefs, réponſes, forcluſions de fournir, moyens de nullités, &c. NOTREDITE COUR, par ſon jugement & arrêt, faiſant droit ſur le procès par écrit, a mis & met l'appellation au néant, ſans amende : ordonne que la ſentence de laquelle a été appellé, ſortira effet, ſans dépens de la cauſe d'appel : & ſur ladite inſtance de ſommation, condamne leſdits Girard, Henry, Chirat, François Daudieu, & Chaſſain, acquitter leſdits Chalon, & Duchier, chacun pour leur part & portion deſdites ſommes de huit cent vingt-cinq livres d'une part, & deux cens ſix livres cinq ſols d'autre, & des intérêts, & ès dépens de ladite inſtance de ſommation : ordonne qu'à la diligence dudit Duchier, dans un mois notredit bailli ſera contraint de rendre dix écus des épices par lui priſes audit procès, autrement & ledit tems paſſé, exécutoire en ſera délivré au receveur des amendes de notredite cour, la taxe des dépens adjugés, à elle réſervée. Si donnons en mandement, & commettons au premier des huiſſiers de notredite cour de parlement; ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, à la requête deſdits Duchier & Chalon, le préſent arrêt mettre à deue & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur. De ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre Parlement, le huitiéme jour de février, l'an de grace mil ſix cent quarante-deux, & de notre regne le trente-deuxiéme. *Signé*, du Tillet.

OBSERVATIONS.

Des conditions requiſes pour la validité d'une obligation ſolidaire.

L'Auteur examine ici les conditions néceſſaires pour rendre une obligation ſolidaire. Il traite bien la queſtion dans le droit, mais il s'égare dans les arrêts; il s'embarraſſe au 7
ſujet des arrêts rapportés par M. Bouguier, qui ont jugé qu'une obligation faite par pluſieurs débiteurs conjointement, étoit ſolidaire. Il y a peu de fond à faire ſur les arrêts rapportés par cet auteur; d'ailleurs il faut toujours ſe tenir aux principes.

Il eſt certain que pour rendre une obligation ſolidaire, il faut que les coobligés ſe ſoient obligés *in ſolidum;* le mot *conjointement* n'eſt pas ſuffiſant : il n'eſt pas néceſſaire auſſi, que ces mots *un ſeul pour le tout, ſans diviſion ni diſcuſſion, renonçant aux bénéfices de diviſion & de diſcuſſion*, y ſoient inſérés. Les notaires ne manquent pourtant jamais de le faire. C'eſt à préſent une clauſe de ſtyle, & par conſéquent ſi elle ſe trouvoit omiſe, il faudroit la ſuppléer.

M Paſquier, dans ſes recherches, livre 9, ch. 41, ſe met en colere contre ceux qui 8
ſoutiennent, qu'il eſt néceſſaire d'inſérer cette clauſe dans les contrats; il dit que cette opinion n'a d'autre fondement, qu'une ignorance ſourde & ſupine.

M. Catelan, tom. 2, liv. 6, ch. 20, fait mention d'un arrêt du parlement de Touloufe rendu le 16 mai 1652, par lequel il a été jugé, que la caution ſolidaire ſans diviſion ni diſcuſſion, peut être convenue ſolidairement, quoiqu'elle n'ait pas renoncé expreſſément au bénéfice de diviſion & diſcuſſion.

Il y a une exception à la régle ci-deſſus établie : à l'égard des promeſſes & obligations paſſées par pluſieurs marchands conjointement, elles ſont ſolidaires, quoique cela ne ſoit point exprimé, comme je l'ai obſervé dans le liv. 4, queſt. 26.

Depuis peu il a été jugé une queſtion en la grand'chambre au rapport de M. l'Eſca- 9
lopier, qui a du rapport à celle-ci. Il s'agiſſoit de ſavoir, ſi le porteur de lettres ou billets de change, qui avoit pour obligé le tireur, l'endoſſeur & l'acceptant, qui tous trois avoient fait faillite, étoit obligé d'opter l'un des trois; & ſi ayant reçu de l'un le tiers de ſon dû, aux termes du contrat que ce débiteur avoit fait avec ſes créanciers, il devoit lui remettre les lettres de change comme acquittées, ou s'il pouvoit les retenir pour agir contre les deux autres débiteurs.

Cette queſtion avant l'arrêt qui l'a décidée, étoit problématique. Le ſieur Savary, dans ſes pareres, ſoutient fortement que le porteur de la lettre de change doit opter, que par ſon option il perd le privilége de la ſolidité, & qu'il eſt obligé de rendre la lettre de change au tireur dont il a reçu le tiers; parce qu'autrement agiſſant contre les deux autres, il leur donneroit occaſion de revenir contre le tireur, & par ce moyen l'on dérogeroit au contrat d'union qui a reçu le failli à payer le tiers, ce qui feroit un grand préjudice au commerce. M. Dupuis, dans ſon traité de l'art des lettres de change, ch. 16, ſou-

BIU Cujas

tient au contraire, que le porteur de la lettre de change, en recevant le tiers du tireur ou de l'endoſſeur, ne déroge point à l'action ſolidaire qu'il a contre tous les autres : il appuie ſon ſentiment ſur une conſultation de Meſſieurs de Fourcroy, Chupé & Perrin, trois des plus célébres avocats de leur tems. Ce dernier avis a été ſuivi par l'arrêt qui ſuit.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, ſçavoir faiſons, qu'entre Jean-Jacques Jacquier, Ecuyer ſieur baron de Cornillon, demandeur aux fins de l'exploit donné en la conſervation de Lyon le 20 janvier 1703, ſur lequel par arrêt du 4 juillet 1704, il a été ordonné que les parties procéderont en la cour, d'une part, & Joſeph Perret marchand à Lyon, défendeur; & entre ledit Jacquier, demandeur aux fins de la commiſſion & exploit des 31 janvier & 11 février 1705, & Pierre Bernard marchand à Paris, défendeur; & entre ledit Perret, demandeur en requête du 9 décembre audit an 1705, & ledit Jacquier, défendeur, d'autre : Vu par notredite cour l'exploit d'aſſignation donné à la requête dudit Jacquier audit Perret pardevant les juges de la conſervation de Lyon du 20 janvier 1703, aux fins d'avouer & déſavouer les ſouſcriptions & ordres écrits & ſouſcrits par ledit Perret; la premiere en date du 30 juin 1701, au dos de la promeſſe du ſieur Jean-François Dunan du 29 dudit mois de la ſomme de 1693 livres, payables à l'ordre dudit Perret, qui en avoit paſſé l'ordre en faveur dudit Jacquier, qui l'auroit fait proteſter par acte du 4 avril 1702. La ſeconde en date du 30 ſeptembre 1701, au dos d'autres promeſſes, auſſi faite par ledit Dunan le 25 dudit mois de juin de ladite année 1701, de la ſomme de 2800 livres pareillement proteſtée par acte du 4 juillet 1702. Et la troiſiéme, en date du 22 janvier 1702, au dos d'autres promeſſes faite par ledit Dunan le 21 dudit mois de janvier, qui avoit été de même proteſtée par acte du 4 octobre de ladite année; pour en conſéquence ſe voir ledit Perret condamné par corps au payement de la ſomme de 7943 livres, a laquelle revenoient les ſuſdites trois ſommes, & ce avec intérêt de chacune depuis les jours des protêts faits d'iceux, change & rechange, & autres avec dépens, ſauf à déduire tous payemens & quittances valables, s'il y écheoit, & ſans préjudice audit Jacquier de ſon action ſolidaire contre ledit Dunan & tous autres, ainſi qu'il appartiendroit, & de toutes autres actions & prétentions : Arrêt du 4 juillet 1704, par lequel auroit été ordonné commiſſion être délivrée audit Perret, pour faire aſſigner en la cour qui bon lui ſembleroit aux fins de ſa requête; cependant défenſes aux parties de faire pourſuite ailleurs qu'en la cour : Arrêt d'appointé en droit du 31 janvier 1705, Avertiſſement dudit Perret du 21 avril dudit an : Requête dudit Jacquier du 18 février audit an, employée pour avertiſſement : Productions des parties, & leurs contredits reſpectifs des 25 mai & 21 juillet 1705. Ceux dudit Perret ſervant de ſalvations : Additions de contredits dudit Perret du 27 avril 1706. La commiſſion & demande dudit Jacquier du 31 janvier audit an 1705, aux fins de faire aſſigner en la cour ledit Dunan & Bernard, pour voir dire qu'il ſeroit tenu de reconnoître les ſignatures miſes au bas des promeſſes dont eſt queſtion, ſinon qu'elles ſeroient tenues pour reconnues; ce faiſant, voir déclarer commun avec lui l'arrêt qui interviendroit, & en conſéquence il fût condamné ſolidairement avec ledit Perret & par corps, à payer audit Jacquier la ſomme de 7943 livres contenue auſdites trois promeſſes, les intérêts de ladite ſomme, à compter depuis le jour du proteſt fait d'iceux, change & rechange aux offres de déduire ce qui ſe trouveroit avoir été payé; & ledit Bernard pour voir dire qu'il ſeroit tenu de reconnoître l'acceptation par lui miſe & écrite au bas de la lettre de change du 13 janvier 1702, ſinon qu'elle ſeroit tenue pour reconnue, en conſéquence ſe voir condamner de payer ſolidairement audit Jacquier le contenu en icelle du jour du proteſt, frais de change & rechange, & ſans préjudice par ledit Jacquier au payement qui lui avoit été offert par Perret, aux termes de ſon contrat d'accord, ſans approbation dudit contrat. Exploit d'aſſignation donné en conſéquence le 11 février 1705 : Arrêt d'appointé en droit & joint du 30 mars audit an : Avertiſſement dudit Jacquier du 9 mai audit an : Production deſd. Jacquier & Bernard : Contredits dudit Bernard du 8 mars 1706 : Requête dudit Jacquier du 15 employée pour ſalvations : Sommations de contredits par ledit Jacquier : production nouvelle dudit Jacquier par requête du 29 mai 1795 : Contredits dudit Perret du 3 août audit an : La requête & demande dudit Perret du 9 décembre 1705, à ce que ledit Jacquier fût déclaré non-recevable dans ſes demandes faute par lui d'avoir fait les diligences portées par l'ordonnance, pour ſe conſerver ſon recours de garantie contre ledit Perret, & où la cour feroit difficulté ſur les fins de non-recevoir, ordonner qu'en payant par ledit Perret aux termes de ſon contrat d'accord la ſomme de 2814 liv. 8 ſols, qui étoient dûs de reſte audit Jacquier du

BIU Cujas

du contenu aux lettres de change & billets dont il étoit porteur, ledit Jacquier ſeroit condamné à lui rendre & reſtituer leſdits billets & lettres de changes comme ſolutes & acquittées; enſemble toutes les diligences & procédures faites par lui contre les accepteurs & endoſſeurs ou tireurs, pour s'en prévaloir ainſi qu'il aviſeroit bon être. Ledit Jacquier condamné en outre en tous les dépens, & qu'acte lui fût donné de l'emploi pour écritures & productions ſur ladite demande, ſur laquelle requête auroit été mis, ſur la demande en droit & joint, & acte de l'emploi: Requête dudit Jacquier du 15 janvier 1706, employée pour défenſes, écritures & production: Requête dudit Perret du 12 février audit an employée pour contredits: Production nouvelle dudit Perret par requête du 11 décembre 1705: Production nouvelle dudit Jacquier par requête du 19 janvier 1706, ſervant de ſalvations & contredits: Contredits dudit Perret du 8 février audit an, ſervant de ſalvations: Production nouvelle dudit Bernard par requête du 15 mars audit an: Sommation de la contredire par ledit Jacquier, le défaut obtenu par ledit Jacquier, demandeur aux fins de commiſſion & exploit des 31 janvier & 11 février 1705, contre Jean-François Dunan, marchand de la ville de Genêve, défendeur & défaillant: La demande ſur le profit dudit défaut, & tout ce qui a été mis & produit, le tout joint à l'inſtance par arrêt du 25 janvier 1706: Production nouvelle dudit Perret par requête du 29 avril audit an: Requête dudit Jacquier du 30, employée pour contredits: Production nouvelle dudit Jacquier par requête du 15 mai audit an: Contredits dudit Perret du 18 dudit mois; tout joint & conſidéré: Notredite cour faiſant droit ſur le tout, & adjugeant le profit du défaut, ſans s'arrêter à la requête dudit Perret du 9 décembre dernier dont elle l'a débouté; condamne leſdits Perret & Dunan ſolidairement & par corps, payer audit Jacquier la ſomme de 7943 livres, contenue ès trois promeſſes dudit Dunan, au profit dudit Perret, qui en a paſſé les ordres au profit dudit Jacquier, & les intérêts deſdites ſommes à compter du jour des proteſts, & leſdits Perret & Bernard ſolidairement & par corps payer audit Jacquier la ſomme de 2000 livres, contenue en ladite lettre de change tirée de Lyon le 3 janvier 1702, ſur ledit Bernard, & de lui acceptée, & aux intérêts de ladite ſomme, à compter du jour du proteſt, change & rechange, à la déduction de ce qui ſe trouvera avoir été reçu par ledit Jacquier ſur toutes leſdites ſommes: Ne pourront néanmoins leſdits Perret & Bernard être contraints chacun en particulier pour la totalité deſdites ſommes, qu'aux termes des contrats que chacun d'eux ont fait avec leurs créanciers, ſans que le contrat dudit Perret puiſſe empêcher ledit Jacquier de ſe pourvoir pour la ſolidité contre leſdits Dunan & Bernad, ni que celui dudit Bernard puiſſe empêcher ledit Jacquier de ſe pourvoir pour la ſolidité contre ledit Perret: Condamne leſdits Perret, Bernard & Dunan en tous les dépens, chacun à leur égatd envers ledit Jacquier. Si te mandons à la requête dudit Jacquier, mettre le préſent arrêt à exécution, de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre parlement le 18 mai, l'an de grace 1706, & de notre régne le ſoixante-quatriéme. Collationné. *Signé*, DU TILLET.

Cet arrêt eſt auſſi rapporté par M. Augeard, article 71.

DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES ENFANS.

QUESTION CENT-CINQUANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eſpéce du fait.*
2. *Raiſons pour établir l'égalité.*
3. *Raiſons au contraire.*
4. *L'inſtitution contractuelle, même la ſimple promeſſe d'inſtituer, eſt irrévocable.*
5. *Cette irrévocabilité n'a lieu qu'en faveur de ceux de qui elle eſt faite.*
6. *L'inſtitution contractuelle ne peut être débattue par les autres enfans, que juſqu'à concurrence de leur légitime.*

BIU Cujas

QUESTION CLIII.

Si le pere qui en mariant l'un de ſes fils, a promis de l'inſtituer héritier avec ſes autres enfans mâles, eſt obligé par là d'établir entr'eux une égalité.

1 TItius mariant ſon aîné, lui fait quelques avantages, & en outre promet de l'inſtituer héritier avec ſes autres enfans mâles. Ayant pareillement marié le puîné, outre quelques avantages qu'il lui fait dès-lors, il promet de l'inſtituer héritier avec ſes autres enfans mâles. On demande, ſi ayant encore deux autres fils, il faut que l'inſtitution d'héritier leur ſoit commune, & ſi le pere ne peut pas la réduire aux deux premiers.

2 Il ſemble d'abord que le pere ait eu intention d'établir égalité entre tous ſes mâles, & que comme elle eſt favorable, & que c'eſt le lien & le ciment d'amitié entre les freres: que c'eſt par cette égalité que *reducitur ad naturam & jus commune*, il ne s'en peut pas dédire. Qu'ayant une fois voulu, *ut conditio filiorum exæquaretur*, ainſi qu'il eſt dit *in l. ſi ita 12. ff. de conditionib. & demonſtr.* il n'y peut contrevenir.

Que c'eſt une loi que le pere a voulu mettre dans ſa famille, pour nourrir la concorde entre ſes enfans, & ôter tout ſujet de jalouſie entre les freres. Que l'ayant établie par deux contrats ſolemnels, elle doit être inviolable, auſſi-bien pour les derniers, que pour les premiers, puiſque c'eſt en ce cas que *pietas paterna conſilium capit pro liberis*, comme dit la loi.

Au contraire on peut dire, que ſi l'inſtitution d'héritier eſt irrévocable, & ſi par icelle le pere ſe lie les mains, enſorte qu'il n'y puiſſe pas déroger, ce n'eſt qu'à l'égard de ceux pour leſquels cette
3 convention a été faite. Que comme elle eſt *pars pactorum dotalium*, & que c'eſt en faveur de ceux qu'on marie, elle ne peut auſſi profiter qu'à eux. Que c'eſt aux ſeuls conjoints & leurs deſcendans que le droit en eſt comme acquis, & que le pere s'oblige dès-lors.

Qu'en effet, lorſque la coûtume d'Auvergne en l'article 26 du titre des donations, parle de ces inſtitutions & conventions, ſi elle dit qu'elles tiennent & valent, ce n'eſt qu'en faveur des mariés & leurs deſcendans. Qu'autrement il s'enſuivroit que ce qui ſeroit ſtipulé en leur faveur, pourroit tourner à leur préjudice, en tant que le pere ne pourroit pas les inſtituer ſeuls. Ce qui eſt contre les regles de droit, *nam quod favore unius introductum eſt, non debet in ejus odium retorqueri, l. quod favore, ff. de legib. & inducta ad augmentum non debent operari diminutionem, ut tradit Bartolus in l. quamvis, ff. de pign. actione.*

C'eſt le parti que nous avons pris, & nous n'eſtimons pas que les freres qui ne ſont pas compris aux contrats de mariage, ſe puiſſent prévaloir d'une convention qu'on n'a pas entendu faire pour eux. Il eſt vrai que l'inſtitution d'héritier faite par contrat 4
de mariage, & en faveur d'icelui eſt irrévocable, & qu'il en faut autant dire d'une promeſſe d'inſtituer. Mais comme porte l'article 31 du titre cotté, cela ne s'entend qu'en faveur de l'héritier inſtitué, ou qu'on ſe charge d'inſtituer.

Par cette promeſſe ou convention, le pere ne s'eſt pas tellement lié les mains, qu'il lui faille obſerver une égalité entiere. En ce qu'il a été convenu d'inſtituer les deux fils qu'il a mariés, c'eſt un avantage qu'il leur a voulu faire, & en ce qu'il ne s'eſt obligé de les inſtituer qu'avec ſes autres enfans mâles, c'eſt un pouvoir qu'il s'eſt voulu réſerver. C'eſt une reſtriction de l'inſtitution, mais en faveur du pere, afin qu'il leur pût donner des cohéritiers, & que s'il vouloit, il dépendît de lui de les rendre tous égaux. En un mot, le pere a bien entendu, qu'à l'égard des deux fils mariés, l'inſtitution d'héritier fût néceſſaire, mais pour les autres qu'elle lui ſeroit libre & volontaire. Qu'il ſeroit du moins obligé d'inſtituer ces deux-là pour leur portion contingente, mais qu'il pourroit rendre leur inſtitution plus avantageuſe & plus ample, s'il le jugeoit à propos pour le bien de ſa famille.

OBSERVATIONS.

L'Auteur propoſe ici, ſi un pere qui a marié ſon fils aîné, avec promeſſe de l'inſtituer héritier avec ſes autres enfans mâles, & qui enſuite marie ſon fils puîné avec la même clauſe, eſt obligé d'inſtituer pareillement ſes autres enfans mâles; il réſout que cette obligation ne regarde que les deux aînés, & que les autres ne peuvent pas ſe prévaloir de cette clauſe.

5 L'auteur a parlé des inſtitutions contractuelles dans le livre 5, queſt. 59, où j'ai fait pluſieurs obſervations que je ne répeterai point ici. Je me contenterai de propoſer une queſtion traitée par M. du Perrier, dans ſes queſtions notables du droit, livre 2, queſtion 14. Quand l'inſtitution contractuelle eſt univerſelle au profit d'un ou de deux enfans, les autres ne peuvent point la débattre par le vice de la prétérition, ou de l'exhérédation, ils n'ont droit que de demander leur légitime; il faut en ce cas porter le même jugement de l'inſtitution contractuelle, que de la donation entre-vifs, qui ne peut être révoquée que juſqu'à concurrence de la légitime.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

JE ne me ſuis guères étendu dans ma premiere obſervation; parce que ces ſortes de clauſes ne ſont pas d'uſage dans les pays de droit écrit. Depuis peu j'ai été conſulté ſur une eſpéce qui a du rapport à la queſtion propoſée par M. Henrys.

Un pere & une mere qui avoient quatre enfans, un fils & trois filles, en les mariant avoient ſtipulé, que le ſurvivant jouiroit des biens du prédécédé, ſans que les enfans

BIU Cujas

Puſſent lui demander compte ni partage. De plus, dans le contrat de la derniere fille, le notaire a ajouté, que le ſurvivant jouiroit des biens du prédécédé, pour être partagés également entre leurs enfans & héritiers après le décès du ſurvivant.

Dans la ſuite le pere & la mere avoient fait un partage du ſurplus de leurs biens entre les enfans, par lequel ils faiſoient quelque avantage à leur fils, qui a été ſigné par ce fils & par les deux filles aînées : mais la cadette & ſon mari n'ont pas voulu le ſigner. L'on demandoit ſi nonobſtant ce refus, le partage ſeroit exécuté, ou ſi par quelque autre voie, l'on pourroit avantager les fils.

J'ai répondu que la clauſe d'égalité, inſérée dans le contrat de mariage de la deuxiéme fille, lioit les mains au pere & à la mere, & les empêchoit de faire aucun avantage à leur fils par quelque acte que ce puiſſe être.

Suivant la diſpoſition du droit Romain dans la loi *pactum* 15, code *de pact.* une ſemblable clauſe n'empêche pas le pere de diſpoſer par teſtament, ainſi qu'il juge à propos. *Pactum quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, ut ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quæ nubebat, cum fratre hæres patris ſui eſſet: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi patri potuit auferre.*

L'empereur Léon dans ſa novelle 19 abrege cette loi, en ordonnant au pere de garder l'égalité par lui promiſe entre ſes enfans, *ſtatuimus verò, ut parentum nemo jura filiorum, quibus cum reliquis liberis æqualem hæreditatis portionem ſervatum iri in nuptialibus contractibus ſpoponderint, innovare tentet.*

Quoique les novelles de l'empereur Léon n'aient pas force de loi en France; cependant celle-là a été adoptée par la juriſprudence des arrêts; ils ſont rapportés par Anne Robert, liv. 1, ch. 15, par Carondas, dans ſes réponſes, liv. 2, rép. 54, liv. 8, rép. 36 & 71, dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 1, ch. 58, & liv. 3, ch. 82. M. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, rapporte un arrêt du parlement de Paris du premier ſeptembre 1688, qui l'a ainſi jugé.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

QUESTION CENT-CINQUANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La demande faite à l'un des coobligés, interrompt la preſcription à l'égard des autres.*
2. *Il faut dire la même choſe de la condamnation des intérêts.*
3. *Arrêt du 16 avril 1630, qui l'a ainſi jugé.*
4. *Arrêt poſtérieur cité par Brodeau, qui a jugé le contraire.*
5. *Savante diſſertation de l'auteur pour l'affirmative.*
6. *Cenſure contre Faber, en faveur de du Moulin.*
7. *Conſeil de l'auteur, de faire élire à tous les coobligés un même domicile irrévocable.*
8. *Conſultation de M. Veſin, qui établit que la condamnation d'intérêts prononcée contre l'un des coobligés, nuit à tous les autres.*

Si un coobligé qui paye toute la dette, ſans prendre ceſſion ou ſubrogation du créancier, peut agir contre ſes coobligés.

9. *M. Charles du Moulin tient l'affirmative.*
10. *Le préſident Faber ſoutient la négative.*
11. *Le coobligé qui a payé, a l'action du mandat; mais cette action n'eſt pas ſolidaire ſans ſubrogation de la part du créancier.*
12. *Le coobligé qui a pris ſubrogation, peut agir ſolidairement, ſa part déduite.*
13. *Les cautions ſolidaires ne ſont pas cautions entr'elles.*
14. *La caution peut répéter toute la dette ſans ſubrogation.*
15. *Arrêt du parlement de Toulouſe, du 7 avril 1663, qui a jugé que la demande contre les coobligés, fait courir les intérêts contre tous les autres.*
16. *Arrêt du même parlement, du mois d'avril 1663, qui a jugé le contraire*

BIU Cujas

à l'égard des cohéritiers.

17. *Savoir, ſi la demande contre le principal débiteur, interrompt la preſcription. M. du Perrier tient la négative, M. Catelan tient l'affirmative.*

18. *La demande contre le principal débiteur, fait courir les intérêts contre la caution.*

19. *Les cautions judiciaires ne jouiſſent pas du bénéfice de diviſion & diſcuſſion.*

20. *La demande contre le principal débiteur interrompt la preſcription à l'égard de la caution judiciaire.*

QUESTION CLIV.

Si la condamnation ſolidaire obtenue contre l'un des coobligés, & ſa demeure, peut nuire aux autres, & réflexion particuliere ſur les arrêts contraires intervenus ſur ce ſujet.

1 ON n'a point douté que *inter correos debendi*, & qui ſont obligés *in ſolidum*, l'interpellation de l'un ne ſerve pour tous, & n'interrompe le cours de la preſcription, c'eſt parce que c'eſt un fait commun, & que tous enſemble ne ſont cenſés qu'un. Sans avoir recours à tous les textes de droit, que Brodeau ſur M. Loüet en la lettre P. nomb. 2 cotte à ce ſujet, il nous ſuffit d'employer la conſtitution de Juſtinien en la loi derniere C. *de duobus reis, ſtipulandi & promittendi*, elle eſt ſi claire & expreſſe, qu'après cette déciſion il n'y a pas lieu d'en douter: *Nobis*, dit l'Empereur, *pietate ſuggerente videtur eſſe humanum ſemel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita omnes ſimul compelli ad perſolvendum debitum.*

2 On n'avoit pas non plus douté que comme l'interpellation de l'un, étoit l'interpellation de tous, il n'en fallût autant dire de la demeure qui en réſulte, & par conſéquent qu'un des coobligés ſolidairement ayant été condamné, cette condamnation & ſa demeure ne dût s'étendre contre les autres, pour le cours des intérêts. Et il ſemble en effet qu'il y ait identité de raiſon; car ſi l'un des coobligés étant interpellé, cela empêche les autres de preſcrire l'action, c'eſt par ce qu'en interpellant un ſeul, tous ſont cenſés appellés. Or, comme l'interpellation cauſe la faute & demeure, il s'enſuit que la cauſe étant commune, l'effet qu'elle produit doit être auſſi commun: il répugne, que tous puiſſent être cenſés interpellés en un ſeul, que tous ne ſoient point pareillement cenſés conſtitués en faute & en demeure.

La même conſtitution de Juſtinien, que nous avons alléguée, ſemble auſſi formelle pour ce point que pour l'autre; car ſi tous les débiteurs, *qualicumque interruptione poſſunt ſimul compelli ad perſolvendum debitum*, n'eſt-ce pas une conſéquence néceſſaire que la pourſuite de l'un, eſt commune aux autres, outre que l'Empereur ajoute, *unius agnitionem vel ex libello admonitionem aliis debitoribus præjudicare*, dont il rend cette raiſon, *cum ex una ſtirpe, unoque fonte unus effluxit contractus.*

Auſſi la juriſprudence a été autrefois égale ſur ces deux points, & l'on a tenu que la même interpellation ou condamnation obtenue contre l'un des coobligés, étoit commune à tous, auſſi bien pour le cours des intérêts, que pour étendre l'action. La cour l'avoit ainſi jugé par l'arrêt du 16 3 avril 1630, mentionné aux notes dudit ſieur Brodeau, en l'endroit ſuſdit, & enſuite de cet arrêt nous l'avons vû juger de la même ſorte en ce ſiége pluſieurs fois, juſques-là que cela paſſoit pour une maxime commune.

Depuis le même Brodeau en ſes dernieres notes, ayant allégué un arrêt contraire, rendu en la troiſiéme chambre des enquêtes, après avoir été parti par deux fois, ce qui paſſoit pour certain a été de nouveau mis en controverſe, à cauſe même que ledit ſieur Brodeau reconnoît que ce dernier arrêt eſt plus conforme à la diſpoſition du droit *in l. mora, § penultimo de uſuris, & in l. 173, § penultimo ff. de regulis Juris*: Ce qu'il confirme par l'autorité de Cujas, en ſon Commentaire ſur la loi *eandem rem*, ſur la fin, *ff. de duobus promittendi.* 4

Il eſt vrai que ces textes ſont aſſez formels, & c'eſt en vertu d'iceux qu'on fait cette diſtinction, 5 que *in correis debendi mora unius nocet quidem alteri ad conſervandam obligationem, non ad augendam.* Qu'ainſi la pourſuite faite contre l'un, peut bien conſerver la dette à l'égard des autres, mais non pas l'accroître: enfin on infere de-là que, *mora ſuæ cuique nociva eſt*, que c'eſt une faute perſonnelle *quæ perſonæ cohæret*, & que quand il eſt dit, *in l. penultima, ff. de duobus reis*, que *alterius factum alteri quoque nocet*, il faut établir de la différence *inter moram & factum*, parce que *factum rei cohæret, moræ perſonæ tantum*, ſuivant l'explication de Cujas.

Cela n'eſt pas pourtant ſans difficulté, puiſqu'aux textes allégués on en peut oppoſer d'autres contraires, car il eſt dit, *in l. 24, § 1, ff. de uſuris, cum reus moram fecit & fidejuſſor tenetur*, & *in l. 88, ff. de verbor. obligationib.* Il eſt encore dit, que *mora rei fidejuſſori quoque nocet*, comme encore *in l. 4, ff. de fidejuſſorib.* Le fidéjuſſeur non-ſeulement s'oblige, mais encore il oblige ſon héritier par cette raiſon, *cum rei locum obtineat*, mais s'il eſt au lieu du débiteur, s'il le repréſente, quelle différence peut-on établir entre eux, & qu'eſt-ce que le créancier peut demander à l'un, qu'il ne puiſſe demander à l'autre?

Il eſt vrai que la loi 8, *ff. de eo quod certo loco*, le juriſconſulte dit que par la faute du débiteur principal *non oportet obligationem fidejuſſoris augeri*, mais il ne l'entend pas du cours des intérêts, mais pour le préjudice que le créancier peut avoir ſouffert, de n'avoir reçu la ſomme *loco vel tempore promiſſo*, & c'eſt pourquoi il ajoute auſſi-tôt, *neque enim hæc cauſa rectè comparabitur obligationi uſurarum*, comme s'il vouloit dire, que *propter uſuras*, l'obligation du fidéjuſſeur peut recevoir de l'accroiſſement.

Que ſi l'on oppoſe que c'eſt parce qu'il y avoit convention & ſtipulation pour les intérêts, & qu'en effet le juriſconſulte dit enſuite: *Ibi enim duæ ſtipulationes ſunt*, & que c'eſt auſſi par-là que le docte Cujas 3, *tractatu ad Africanum* concilie cette loi avec la loi 4, *C. depoſiti*, où il eſt dit, *non enim duæ ſunt actiones, alia ſortis, alia uſurarum, ſed una*: En ſorte que *uſurarum promiſſarum ex ſtipulatione duæ ſunt obligationes, uſurarum ex mora unica obligatio.*

Nous répondons qu'encore que parmi nous les intérêts ne ſoient dûs que *propter moram*, & enſuite d'une interpellation & condamnation, ils ne laiſſent pas pourtant de tirer leur origine de l'obligation; cette clauſe *à peine de tous dépens, dommages*

BIU Cujas

& intérêts y étant ordinaire, & même ſous-entendue, & à cauſe de ce l'hypotéque des intérêts venant du jour de l'obligation, & c'eſt pourquoi la demande du débiteur principal donnant cours aux intérêts, on peut dire que c'eſt auſſi en quelque façon enſuite de la peine ſtipulée, & par conſéquent que *non augetur fidejuſſoris obligatio*, puiſqu'il s'y eſt ſoumis.

Mais plus expreſſe ſemble pour cela la loi 10, *ff. rem pupillo ſalvam fore*, en laquelle le tuteur étant en demeure de rendre compte, ou de payer le reliqua *in reſtituenda tutela, certum eſt fructuum nomine & uſurarum medii temporis & fidejuſſores ejus quam ipſum tutorem teneri*, & la raiſon qu'elle en rend, *quia in omnem cauſam tutelæ intervenerunt*, ne leve pas tout le doute, parce que de droit commun *quicumque actionis aut negotii alicujus nomine intercedit, in omnem cauſam intercedere intelligitur, niſi taxationem certam fidejuſſioni appoſuerit, l. fidejuſſores*, § 1, *de fidejuſſoribus, & l. 2, ff. qui ſatisdare cogantur*, à quoi nos obligations ſe conforment par cette clauſe commune, *à peine de tous dépens, dommages & intérêts.*

Que ſi l'on veut dire que *hoc eſt ſpeciale in tutela favore minoris*, on répondra que la même regle a lieu *in l. quæro, ff. locati*, en laquelle le locataire qui pour l'obſervance & l'exécution de ſon bail avoit baillé caution, étant en demeure de payer, le juriſconſulte demande, ſi le fidéjuſſeur peut être tenu *in uſuras non illatarum penſionum nomine*, ou bien s'il ſe peut ſervir de cette regle, *eos qui pro aliis pecuniam exſolvunt ſortis ſolummodo damnum cognoſcere oportere*, & conclut que ſi *in omnem cauſam conductionis fidejuſſor ſe obligavit, eum penſionum præſtare debere uſuras per moram coloni*, par la même raiſon que *in omnem cauſam ſe implicuit*, raiſon pourtant commune & générale, ainſi que nous avons déja remarqué, s'il n'y a été dérogé par une limitation ſpécial. Si l'on veut diſtinguer *an ſit obligationis jure, an ex officio Judicis*, il ſemble que cela ſoit inutile parmi nous, qui rejettons la ſtipulation des intérêts, à moins que la dette par ſa nature propre les produiſe.

Il faudroit donc plutôt conclure que lorſque l'intérêt court *ipſo jure & ex natura rei*, le fidéjuſſeur y eſt tenu, parce que c'eſt un accroiſſement intrinſeque & qui procede de la choſe même, mais qu'il n'en eſt pas de même lorſqu'il vient d'une cauſe externe & de la demeure d'un ſeul, parce que c'eſt une faute perſonnelle, & qu'on ne peut pas dire procéder véritablement de l'obligation, ſous prétexte qu'elle porte un terme préfix pour payer, car ce terme ne ſuffit pas ſeul, il n'établit pas la demeure, s'il n'eſt ſuivi d'une interpellation & demande en juſtice, ce n'eſt autrement que *mora irregularis* qui ne produit point d'effet.

Or, pour appliquer tout ce que deſſus à notre ſujet, ſuppoſons que celui qui a été interpellé & condamné aux intérêts ne ſoit que caution, s'il les lui fait payer, n'aura-t-il pas ſon recours contre le débiteur principal, en vertu de ſon indemnité, & ne l'obligera-t-il pas de le rembourſer de tout ce qu'il aura payé, & même de l'intérêt des intérêts? Et même ſi ce fidéjuſſeur étoit moins ſolvable, le créancier ne peut-il pas ſe faire ſubroger en ſon lieu, & ſe ſervir de ſon droit & de ſon action, & obtenir par cette voie ce qu'il ne pourroit pas prétendre directement?

Suppoſons pareillement que de quatre obligés ſolidairement, il n'y en ait eu qu'un interpellé & condamné, il n'y a pas lieu de ſoutenir que comme ils ſont tous fidéjuſſeurs l'un envers l'autre, qu'il peut avoir ſon recours contre un chacun de leurs portions contingentes, tant en principal qu'intérêt, & que par ce moyen il ne ſera pas abſolument vrai de dire que *mora ſua cuique tantum novica eſt*, puiſqu'elle réfléchira ſur les autres.

Et même ſi nous ſuppoſons que celui qui a été interpellé n'ait pas autrement de quoi payer les créanciers, ne peut-il pas, ſuppoſé qu'il ait payé, agir de ſon chef, & ſe faire ſubroger en ſon lieu & place, puiſqu'il eſt permis de droit au créancier de ſe faire ſubroger aux droits de ſon débiteur, & que les actions & exceptions, *quæ competunt debitori, competunt etiam creditoribus, quibus eo invito uti poſſunt, l. 12, & l. penult. C. de non numer. pecunia, l. emptori 28, C. de emptionibus, l. 2, C. quando fiſcus vel privatus, &c.*

Il n'y a pas apparence de ſoutenir avec *Antonius Faber*, contre Me. Charles du Moulin, que celui des coobligés qui paye toute la dette, ſans prendre ceſſion du créancier, n'en peut répéter aucune choſe, *nec actione mandati, nec actione negotiorum, vel in rem verſo.*

C'eſt une critique trop ſévere de ce grand perſonnage, & c'eſt contre la raiſon & l'équité qu'il s'eſt emporté en ce point, juſqu'à déroger à la réputation que ledit Dumoulin s'eſt méritoirement acquiſe. Car l'un des débiteurs payant ſans prendre ceſſion & tranſport du créancier ne peut pas à la vérité ſe ſervir de ſon droit ni de ſon hypotéque, ni par conſéquent pourſuivre les coobligés ſolidairement; mais il le peut bien pour leur part & portion, ſuivant les arrêts cottés par le ſieur Brodeau ſur M. Loüet, en la lettre R, d'où il réſulte qu'il peut auſſi-bien répéter l'intérêt, que le principal, parce que même il le pourroit faire entrer en dommages & intérêts au défaut d'avoir acquitté leur part. 7

Enfin nous conſeillons à celui qui prête à pluſieurs enſemble, de leur faire élire par l'obligation à tous un même domicile irrévocable, où toutes aſſignations puiſſent être valablement poſées, afin qu'il lui ſoit auſſi aiſé de les convenir tous à la fois, qu'un ſeul. 8

OBSERVATIONS.

Des effets de l'obligation ſolidaire.

L'Auteur propoſe ici trois queſtions.

1°. Si la demande faite à un ſeul de pluſieurs coobligés, interrompt la preſcription à l'égard de tous les autres.

2°. Si cette demande ou la condamnation ſolidaire obtenue contre un ſeul, produit des intérêts à l'égard des autres.

3°. Si le coobligé qui paye la dette entiere, ſans prendre ceſſion du créancier, a une action contre ſes coobligés, & de quelle nature eſt cette action.

La premiere queſtion ne peut recevoir aucune difficulté, puiſqu'elle eſt expreſſément

BIU Cujas

décidée par la loi derniere, au code *de duobus reis*, qui eſt une des 50 déciſions de Juſtinien.

La ſeconde ſouffre plus de difficulté; notre auteur la traite fort ſolidement, & fait voir clairement, que ſuivant les véritables principes, la demande contre un des coobligés doit produire ſon effet entier contre les autres, & par conſéquent emporter intérêt contre tous, puiſque ce n'eſt qu'un ſeul & même contrat, & qu'un ſeul des coobligés repréſente tous les autres, *cum ex una ſtirpe, unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti cauſa ex eadem actione apparuit.*

Le lecteur ne déſapprouvera pas que je rapporte ici une conſultation que j'ai faite autrefois avec M. Veſin ſur cette queſtion pour M. de Seve, préſident & lieutenant général au ſiége préſidial de Lyon, dans laquelle je crois que la matiere eſt épuiſée; je ne dis pas cela par rapport à moi, mais pour rendre juſtice au mérite de M. Veſin qui en eſt l'auteur.

8 Le conſeil ſouſſigné répondant au mémoire ci-deſſus, eſt d'avis que les intérêts ſont dûs par les coobligés ſolidairement l'un pour l'autre, un ſeul pour le tout, avec les renonciations au bénéfice de diviſion, & de diſcuſſion: & que la demande en condamnation d'intérêts formée contre un des coobligés ſert contre tous les autres.

Il eſt vrai que dans la régle générale du droit, la demeure d'un des débiteurs ne nuit pas à ſon coobligé, *unicuique ſua mora nocet quod & in duobus reis promittendi obſervatur*, comme parle le juriſconſulte Paul dans la loi 173, *ff de reg. juris*. Et le juriſconſulte Marcien a dit ſur le même principe dans la loi 32, § 4, *ff. de uſuris, ſi duo rei promittendi ſint, alterius mora non nocet;* ſur quoi Denis Godefroi a fait la note ſuivante, *mora unius rei debendi alteri correo nocet ad perpetuandam non ad augendam obligationem alterius:* Et Brodeau, dans ſon commentaire ſur Louet, lett. P. N. 2, rapporte un arrêt par lequel il dit avoir été jugé, que les pourſuites & demandes en condamnation d'intérêts contre un des coobligés, n'avoit pas donné droit de prétendre les intérêts contre un autre coobligé. Il cite au même lieu l'autorité de M. Cujas ſur la loi *eamdem rem 9, in fine, ff. de duobus reis.*

Mais pour réſoudre les difficultés formées ſur cette queſtion, il n'y a qu'à faire quelques obſervations, qui ne laiſſeront plus aucun lieu de douter ſur la queſtion propoſée. 1°. Lorſqu'il eſt dit que la demeure d'un des coobligés ne nuit pas à l'autre, cela s'entend lorſque l'obligation n'eſt pas ſolidaire, & lorſque les coobligés ne s'étant pas engagés l'un pour l'autre, & un ſeul pour le tout, l'obligation eſt diviſée de plein droit droit entre les coobligés, chacun pour leur part, ſuivant la maxime *nomina ipſo jure dividuntur activè & paſſivè;* & c'eſt ainſi qu'il faut entendre les textes du droit dans les loix qui viennent d'être citées. Mais lorſque les coobligés ſont engagés ſolidairement l'un pour l'autre, & un ſeul pour le tout, ils ſont reſpectivement cautions l'un de l'autre, *alternâ fidejuſſione obligati*, comme parle l'empereur Juſtinien dans la novelle 99, *de reis promittendi*, & Denis Godefroi a remarqué ſur la rubrique du même titre en expliquant les termes Grecs, que l'empereur a entendu parler de ceux qui ſont *mutua vice fidejuſſores:* comme lors, dit-il, qu'une perſonne empruntant de l'argent avec un autre ſe rend ſa caution, & que cette autre perſonne cautionne auſſi pour lui, *cum aliquo alio mutuum accipit & viciſſim pro eodem fidejubet.*

Or, il eſt certain par le droit, auſſi-bien du digeſte, que du code & des novelles, que la demeure du débiteur nuit à ſa caution; c'eſt la déciſion expreſſe de la loi 24, § 1, *ff. de uſuris, cum reus moram facit, fidejuſſor tenetur:* & la loi 88, *ff. de verb. oblig.* s'explique en ces termes, *mora rei fidejuſſori quoque nocet.*

C'eſt ſans doute ſur ce fondement que l'empereur Juſtinien dans la loi derniere *C. de duob. reis*, a décidé par une diſpoſition générale & abſolue, que les diligences faites contre un des débiteurs & coobligés, préjudicie à tous les autres, ce qui s'entend des coobligés ſolidairement. L'on ne peut pas douter que cette déciſion générale & ſans aucune limitation, ne s'applique aux pourſuites & demandes que produiſent des intérêts contre les débiteurs, comme à toutes les autres pourſuites qu'un créancier peut faire, *ſancimus in omnibus caſibus quos ſermo noſter complexus eſt aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitionem, aliis debitoribus præjudicare.*

2°. La clauſe ajoutée ordinairement dans nos contrats, par laquelle les débiteurs promettent de ſatisfaire à leur obligation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, les engage reſpectivement l'un pour l'autre envers le créancier, auſſi-bien pour les intérêts, que pour le principal, lorſque cela a été expreſſément ſtipulé & accordé. L'on ne ſçauroit trouver de raiſon de différence entre l'obligation ſolidaire de divers débiteurs l'un pour l'autre pour le principal, & la même obligation ſolidaire l'un pour l'autre pour les dommages intérêts ſtipulés par le même contrat; d'autant plus que dans le droit nous voyons que celui qui s'étoit obligé pour un tuteur ou pour un fer-

BIU Cujas

mier ou locataire, & qui s'étoit engagé comme caution, *in omnem causam*, ce qui eſt exprimé par notre clauſe ordinaire, à peine, &c. étoit engagé auſſi-bien pour les intérêts, que pour le principal, comme l'on voit dans la loi 10, *ff. Rempub. ſalvam fore:* Et dans la loi *quæro*, *ff. locat.*

3°. Il eſt certain dans notre uſage, que le fait d'un des coobligés ſolidairement l'un pour l'autre, & un ſeul pour le tout, ou ſa demeure, nuit & préjudicie à l'autre. Il a été jugé que lorſqu'un des coobligés ſolidairement paye au créancier avec ſubrogation, il a droit de répéter de ſon coobligé, *de qui il n'étoit que la caution*, au moyen de l'indemnité qui lui avoit été donnée par le principal débiteur, avec l'intérêt du jour que ce coobligé a fourni les deniers pour celui dont il n'eſt que caution. C'eſt ainſi que la cour l'a décidé par arrêt du 22 juillet 1682, pour le ſieur de Villegagnon, rapporté dans le journal du palais. Sur le même principe il a été jugé qu'un des commiſſaires établis par juſtice, ayant été pourſuivi pendant longues années, ces pourſuites avoient leur effet contre les autres commiſſaires & leurs héritiers, quoique l'on eût laiſſé paſſer trente & quarante ans ſans leur rien demander, comme l'on voit par l'arrêt du 5 mai 1625, rapporté par du Freſne, livre premier, chapitre 52, & après lui par M. Brodeau, chapitre 2. Il a pareillement été jugé ſur le même principe, que lorſqu'un des obligés ſolidairement l'un pour l'autre, avoit converti en contrat de conſtitution une obligation à une fois payée, les autres coobligés ne pouvoient pas prétendre qu'il y eût une novation, ni ſe diſpenſer de continuer à payer la rente, ſi mieux ils n'aimoient acquitter l'obligation avec les intérêts. L'arrêt a été rendu après partage porté en la troiſiéme chambre des enquêtes le 13 avril 1683 : Il eſt rapporté dans le journal du palais.

4°. La queſtion ſur le cours des intérêts contre les débiteurs ſolidairement obligés l'un pour l'autre, & un ſeul pour le tout, a été jugée à l'audience de la grand'chambre ſur les concluſions de meſſieurs les gens du roi, le 16 avril 1630. Il eſt rapporté par M. Brodeau, ſur M. Louet, au lieu qui vient d'être cité. Me Pierre Bardet rapporte le même arrêt & l'eſpéce avec beaucoup d'exactitude, liv. 3, ch. 98, au lieu que le prétendu arrêt contraire dont parle M. Brodeau, au même lieu, n'eſt point daté, il ne rapporte ni le nom des parties, ni l'eſpéce préciſe.

Celui qui a donné au public en 1683, une nouvelle édition du commentaire de Lelet, ſur la coutume de Poitou, a remarqué, qu'autrefois on a fait une queſtion, ſavoir, ſi quand il y a pluſieurs obligés par un contrat, la procédure faite contre l'un nuit aux autres; que l'ancien exemplaire marque qu'il y a eu jugement que non; mais il ajoute qu'il y a eu un jugement du 19 janvier 1629, en la clauſe de Mademoiſelle d'Yngrande, contre la veuve Roi, plaidant Maiſon-Dieu, qui a jugé le contraire, dont la plupart des conſultans avoient été d'avis, & que la ſentence rendue contre un ſeulement étoit nuiſible contre les autres obligés.

La queſtion a été jugée pour le cours des intérêts par ſentence contradictoire des requêtes de l'hôtel, du 5 mars 1693, plaidant maître Antoine de Loſme, avocat, contre Doriniere, procureur en la cour: & par arrêt ſur procès par écrit, au rapport de M. le Camus de Pontcarré, en la ſeconde chambre des enquêtes, le 26 mai 1604, ſur l'appel d'une ſentence rendue en la ſénéchauſſée de Poitiers le dernier ..... 1688, en l'ordre du prix des biens du ſieur Anſelme. Par cet arrêt la cour infirmant la ſentence rendue à Poitiers, ordonna que le créancier ſeroit colloqué en ſous-ordre ſur Bloin ſon débiteur, non-ſeulement pour le principal, mais encore pour les intérêts : en conſéquence des pourſuites qu'il avoit faites contre l'autre coobligé ſolidairement. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 194, col. 1, vers le milieu, cite deux arrêts rendus en la chambre de l'édit de Caſtres, les 7 juin 1639, & 5 mars 1641, qui ont jugé la même choſe.

Voilà pour ce qui eſt de la régle générale; mais dans l'eſpéce particuliere, il y a encore moins de doute, parce que la conteſtation eſt entre deux coobligés qui ſont caution reſpectivement, qui eſt préciſément le cas de la novelle 99, *alterna fidejuſſione obligati.* Délibéré à Paris, le premier octobre 1700. *Signés* VESIN & BRETONNIER.

Troiſiéme queſtion. Si un des coobligés ayant payé la dette commune, ſans prendre ceſſion ou ſubrogation du créancier, peut agir contre ſes coobligés.

Cette queſtion a été traitée, *ex profeſſo*, par deux grands hommes; le premier eſt M. Charles du Moulin, dans ſon commentaire ſur la loi *modeſtinus 76*, *de ſolut.* où il établit que la ceſſion eſt toujours ſous-entendue, *cenſetur tacitè paciſci de omni alio jure ſuo reſervando, ſeu ſine præjudicio juris ſui in aliis, id eſt reſervato jure ceſſionis, & ſic ſemper ineſt tacitum pactum.* Le ſecond eſt M. Faber, dans ſes conjectures du droit, *lib. 11, per totum*, ſur-tout dans les ch. 7, 8 & 9, où il réfute ſolidement du Moulin, dont 10

il fait le portrait à merveille. Il traite cette queſtion avec tant d'érudition, de force & d'élégance, que l'on a bien de la peine à ſe défendre d'être de ſon avis. Cependant ſon opinion n'eſt pas ſuivie, ainſi que le prouve fort bien M. du Perrier, dans ſes queſtions notables du droit, liv. 3, chap. 15, mais il n'a pas raiſon de dire, que M. Cujas, dans ſes obſervations liv. 3 chap. 15, eſt de l'avis de M. Faber, il ne parle point en cet endroit de notre queſtion; mais ſur la novelle 99, il en parle, & il dit, que les coobligés étant naturellement cautions les uns des autres, celui qui paye la dette entiere, a en qualité de caution, l'action du mandat contre les autres, *duo rei ejuſdem pecuniæ non inutiliter fidejubent vice mutua, nam ſic fit ut ſolventi ſolidum partim ſuo, partim fidejuſſorio nomine, mandati actio competat adverſus alterum:* c'eſt pourquoi Faber le réfute auſſi, mais il le fait toujours avec reſpect, en l'appellant *vir doctiſſimus*, au lieu qu'il traite très-mal du Moulin, il l'accuſe d'avoir trop bonne opinion de lui-même, *nimium ſane ingenio ſuo confidenti*

Depuis j'ai vu le recueil d'arrêt de M. Catelan, que l'on a donné au public, j'y ai trouvé toutes ces queſtions traitées & décidées, c'eſt dans le tome 2, liv. 5, ch. 49, & liv 7, chapitre 12.

11 Dans le premier chapitre il décide, 1°. Que les coobligés ſolidairement ſont caution entr'eux, & par conſéquent celui qui paye, a l'action du mandat contre les autres; mais cette action n'eſt pas ſolidaire, s'il n'a pas pris ceſſion ou ſubrogation du créancier.

12 2°. Quand celui qui a payé a pris ceſſion ou ſubrogation du créancier, il peut s'adreſſer ſolidairement à celui des débiteurs que bon lui ſemble, pour le contraindre au payement de toute la dette, avec deux limitations; la premiere, qu'il faut déduire la portion de celui qui a payé; la ſeconde, s'il y a quelques-uns des autres débiteurs inſolvables, il faut que celui qui a payé, porte ſa part de l'inſolvabilité.

13 3°. Les cautions ſolidaires ne ſont point cautions entr'elles; ainſi quand l'une a payé ſans ceſſion ni ſubrogation, elle ne peut rien demander aux autres qui ſont libres de plein droit. Mais quand une ſemblable caution a pris ceſſion du créancier, elle peut demander toute la dette à chacun des autres, ſans même être obligée de déduire ſa part des inſolvables.

14 4°. La caution ſolidaire de pluſieurs coobligés ſolidairement qui a payé la dette, peut répéter ſans aucune ceſſion, toute la dette contre celui des coobligés que bon lui ſemble; parce qu'elle n'a aucun intérêt perſonnel à la dette, *beneficium ſuum non debet ei eſſe damnoſum.*

Dans le chapitre 12 il décide, 1°. Que l'interpellation faite à un des coobligés ſolidaires par un ſeul des créanciers, profite à tous les créanciers, & nuit à tous les débiteurs, & interrompt la preſcription envers & contre tous.

15 2°. Que la demande faite contre l'un, fait courir les intérêts contre tous les autres. Il dit que cela fut ainſi jugé en la premiere chambre des enquêtes, le 7 avril 1663. Il ajoute que cela a lieu, quand même les coobligés ſe ſeroient obligés en différens tems.

16 3°. Il dit qu'il n'en eſt pas de même entre cohéritiers; la demande faite à l'un, n'interrompt point la preſcription contre les autres. Il cite un arrêt du mois d'avril 1671, qui l'a ainſi jugé.

17 4°. Savoir, ſi la demande faite contre le principal débiteur interrompt la preſcription à l'égard de la caution. Cette queſtion eſt fort douteuſe. Pour abréger, je me contenterai de citer M. du Perrier, liv. 3, queſtion 7, qui la traite fort doctement; il tient pour la négative. M. Catelan diſtingue, quand la caution eſt ſolidairement obligée, il dit qu'il la faut conſidérer comme l'un des coobligés; mais quand la caution n'eſt pas ſolidaire, il y fait plus de difficulté.

18 Il y a un cas où il n'y a point de diſtinction à faire; la demande faite contre le principal débiteur produit les intérêts contre la caution, *tenetur in omnem cauſam.*

19 A l'égard des cautions judiciaires, il eſt certain qu'elles ne jouiſſent pas du bénéfice de diſcuſſion, ni de diviſion, ſuivant les arrêts rapportés par M. Louet, lett. F, ch. 23. Sur ce pricipe, il ſemble qu'il n'y ait pas de doute, que la demande faite contre le principal débiteur, ne doive interrompre la preſcription à l'égard de la caution; c'eſt le ſentiment de M. Catelan, dans ce même chapitre 12, à la fin. Mais M. du Perrier, dans la même queſtion 7, à la fin, diſtingue le tems qui a précédé la condamnation, d'avec
20 celui qui l'a ſuivi. Dans le premier cas, il convient que l'interruption faite contre le débiteur principal, interrompt à l'égard de la caution: mais dans le ſecond cas, il ſoutient le contraire; parce que le créancier qui avoit la liberté de faire payer la caution, doit s'imputer ſa propre négligence.

NOUVELLES

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'Avois oublié de rapporter la juriſprudence des arrêts du parlement de Paris. Par les anciens arrêts, deux points étoient certains en cette matiere. Le premier, qu'un coobligé qui avoit payé la dette entiere, & pris ceſſion du créancier, pouvoit agir ſolidairement contre chacun des autres coobligés, ſous deux modifications. La premiére, que ſa part demeureroit confuſe en ſa perſonne; l'autre, de ſupporter ſa part de l'inſolvabilité de celui ou ceux des coobligés qui ſe trouveroient inſolvables; cela a été ainſi jugé par trois arrêts rapportés par M. Louet, lett. R, chapit. 11; & par M. Lepreſtre, cent. 2, chapit. 60.

Le ſecond, que celui des coobligés qui paye la dette entiere, ſans prendre ceſſion du créancier, ne peut agir contre les autres coobligés que pour leur part & portion; cela a été ainſi jugé par trois arrêts cités par M. Brodeau, ſur M. Louet, dans l'endroit ci-deſſus cité.

Depuis, il eſt intervenu deux arrêts qui ſemblent avoir changé cette juriſprudence.

Le premier, du 22 février 1650, a jugé qu'un coobligé, qui avoit payé la dette entiere, & pris ceſſion des droits & actions du créancier, avec ſubrogation en ſon lieu & place, ne pouvoit agir contre chacun des autres coobligés, que pour ſa part & portion. Cet arrêt eſt rapporté par du Freſne, dans ſon journal des audiences, liv. 5, chap. 55. Cet auteur s'éleve contre la déciſion de cet arrêt. Il dit qu'il eſt plus ſûr & plus utile de ſuivre l'ancienne juriſprudence des arrêts rapportés par M. Louet: il a raiſon; mais je crois qu'à bien examiner l'eſpece de cet arrêt, l'on y trouve une circonſtance qui peut avoir déterminé la cour à s'écarter de la régle. Les deux coobligés, qui plaidoient, convenoient en quelque façon que les deux autres coobligés étoient inſolvables. Cela étant, il n'étoit pas juſte de donner au coobligé, qui avoit payé, un recours ſolidaire contre celui des coobligés qui étoit attaqué, pour après la diſcuſſion des deux autres, lui rendre la moitié de la part des deux coobligés inſolvables. La cour, pour éviter ce circuit, ne condamna le coobligé ſolvable que pour ſa part & portion, ſauf à porter également entre celui qui avoit payé, & celui qui étoit attaqué, la perte des deux autres coobligés inſolvables.

Le ſecond arrêt eſt du 5 ſeptembre 1674; il eſt rapporté dans le journal du palais. Par cet arrêt, les offres d'un des coobligés, de payer ſa part, ont été déclarées bonnes & valables. M. Gueret, qui fait mention de cet arrêt dans ſes nouvelles remarques ſur la queſtion 69 de la centurie premiére de M. Lepreſtre, dit avoir appris des juges que cet arrêt eſt intervenu ſur deux circonſtances. La premiére, que l'eſpece étoit entre deux codonataires, qui ſont plus favorables que des coobligés. La ſeconde, que c'étoit un procureur de la cour, qui n'avoit fait les rembourſemens au créancier de la rente, que pour ſe préparer une voie de vexer ſes codonataires. Je crois que l'on peut ajouter encore deux autres raiſons. La premiére, que ce procureur étoit en mauvais prédicament. La ſeconde, que M. Guéret, dans l'eſpece par lui rappportée dans le journal du palais, remarque que ce procureur n'avoit pas pris ceſſion des droits du créancier, mais ſeulement une ſimple ſubrogation, avec proteſtation d'exercer ſon recours contre ſes codonataires.

Dans la premiére obſervation, j'ai obſervé que la caution ſolidaire, qui paye la dette entiere, ſans prendre ceſſion des actions du créancier, ne peut point agir contre ſes cofidéjuſſeurs.

Sur cela il ſe préſente trois queſtions.

La premiére, s'il peut contraindre le créancier de lui céder ſes actions.

La ſeconde, ſi quand la caution ſolidaire n'a pas pris ceſſion des droits du créancier, il peut du moins agir contre le débiteur principal.

La troiſiéme, ſi la ceſſion des droits du créancier, faite après le payement, eſt valable & peut produire quelque effet.

A l'égard de la premiére queſtion, elle eſt nettement décidée dans la loi 17, *ff. de fidejuſſ. Fidejuſſoribus ſuccurri ſolet, ut ſtipulator compellatur ei qui ſolidum ſolvere paratus eſt vendere cæterorum nomina.* La même choſe eſt décidée dans la loi cinquante-ſixiéme du même titre, & dans la loi 11, *Cod. eod.*; cela s'appelle *beneficium cedendarum actionum.*

La ſeconde eſt décidée dans la loi 26, § *ff. mandat.* dans la loi 14, *Cod. de fidejuſſ.* & dans le § 6, aux inſtitutes, au même titre, *de fidejuſſ. Si quid autem fidejuſſor pro reo ſolverit, ejus recuperandi causâ habet cum eo mandati judicium.*

La troiſiéme eſt décidée dans la loi *modeſtinus 76, ff. de fidejuſſ. Si actiones poſt aliquod intervallum ceſſe ſint, nihil ea ceſſione actum, cum nulla actio ſuperfuerit.*

BIU Cujas

Cependant nous avons deux arrêts qui ont jugé que la ceſſion faite après le payement eſt valable.

Le premier, du 28 février 1600, a été rendu au rapport de M. Louet, & eſt par lui rapporté, lett. C, ch. 38; mais il y avoit deux circonſtances. La premiére, le payement étoit néceſſaire, fait en vertu d'un contrat de mariage. La ſeconde, lors du payement, le mari & la femme, qui payoient, avoient ſtipulé que la groſſe du contrat leur ſeroit remiſe, ce qui ne pouvoit s'entendre que pour entrer en l'hypothéque du créancier.

Le deuxiéme arrêt eſt rapporté par Boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 20, ch. 12 Il y avoit une circonſtance: c'étoit entre marchands, & lors des payemens, le compte final n'avoit pas été arrêté; ainſi les affaires n'étant finies que par le compte final, il eſt vrai de dire que le payement entier n'avoit été fait que lors du compte final; & par conſéquent la ceſſion priſe par ce compte étoit ſuffiſante.

La maxime, que celui des fidéjuſſeurs qui paye ſans ceſſion ni ſubrogation, n'a aucun recours contre les autres fidéjuſſeurs, eſt ſi certaine, qu'elle a même lieu quoique le payement ait été fait par contrainte. Cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu en la quatriéme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Châteauneuf le 16 août 1706. Il eſt rapporté dans le recueil de M. Augeard, art. 75.

Sur la queſtion, ſi la demande faite à l'un des coobligés fait courir les intérêts contre les autres: Rebuffe, dans ſon traité *de conſtitutionib. reddituum*, art. 1, gloſ. 16, ſur la fin, propoſe l'eſpece à l'égard des arrérages de rente; ſçavoir, ſi pluſieurs étant obligés ſolidairement à une rente, la demande fournie contre l'un des débiteurs, pour le payement des arrérages, produit ſon effet contre les autres. Il panche pour l'affirmative ſur le fondement de la loi derniere, au code *de duob. reis. Quid ſi duo erant rei debendi, qui eoſdem redditus promiſerant, ab uno creditor petiit, utrum ab alio, ſi hic ſolvendo non ſit, vel alias petere poſſit, text. in l. fin. C. de duob. reis: reſpondet poſſe, cùm ex uno fonte unus effluxit contractus, vel debiti cauſa ex eadem cauſa apparuit.*

M. Catelan, dans ſon recueil d'arrêts du parlement de Toulouſe, dit que la queſtion à l'égard des intérêts des obligations a été jugée par deux arrêts, l'un du 7 avril 1663, l'autre ſans date, en faveur du créancier, que la demande faite à l'un des débiteurs ſolidaires, fait courir les intérêts contre les autres.

Dans les arrêts de M. le premier préſident de Lamoignon, au titre *de la ſolidité & diviſion des dettes*, l'article 12 dit que la demande des intérêts à l'un des débiteurs, ou à l'un de pluſieurs héritiers qni peuvent être pourſuivis ſolidairement, vaut auſſi contre les autres; & la pourſuite faite contre l'un interrompt la preſcription à l'égard des autres.

L'auteur des nouvelles notes ſur Lapeyrere, lett. H, nomb. 31, rapporte un arrêt du parlement de Bordeau du 31 juillet 1669, qui a jugé que la promeſſe faite par un des héritiers de payet la dette du défunt, empêche le cours de la preſcription à l'égard des autres.

Le même auteur, ſur la lett. I, nomb. 73, & ſur la lett. O, n. 53, dit que l'oppoſition formée par un créancier au décret des biens d'un coobligé ſolidairement fait courir les intérets contre les autres coobligés ſolidaires.

Lapeyrere, lett. S, nomb. 1, dit que le commandement fait à un ſeul des coobligés ne valide pas la ſaiſie ſur les autres coobligés.

L'auteur des nouvelles notes dit qu'il eſt juſte de mettre les coobligés *en demeure* par des commandemens, ou par quelqu'autre ſommation, avant de pouvoir ſaiſir à leur préjudice.

A l'égard des cohéritiers, Imbert, dans ſa pratique jud. liv. 1, chap. 17, nomb. 28, dit que par un arrêt qu'il ne date point, il a été jugé qu'un cohéritier, qui avoit payé la dette entiere, & pris ceſſion du créancier, ne pouvoit néanmoins agir contre chacun des cohéritiers que pour ſa part & portion, & cela contre le ſentiment de pluſieurs célébres avocats, qui avoient conſeillé à ce cohéritier d'appeller de la ſentence qui l'auroit débouté de ſa demande. Cet auteur dit que les avocats en ayant fait plainte, la chambre où le procès avoit été jugé délegua un conſeiller pour entendre leurs raiſons & qu'ils convinrent enſemble de s'en rapporter à un ancien & célébre avocat, qui fut de l'avis de l'arrêt. O tems heureux, où le ſénat & le barreau concouroient enſemble pour le bien de la juſtice!

Imbert ne date point cet arrêt; mais il faut qu'il ſoit ancien, car cet auteur vivoit du tems de François premier.

Cette juriſprudence n'étoit pas certainement bonne; auſſi fut-elle changée quelque tems après par un arrêt du 2 ſeptembre 1569, remarqué par Charondas, dans ſes réponſes, liv. 6, chap. 11, par lequel il fut jugé qu'un cohéritier, qui avoit été condamné de payer tous les arrérages d'une rente, avoit amorti le principal, pris ceſſion du créan-

BIU Cujas

cier, étoit bien fondé à agir ſolidairement contre un des autres cohéritiers, ſa part confuſe & déduite : Autre choſe ſeroit, dit-il, s'il n'avoit pas pris ceſſion du créancier; en ce cas il ne pourroit demander à un cohéritier qu'une portion virile. Ainſi jugé par un arrêt du 14 août 1584.

M. Lepreſtre, cent. 2, chap. 60, à la marge, dit que la même choſe a été jugée par un arrêt rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de M. Regnaut. La raiſon qu'il en donne, c'eſt que le cohéritier, qui a payé & pris poſſeſſion, *agit non ſuo nomine, ſed ceſſo.*

DE LA DÉCLARATION DES PROCUREURS.

QUESTION CENT-CINQUANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait.*
2. *Concluſions de l'auteur, en faveur du procureur.*
3. *Sentences de Montbriſon & du préſidial, qui jugent que le procureur doit être cru à ſon affirmation, d'avoir donné avis à ſa partie qu'il s'étoit rendu adjudicataire pour elle.*
4. *Arrêt du 7 juin 1658, confirmatif.*
5. *Diſſertation ſur la queſtion, ſi un procureur, faute d'avoir fait ſa déclaration dans les quarante jours, eſt tenu en ſon nom de payer les lods & ventes.*
6. *Arrêt du 2 juillet 1705, qui, ſur la demande du ſeigneur contre le procureur, met les parties hors de cour, & condamne la partie à payer les lods.*

QUESTION CLV.

Si un procureur enſuite du pouvoir à lui donné, ayant accepté une étrouſſe (1) de fruits, eſt obligé de le faire ſignifier à la partie, ou s'il ſuffit qu'il affirme lui en avoir donné avis.

1 UN procureur de ce ſiége ayant charge d'un nommé Delayre, accepte une étrouſſe de fruits pour ſon ami élu ou à élire : (2) Enſuite de quoi il en donne avis audit Delayre par miſſive, & encore l'ayant rencontré, lui dit verbalement de venir accepter l'élection en ami, & de s'obliger pour le prix. Celui-ci l'ayant négligé, & laiſſé couler quelque mois, le procureur eſt preſſé de payer au commiſſaire, il en donne avis à Delayre, & le ſomme de l'en acquitter. Delayre dit, que c'eſt à tard, que les fruits ont été enlevés, & que c'eſt au procureur à les rechercher, & à garder l'étrouſſe pour lui.

Delayre ne révoque pas en doute qu'il n'eût donné le pouvoir, & il eût été convaincu par écrit, mais il oppoſe que n'ayant pas été averti de bonne heure, & n'ayant pû par ce moyen percevoir les fruits; il n'eſt plus aux termes du pouvoir qu'il avoit donné.

Il s'agiſſoit donc de ſçavoir, ſi ledit Delayre
f étant dans cette dénégation, c'étoit au procureur à vérifier qu'il en eût été averti, & qu'il n'avoit tenu qu'à lui d'accepter la remiſe.

La cauſe plaidée, nous dîmes qu'en ſemblable fait un procureur devoit être crû, & que ſon ſer-
2 ment ſuffiſoit; qu'ayant accepté une étrouſſe pour une partie, le procureur ſe contentoit de lui en donner avis par miſſive, & s'il le rencontroit de le lui dire verbalement; que les procureurs n'avoient pas accoutumé de prendre des témoins pour cela, ni d'en faire des actes par écrit qu'en cas de refus, & lorſqu'ils étoient preſſés de payer, qu'autrement la conſéquence en ſeroit dangereuſe : Il faudroit introduire qu'après l'étrouſſe le procureur ſeroit obligé de le dénoncer par acte à la partie, ce qui n'a point été pratiqué juſqu'à préſent, & n'eſt pas auſſi néceſſaire, la bonne-foi du procureur fondé du bon pouvoir ſuffiſant.

Par ſentence de ce ſiége, Delayre a été con- 3
damné envers le ſieur Truchard procureur, d'accepter l'élection en ami; d'en payer, ou rembourſer le prix, & d'en acquitter ledit Truchard, avec dépens, dommages & intérêts : ce qui a été confirmé par jugement préſidial, c'étoit en effet la cauſe de tous les procureurs, & leur communauté s'y intéreſſoit.

Extrait de regiſtres de Parlement.

ENTRE Bernard Delayre, marchand de Saint- 4
Galmier en Forêts, appellant des ſentences rendues en la ſénéchauſſée de Saint-Etienne, tranſferée en la ville de Montbriſon, le 15 mars 1656, & d'autre ſentence rendue au ſiége préſidial de Lyon, confirmative d'icelle, du 16 juin audit an : Exécutoire du 5 juillet enſuivant : Exécution de ſes biens faite enſuite, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi d'une part, & maître Sebaſtien Truchard, procureur au bailliage de Forêts audit Montbriſon, & adjoint aux enquêtes, intimé; & encore entre ledit Delayre, appellant des ſentences rendues par les gens tenans le ſiége préſidial à Lyon, le 12 janvier, 16 mai & 15 juin 1657 & ledit Truchard, intimé, d'autre : Vû par la cour leſdites

(1) Etrouſſe des fruits, ſignifie *bail judiciaire.*
(2) C'eſt-à-dire, pour celui au profit duquel il fera ſa déclaration.

BIU Cujas

ſentences, dont eſt appel, celle de ladite ſénéchauſſée de Saint-Etienne, transférée en la ville de Montbriſon, du 16 mars 1656, par laquelle l'appellant auroit été condamné à accepter l'élection en ami du bail judiciaire de queſtion, ce faiſant acquitter & tenir quitte ledit intimé du prix, charges & conditions portées par icelui, tant pour le paſſé que pour l'avenir, à quoi il ſeroit contraint par les mêmes voies que ledit intimé l'avoit été ou pouvoit être, & en outre condamné en tous les dommages & intérêts ſoufferts & à ſouffrir, & aux dépens de l'inſtance; celle du préſidial de Lyon, du 16 juin audit an, confirmative de la précédente, avec dépens de la cauſe d'appel, & de tout ce qui s'en ſeroit enſuivi, ladite ſaiſie & exécution faite enſuite des biens de l'appellant, dont eſt auſſi l'appel: Arrêt d'appointé au conſeil, du 24 novembre 1657: Cauſes d'appel, réponſes, productions des parties: Contredits reſpectivement fournis, & ſalvations dudit intimé, ſuivant l'arrêt du 12 février 1658, leſdites ſentences dudit ſiége préſidial de Lyon, dont eſt encore appel, celle du 12 janvier 1657, par laquelle après la déclaration de Pinet procureur dudit Delayre appellant, & par faute de rapporter dans quinzaine par ledit Delayre relief & exploit, il étoit permis audit Truchard intimé de faire exécuter la ſentence par l'un deſdits juges octroyée, tant pour le principal que pour les dépens, nonobſtant oppoſitions ou appellations, & ſans préjudice d'icelles, & de faire ajoûter à la déclaration deſdits dépens, le montant de ladite ſentence du 12 janvier, celle du 16 mai audit an, par laquelle acte auroit été octroyé des dires, déclarations, remontrances & requiſitions reſpectivement faites par les parties, & ordonné que dans quinzaine ledit appellant défendroit à la condamnation des intérêts, autrement dès-lors condamné au payement d'iceux, à raiſon de l'ordonnance, de la ſomme de cent quarante-deux livres, dix ſols, depuis le commandement fait de payer ladite ſomme, juſqu'à l'actuel payement: Comme auſſi que dans le même tems de quinzaine, ledit appellant diroit cauſes valables, concernant la vente du bled en queſtion, autrement ledit bled ſeroit vendu en la maniere accoutumée, en place publique, au plus offrant & dernier encheriſſeur, & les deniers en provenans baillés & délivrés audit intimé, en déduction & juſques à concurrence de ſon dû, tant en principal, intérêts que dépens, les frais de ladite vente préalablement levés: A l'effet de quoi commandement ſeroit fait audit appellant de faire ou faire faire ouverture des endroits de ladite maiſon où ſeroit ledit bled, autrement permis de le faire par le premier ſerrurier à ce requis, en préſence de deux voiſins, à moindre frais & dommage que faire ſe pourroit: Ordonné en outre que des deniers qui proviendront de ladite vente, il en ſeroit déduit la ſomme de trois livres au nommé de la Place pour les frais de ſa déclaration, icelui appellant condamné aux dépens de l'inſtance, faute de ſatisfaire dans icelui tems, & paſſé outre comme pour exécution de jugement, nonobſtant oppoſitions ou appellations, & ſans préjudice d'icelles; & celle du quinziéme enſuivant, par laquelle, faute d'avoir défendu par ledit appellant pertinemment, icelui auroit été condamné aux intérêts de ladite ſomme principale de cent quarante-deux livres dix ſols, depuis le 27 mars, jour du commandement qui lui avoit été fait de payer juſques à l'actuel payement, comme auſſi faute de dire cauſes valables contre la vente du bled ſaiſi, & dont étoit queſtion, permis audit intimé de faire faire ouverture de la maiſon & endroits où ſeroit icelui bled par le premier ſerrurier requis, en la préſence des voiſins, au moindre frais & dommage que faire ſe pourra, pour ce fait être procédé à la vente dudit bled en place publique, en la maniere accoutumée, au plus offrant & dernier enchériſſeur, & des deniers en provenans ledit intimé payé, tant en principal, intérêts, que dépens, juſques à concurrence de ſon dû, les frais de ladite vente préalablement levés, icelui appellant en outre condamné ès-dépens de l'inſtance, frais & miſes d'exécutions, paſſé outre nonobſtant oppoſitions ou appellations, & ſans préjudice d'icelles, comme pour raiſon de jugement: Arrêt d'appointé au conſeil & joint, du 18 mai 1658, employé pour cauſes d'appel & réponſes, celle dudit intimé auſſi pour production: Production dudit appellant: Requête dudit intimé employée pour contredits, ſuivant le ſuſdit arrêt à contredire déclaré commun, & tout conſidéré: DIT A ÉTÉ, que ladite cour a mis, met les appellations au néant, ordonné que ce dont a été appellé ſortira effet, condamne l'appellant ès-dépens de la cauſe d'appel, & en une amende ordinaire de douze livres ſeulement. Prononcé le 7 juin 1658 & ſigné par collation.

OBSERVATIONS.

IL me ſemble que cette queſtion eſt inutile; car un procureur, qui a pris un bail judiciaire pour une partie, en vertu du pouvoir à lui donné, ſi cette partie ne veut pas accepter le bail volontairement, le procureur n'a qu'à faire ſa déclaration au greffe, & y mettre le pouvoir qu'il a eu de la partie, après quoi il eſt valablement déchargé.

Mais la queſtion peut être encore ſur la qualité du pouvoir; ſçavoir, s'il faut qu'il ſoit paſſé pardevant notaires, ou ſi un pouvoir ſous ſeing privé eſt ſuffiſant. Quand les parties ſont demeurantes dans le lieu de la juriſdiction, & qu'elles ſont notoirement ſolvables, les procureurs ſe contentent d'un écrit ſous ſignature privée, ſouvent même cela eſt néceſſaire pour conſerver le ſecret dans ces ſortes d'occaſions, qui pourroit être éventé, s'il falloit des actes pardevant notaires.

En quel tems les procureurs doivent faire leur déclaration.

C'eſt une queſtion de ſçavoir en quel tems le procureur eſt tenu de faire ſa déclaration, que l'on appelle dans la province *élection en ami*, il n'y a point de loi qui ait déterminé ce tems; l'uſage eſt différent. A Paris, ordinairement les procureurs font leur

BIU Cujas

déclaration dans la huitaine; à Lyon, à Montbrison & autres siéges de la province, le délai est de 40 jours; en Languedoc, il est d'un an, suivant le temoignage de Graverol, dans ses observations sur la Rocheflavain, des droits seigneuriaux, chapitre 38, article 8.

La difficulté est de sçavoir, si le procureur, qui ne fait pas sa déclaration dans le tems desiré par l'usage, doit en son nom un droit de lods, & celui au profit duquel il a fait sa déclaration après le tems, un autre droit.

Cette question s'est présentée dans un procès où j'ai écrit depuis peu & qui vient d'être jugé en la quatriéme chambre des enquêtes, au rapport de M. Doublet de Croui: voici le fait.

Les biens d'Antoine Martin, chirurgien de la ville de Lyon, ayant été saisis réellement, de l'autorité du juge conservateur, il y eut plusieurs opposans, entr'autres Joseph & Marie Martin, enfans du premier lit d'Antoine Martin, créancier du chef de Marie Godard leur mere, & Marie Vian, veuve en secondes nôces de Martin. Leurs créances ayant été contestées, cela donna lieu à un appointement en droit, sur lequel intervint une sentence contradictoire le 20 juillet 1699, par laquelle il fut dit que les immeubles saisis étoienr délaissés aux enfans du premier lit jusqu'à concurrence de leur dû, pour en jouir diffinitivement & en pleine propriété, & à Marie Vian, pour en jouir par elle par forme d'antichrèse pendant neuf années pour ce qui pouvoit lui arriver desdits biens, suivant le partage qui seroit fait entr'elle & les enfans du premier lit, à la charge de faire faire trois publications.

Le 29 août 1699, Marie Vian donna un pouvoir sous seing-privé à M. Pierre du Fournel, procureur ès cours de Lyon, qui occupoit pour elle, afin de se rendre adjudicataire des biens de son mari, sans déclarer si l'adjudication devoit être par antichrèse, ou autrement. En vertu de ce pouvoir du Fournel se rendit adjudicataire le 4 septemb. suivant pour son ami élu ou à élire, ainsi qu'il se pratique à Lyon; il ne fit par son élection en ami dans les 40 jours, parce qu'il y eut un appel interjetté de la sentence d'adjudication par Agathe Neret qui étoit opposante au décret, & parce que Marie Vian vouloit gagner du tems pour s'accommoder avec les enfans du premier lit de son mari, & trouver des marchands pour leur remettre les héritages qui étoient à la campagne: il y avoit trois maisons dans la ville de Lyon, deux desquelles étoient dépendantes de la censive du chapitre de Saint Jean. Le 29 décembre 1699. Messire Jean Christophe de Châteauneuf de Rochebonne, Chamarier de l'église, comte de Lyon, fit assigner du Fournel aux requêtes du Palais, pour être condamné à lui payer un droit de lods pour l'adjudication à lui faite de deux maisons qui sont dans la directe de Saint Jean: du Fournel dénonça cette demande à Marie Vian, & la fit assigner pour prendre son fait & cause, ce qu'elle fit, & déclara que si son procureur n'avoit pas fait sa déclaration dans les 40 jours, ç'avoit été à sa priere & à cause de l'appel interjetté par Agathe Neret. Nonobstant cette déclaration le sieur de Châteauneuf qui vouloit avoir doubles droits, soutint que du Fournel s'étoit rendu adjudicataire en son nom, & qu'ainsi Marie Vian ne devoit point être reçue à prendre son fait & cause: il obtint une sentence par défaut le 14 février 1702, par laquelle sur la prise de fait & cause, les parties furent mises hors de cour; du Fournel forma opposition à cette sentence, le sieur de Châteauneuf soutint qu'il n'étoit pas recevable en son opposition, & mit en fait qu'il étoit entré en possession des maisons en question, & qu'il en jouissoit actuellement. Ce fait n'ayant pas été dénié en premiere instance, il intervint une sentence diffinitive le 29 août 1703, au rapport de M. le Févre de la Malmaison, conseiller en la seconde chambre des requêtes du palais, par laquelle du Fournel fut déclaré non-recevable dans son opposition à la sentence du 14 février 1702, & faisant droit sur la demande du sieur de Châteauf, du Fournel fut condamné en qualité d'adjudicataire des biens de Martin, à payer les droits de lods à lui dûs, pour raison de la vente & adjudication à lui faite desdits biens, aux intérêts du jour de la demande, & aux dépens, & sur la demande contre Marie Vian, les parties furent mises hors de cour, dépens compensés.

Le sieur du Fournel ayant appris ce jugement, fut fort surpris; il manda à son procureur d'interjetter appel, & de m'apporter le procès pour faire ses griefs; je m'attachai principalement à la question de fait, c'est-à-dire, à faire voir que ma partie n'avoit fait que la fonction de procureur, qu'il ne s'étoit point rendu adjudicataire en son nom, & qu'il n'étoit point entré en possession. Je fis voir que Marie Vian aussi-tôt après l'adjudication, avoit pris possession de tous les héritages, qu'elle avoit fait plusieurs actes de propriétaire, fait des baux, passé des quittances, des marchés & autres actes, pardevant notaires: Ensorte que le procès ayant été vu de petits commissaires pendant quatre vacations, tous messieurs les commissaires furent persuadés que le procureur n'avoit fait

BIU Cujas

que ſa fonction, & que Marie Vian étoit la véritable & ſeule adjudicaire. Le ſieur de Châteauneuf qui a beaucoup de crédit, ayant ſçu le vent du barreau, abandonna la queſtion de fait pour ſe jetter dans la queſtion de droit : il ſoutint qu'à Lyon les procureurs étoient obligés de faire leur déclaration dans 40 jours, & que faute de l'avoir faite, ils devoient les lods en leur nom ; cela me donna occaſion de faire une petite diſſertation, que le lecteur trouvera bon que je rapporte ici avec l'arrêt qui eſt intervenu.

DISSERTATION ſur la queſtion, ſi un procureur qui s'eſt rendu adjudicataire pour ſon ami élu ou à élire, eſt tenu de payer en ſon nom les droits de lods, faute d'avoir fait ſa déclaration dans les quarante jours.

5 TOUTE perſonne exempte de paſſion & de prévention trouvera ſans doute cette propoſition étrange, *durus eſt hic ſermo.*

I. Réflexion. Il n'y a ni loi, ni ordonnance, ni arrêt qui détermine le tems que les procureurs doivent faire leur déclaration, ce tems eſt différent ſuivant les différentes juriſdictions : Or d'abord qu'il n'y a point de loi qui fixe le délai pour faire la déclaration, il eſt libre de la faire en tout tems.

Mais quand il y auroit une loi qui auroit préfini un tems, ce tems ne ſeroit point fatal, ſi la loi ne l'avoit déclaré préciſément, étant une maxime certaine, que le terme accordé par la loi pour faire une choſe, n'eſt point fatal, quand la loi ne l'a pas ainſi ordonné.

Mais quand le tems ſeroit fatal, il n'emporteroit aucune peine, à moins que la loi n'eût ordonné que la peine demeureroit encourue, *ipſo facto tempore elapſo.*

Enfin, ſuivant les régles du droit dans les cauſes pénales, il faut toujours préférer l'interprétation la plus douce, *in pœnalibus cauſis benignius interpretandum eſt, rapienda occaſio eſt quæ præbet benignius reſponſum*, L. 155, § 2, & L. 168, *de reg. jur.*

II. Réflexion. Quand on fait attention ſur l'origine & la nature des lods, l'on trouve cette propoſition abſurde.

Le mot de *lod* vient de *laudare*, qui ſignifie approuver, conſentir ; c'eſt donc un droit que le nouvel acquéreur paye au ſeigneur pour avoir ſon approbation & ſon agrément, lorſqu'il le reçoit au nombre de ſes cenſitaires, & qu'il l'inveſtit de l'héritage, cela ſuppoſe la miſe en poſſeſſion ; ainſi tandis que l'acquéreur n'eſt pas entré en poſſeſſion de l'héritage, il ne doit point de lod ; c'eſt la doctrine de maître Claude Henrys, dans ſon recueil d'arrêts, liv. 3, queſt. 26, où il dit : *que pour juger ſainement, quand les lods ſont dûs, il faut joindre la propriété à la poſſeſſion, & conſidérer les deux enſemble ; parce que la cauſe principale des droits de lods conſiſte en ce que le fond change de main, & qu'un nouveau tenancier ſe préſente pour un autre au ſeigneur direct ; & que ce n'eſt pas aſſez que la propriété ſoit acquiſe, il faut que la poſſeſſion réelle la ſuive, & c'eſt plutôt par cette derniere que les lods ſe réglent, que par la ſeule conſidération de la premiere ; & de fait Juſtinien en la loi* 3, cod. de jur. emphyt. *n'accorde pas ce droit pour raiſon de l'acquiſition de la propriété, mais pour engager le ſeigneur à mettre l'acquéreur en poſſeſſion*, novum emphyteutam in poſſeſſionem ſuſcipere.

Le même auteur, liv. 3, queſtion 73, traite la queſtion, s'il eſt dû un lod quand les parties ſe départent du contrat, & il décide qu'il n'eſt rien dû quand les parties ſe départent du contrat *rebus integris*, c'eſt-à-dire, quand l'acquéreur n'eſt pas entré en poſſeſſion ; parce, dit-il, que pour établir ce droit, il faut que deux choſes concourent, la tranſlation du droit de propriété & la priſe de poſſeſſion.

Suivant ce principe, peut-on dire qu'un procureur qui n'eſt point entré en poſſeſſion *nec animo, nec corpore*, doive un lod, ſeulement parce qu'il a laiſſé écouler quarante jours ſans faire ſa déclaration.

Mais pour venir à l'eſpéce d'un acquéreur par décret, cette queſtion n'eſt pas nouvelle, elle ſe trouve traitée par pluſieurs auteurs, & jugée par pluſieurs arrêts.

M. Charles du Moulin, qui eſt un grand maître dans cette matiere, traite la queſtion dans ſon commentaire ſur la coutume de Paris, § 23, nomb. 21, 22, 23 & 24.

Dans le nombre 21 il propoſe l'eſpéce d'un homme qui a acquis en ſon nom, & qui enſuite fait ſa déclaration au profit d'un autre ; il dit qu'il ſemble que dans ce cas il ſoit dû doubles droits, puiſqu'il y a deux différentes mutations ; cependant il décide qu'il n'eſt dû qu'un ſeul droit, parce que dans la vérité il n'y a qu'une ſeule vente, *tamen in effectu non eſt niſi unica venditio, nec reſtitutio rei quam Titius fecit caio, eſt venditio, ſed liberatio debitæ fidei, ſive implementum, & ſatisfactio ſuſcepti mandati.*

Dans le nombre 22 il propoſe la queſtion, quand le procureur a acquis en ſon propre & privé nom, & qu'enſuite il remet volontairement ſon acquiſition à un autre, il

BIU Cujas

ſemble que la remiſe volontaire faite par le procureur eſt une nouvelle vente ; cependant dans le nombre 23 il décide le contraire, parce que cette nouvelle vente n'eſt que la réſolution de la premiere pour une cauſe ancienne & néceſſaire, *contrarium puto, quia iſta nova mutatio eſt reſolutio prima ex cauſa antiqua & neceſſaria, & acquiſitio quam fecit procurator, licet illam fecerit ſibi ipſi inſpecta ſubtilitate juris, tamen non fecit pro ſe, inſpecto affectu & effectu, ſed pro mandatore, ut patet tam per eventum, quam per præcedens mandatum.* Il ajoute, que quand les coutumes accordent des droits ſeigneuriaux en cas de vente, elles entendent parler des ventes effectives & non des paſſageres, *intelligitur & refertur ad veras effectuales venditiones & mutationes, non autem ad illas quæ conſiſtunt in mera ſubtilitate quæ ſæpe à judicibus non admittitur.*

A la fin de ce nombre il dit que cela a lieu, pourvu que la remiſe ait été faite les choſes étant entieres : il ajoute qu'elles ſont entieres quand l'acquéreur n'eſt pas entré en poſſeſſion, & qu'il n'a point été inveſti par le ſeigneur, *hæc intelligo dummodo hujuſmodi reſtitutio fiat re integra, non dico incontinenti, ſed quod Titius non fuerit nomine ſuo inveſtitus à patrono, nec per aliquot annos poſſederit & adminiſtraverit tanquam dominus.* Cette déciſion convient à l'eſpéce dont il s'agit ; car quoique l'appellant n'ait fait ſa déclaration qu'environ ſix mois après l'adjudication, il l'a faite la choſe étant entiere, puiſqu'il ne s'eſt point immiſcé en aucune maniere dans les biens en queſtion ; au contraire il y a preuve au procès, qu'auſſi-tôt après l'adjudication Marie Vian, pour laquelle l'appellant s'étoit rendu adjudicataire, eſt entrée en poſſeſſion des deux maiſons qui ſont dans la cenſive de l'intimé, dont elle a fait des baux pardevant notaires, qui ſont produits au procès.

Dans le nombre 24 il propoſe l'eſpéce de celui qui s'eſt rendu adjudicataire pour celui qu'il nommera (comme l'appellant a fait pour ſon ami élu ou à élire) il dit qu'il ſuffit qu'il paroiſſe que l'acquiſition ait été faite pour un autre, quoique l'acquéreur n'ait pas déclaré la perſonne pour laquelle il a fait l'acquiſition ; parce qu'il peut avoir eu de bonnes raiſons pour ne le pas faire, *ſatis eſt quod ab initio appareat emiſſe nomine alieno, licet perſonam non expreſſerit, quia mandator propter varias juſtas cauſas vetare potuit nomen ſuum exprimi, & ex eo ſolo quod non fuit expreſſa perſona, non poteſt colligi in fraudem patroni factum vel ſimulatum eſſe.* Cette déciſion convient encore à l'eſpéce dont il s'agit, l'appellant a eu de bonnes raiſons pour ne pas faire ſi-tôt ſa déclaration ; il y avoit un appel interjetté de la ſentence d'adjudication par Agathe Neret, & un autre de la part des enfans du premier lit de Martin ; d'ailleurs Marie Vian avoit intérêt de gagner du tems pour s'accommoder avec les enfans du premier lit de ſon mari, afin de leur remettre une partie des héritages compris dans l'adjudication, & de trouver un marchand, afin de le ſubroger en ſon lieu & place pour le domaine de Sainte-Foi.

M. d'Argentré, dans ſon traité *de laudim.* § 21, traite la même queſtion ; il eſt de l'avis de du Moulin, auſſi-bien que Pontanus, dans ſon commentaire ſur la coutume de Blois, art. 79, § 4, pag. 312.

A l'égard des auteurs des pays de droit écrit, M. Maynard, dans ſes queſtions notables du droit écrit, livre 4, ch. 51, traite la queſtion dans l'eſpéce d'un adjudicataire, qui avoit après-coup remis ſon adjudication à un tiers, ſavoir, ſi en ce cas le ſeigneur peut prétendre doubles droits. Il dit qu'il fut jugé à ſon rapport, qu'il n'étoit dû qu'un ſeul droit, parce que la ſentence d'adjudication ne transfere point la propriété en la perſonne de l'adjudicataire, quand, en vertu d'icelle, il n'a point pris poſſeſſion, *transfertur dominium, hoc verum & ita procedit, ſi vi talis ſententiæ fuerit ſecuta traditio, non aliàs.* Il ajoute que la cauſe du ſeigneur fut trouvée ſi calomnieuſe, que peu s'en fallut qu'il ne fût condamné en la groſſe amende.

M. de la Rocheflavain, dans ſon traité des droits ſeigneuriaux, ch. 38, article 8, établit la même maxime & cite le même arrêt. M. Graverol, dans ſes obſervations ſur cet article, cite un autre arrêt rendu en l'audience de la grand-chambre, le 7 mai 1660, qui a jugé la même choſe ; il en rend la raiſon : *En effet*, dit-il, *il eſt certain que juſqu'à la miſe en poſſeſſion, un decretiſte ne peut pas ſe dire propriétaire des biens décretés, & que juſqu'à ce tems-là il ne doit aucun lod.*

Si l'on examine la queſtion ſuivant l'eſprit du droit coutumier, elle ſouffre encore moins de difficulté, preſque toutes les coutumes parlant des lods, joignent ces trois mots enſemble, vente, ſaiſine & amende : ce qui ſignifie que les lods ne ſont dûs que pour la ſaiſine, c'eſt-à-dire, pour la miſe en poſſeſſion.

Nous avons quelques coutumes qui parlent expreſſément de cette queſtion ſous le nom de *command*, c'eſt-à-dire, qui a commandé à un autre de ſe rendre adjudicataire pour lui. La coutume d'Artois, art. 92, dit : *que l'acheteur & dernier enchériſſeur d'héritage vendu par decret, outre qu'il peut le retenir pour lui & à ſon profit, il lui eſt loiſible en*

BIU Cujas

vuidant ſes mains des deniers de la vendue, auparavant la ſaiſine par lui priſe, déclarer ſon command recevable. Et pour icelle déclaration de command, pour icelui command ſoi faire ſaiſir des héritages ainſi vendus, ſans que pour ce ſoient dûs au ſeigneur droits ſeigneuriaux autres que ceux à quoi peut monter la demeure par decret. L'article 93 porte : *Il eſt loiſible acheter héritages pour lui ou ſon command, en déclarant ſon command lorſque la ſaiſine ſe fera, pourvu que par ladite déclaration ne ſoient payés aucuns deniers, auquel cas ſeroient dûs doubles droits ſeigneuriaux.* Cette coutume ne préfinit point le tems auquel l'adjudicataire eſt obligé de faire ſa déclaration ; elle dit au contraire, qu'il eſt recevable à la faire en tout tems, pourvu que ce ſoit auparavant la ſaiſine, c'eſt-à-dire, avant la priſe de poſſeſſion.

Il y a quelques coutumes, comme Amiens, Cambrai, qui diſent que la déclaration doit être faite dans quarante jours : mais il n'y en a aucune qui diſe que faute par l'adjudicataire d'avoir fait la déclaration dans les quarante jours, il doive des droits en ſon nom : ainſi la prétention de l'intimé eſt nouvelle, *rem novam deſideras, ergo & illicitam.*

III. Réflexion. Il faut encore obſerver les inconvéniens dangereux & les ſuites fâcheuſes qui arriveroient, ſi l'on obligeoit les procureurs de faire leur déclaration dans un certain tems, & que ce terme fût fatal.

1. Souvent celui pour qui le procureur a pris l'adjudication n'a pas ſon argent prêt ; cependant ſi le terme étoit fatal, & que le procureur fût néceſſité de faire ſa déclaration dans un bref intervale, il donneroit occaſion de pourſuivre ſa partie pour conſigner le prix, ſinon de ſouffrir une revente à la folle enchere.

2. Quand les héritages ſont conſidérables & ſitués en différentes provinces, il faut que l'adjudicataire ait le tems de trouver des perſonnes pour prendre une partie des héritages, en les ſubrogeant en ſon lieu & place, afin d'éviter doubles droits.

3. Ce ſeroit une voie pour enrichir les procureurs qui ne ſeroient pas fidéles. Un procureur qui voudroit profiter du bon marché qu'il auroit eu, n'auroit qu'à laiſſer paſſer les huit jours ou quarante jours deſtinés pour faire ſa déclaration, après ce tems il ſeroit déclaré le véritable propriétaire & adjudicataire en ſon nom. Si l'appellant étoit capable d'une ſemblable prévarication, il auroit adhéré aux concluſions de l'intimé, & par ce moyen il ſe ſeroit rendu le maître des héritages de ſon adjudication, où il y avoit plus de deux mille écus à gagner.

4. La fidélité d'un procureur qui auroit différé de faire ſa déclaration pour l'intérêt de ſa partie, ſeroit punie d'une double peine ; car non-ſeulement il ſeroit obligé de payer des droits de lods au ſeigneur qui ſont très-gros à Lyon, puiſque c'eſt le cinquiéme denier du prix du contrat ; mais il ſeroit auſſi obligé de payer les droits de conſignation : car on ne peut l'obliger à payer les droits ſeigneuriaux, qu'en ſuppoſant qu'il eſt propriétaire des héritages, en cette qualité il ne pourroit pas ſe diſpenſer de payer les droits de conſignation.

Pour donner atteinte à toutes ces loix & à toutes ces raiſons, l'on s'eſt aviſé de ſoutenir à la veille du jugement du procès, que c'eſt l'uſage de Lyon. Il faut diſtinguer : l'uſage de Lyon eſt que les procureurs doivent faire leur élection en ami quarante jours après l'adjudication à eux faite, mais l'uſage n'eſt pas que faute de l'avoir faite, ils ſoient tenus de payer des lods en leur propre & privé nom, on les pourſuit pour faire leur déclaration, & à défaut de la faire dans le tems préfini par le juge, l'on fait revendre les héritages à leur folle enchere ; cet uſage eſt juſtifié par une ſentence de Lyon, du 15 mai 1700, produite au procès.

Le ſieur intimé a offert de rapporter un acte de notoriété de l'uſage par lui allégué ; il a tenté de l'obtenir, mais les officiers de Lyon ont ſeulement atteſté que les procureurs doivent faire leur déclaration dans les quarante jours ; mais ils ont refuſé d'atteſter, qu'après ce tems les procureurs doivent payer les lods en leur nom : ainſi il faut qu'il demeure pour conſtant, que l'intimé pour établir une demande auſſi extraordinaire que la ſienne, n'a ni loi, ni ordonnance, ni arrêt, ni uſage.

Extrait des Regiſtres du Parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, ſavoir faiſons, que comme de certaine ſentence donnée par nos amés & féaux conſeillers les gens tenans les requêtes de notre palais à Paris, le 29 août 1703, entre Jean-Chriſtophe de Chateauneuf de Rochebonne, chanoine de l'égliſe, comte de Lyon, demandeur aux fins de l'exploit d'aſſignation, du vingt-neuf décembre 1699, à ce que le défendeur ci-après nommé, fût condamné

BIU Cujas

damné comme adjudicataire par décret des biens de défunt Jean-Antoine Martin, de payer audit de Chateauneuf, en la qualité de Chamairier, les droits de lods & ventes à lui dûs, pour raiſon de l'acquiſition faite par ledit défendeur, des biens dudit Martin, & dont étoit queſtion, aux intérêts des ſommes auſquelles leſdits droits de lods & ventes ſe trouveront monter, à compter du jour de la demande, & en tous les dépens, ſans préjudice audit de Chateauneuf de prendre dans la ſuite de plus amples concluſions, & à ſes autres droits & actions, d'une part; & Pierre du Fournel, procureur ès cours de Lyon, défendeur, d'autre part; & encore entre ledit du Fournel, demandeur en ſommation aux fins de la requête & exploit des 11 & 16 février 1701, à ce qu'il lui fût donné acte de la dénonciation qu'il faiſoit à Marie Vian, veuve d'Antoine Martin, de la demande dudit ſieur de Rochebonne, à fin de payement deſdits droits de lods & ventes; ce faiſant, qu'elle ſeroit tenue de prendre ſon fait & cauſe, & faire ceſſer ladite demande, ſinon qu'elle ſeroit tenue d'acquitter ledit du Fournel, de toutes les condamnations qui pourroient intervenir contre lui, tant en principal, iutérêts, que dépens, & qu'elle ſeroit en outre condamnée en ſes dommages, intérêts & dépens, tant en demandant, défendant, que de la demande en ſommation, d'une autre part, & ladite Marie Vian, veuve d'Antoine Martin, défendereſſe, d'autre part; par laquelle ledit du Fournel auroit été déclaré non-recevable dans ſon oppoſition à l'exécution de la ſentence du 14 février 1702; & faiſant droit ſur la demande dudit de Chateauneuf, ledit du Fournel auroit été condamné, en qualité d'adjudicataire des biens de défunt Antoine Martin, à payer audit de Chateauneuf les droits de lods & ventes à lui dûs, pour raiſon de la vente & adjudication faite audit du Fournel des biens dudit Martin, aux intérêts du jour de la demande juſqu'à l'actuel payement, & aux dépens, & ſur la demande dudit du Fournel, contre ladite Marie Vian, les parties auroient été miſes hors de cour: Eut été appellé en notre cour de parlement, en laquelle les parties ouies en leurs cauſes d'appel, & procès par écrit, conclu par arrêts des 13 décembre 1702, & 12 août 1704; le premier, entre ledit du Fournel, procureur à Lyon, appellant de ladite ſentence du 29 août 1703, d'une part; & ledit de Chateauneuf, intimé, d'autre; & le ſecond, entre ledit ſieur du Fournel, appellant de ladite ſentence du 29 août 1703, d'une part; & lad. Marie Vian, veuve d'Antoine Martin, intimée, d'autre; & reçu pour juger en la maniere accoutumée ſi bien ou mal auroit été appellé, les dépens reſpectivement requis par les parties, & l'amende pour nous; & ſont leſdites parties appointées à fournir griefs, réponſes, faire production nouvelle, & contre icelles donner contredits dans le tems de l'ordonnance; vû icelui procès, griefs fournis par ledit du Fournel, le 2 mai 1704, ſuivant ledit arrêt de concluſion du 13 décembre 1704, à ce que par arrêt qui interviendroit, ledit du Fournel fût déchargé de la demande dudit de Chateauneuf en payement de lods & ventes, ſauf à lui à ſe pourvoir contre ladite Marie Vian, au profit de laquelle ledit de Fournel avoit fait ſon élection en ami & ſa déclaration; & qu'il fût condamné en tous les dépens, tant des cauſes principales, que d'appel. Réponſes fournies par ledit de Chateauneuf le 20 juin 1704, aux griefs dudit du Fournel, ſuivant ledit arrêt de concluſion du 13 décembre 1703: ſalvations fournies par ledit du Fournel le 1 août 1704, aux réponſes à griefs dudit de Chateauneuf: requête dudit du Fournel du 19 août 1704, employée entr'autres choſes pour griefs, ſuivant ledit arrêt de concluſion: requête de ladite Marie Vian du 26 août 1704, employée pour réponſes aux griefs dudit du Fournel, ſuivant ledit arrêt de concluſion du 21 août 1704: dix productions nouvelles, cinq dudit du Fournel: la premiere, par requête du 15 juillet 1704: requête dudit de Chateauneuf, du 7 août 1704, employée pour contredits: ſalvations fournies par ledit du Fournel le 13 août 1704: La ſeconde, par requête du 1 août 1704; contredits fournis contre icelle par ledit de Chateauneuf le 8 août 1704, ſervant auſſi de réponſes aux ſalvations dudit du Fournel: La troiſiéme, par requête du 7 avril 1705; réponſes fournies par ledit de Chateauneuf contre icelle le 25 avril 1705: réponſes fournies par ledit du Fournel le 5 mai 1705, auſdits contredits: rcquête de ladite Marie Vian, du 27 avril 1705, ſignifiée le 28, employée pour contredits contre la production nouvelle dudit jour 7 avril 1705: La quatriéme, par requête du 12 juin 1705, ſignifiée le 13; requête dudit jour 13 juin 1705, dudit de Chateauneuf, employée pour contredits: La cinquiéme, par requête du 17 juin 1705; requête dudit de Chateauneuf du 19 juin 1705, employée pour contredits; requête dudit du Fournel du 5 juin 1705, employée pour ſalvations; Et cinq dudit de Chateauneuf: La premiére, par requête du 7 août 1704; contredits fournis par ledit du Fournel le 13 août 1704: La ſeconde, par requête du 27 janvier 1705; ſommation de contredire par ledit du Fournel: La troiſiéme, par requête du 9 juin 1705; contredits fournis par ledit du Fournel contre icelle le 12 juin 1705: La quatriéme, par requête du 22 juin 1705; requête

BIU Cujas

dudit du Fournel, du 22 juin audit an, employée pour contredits ; requête dudit de Chateauneuf du 23 juin 1705, employée entr'autres choſes pour ſalvations; & la cinquiéme eſt la requête ci-deſſus énoncée du 23 juin 1705, employée pour production nouvelle : requête dudit du Fournel du 25 juin audit an, employée pour contredits: requête dudit du Fournel du 5 juillet 1704, à ce qu'il fût reçu appellant en adhérant de la ſentence des requêtes du palais, du 14 février 1702, il fût tenu pour bien relevé ſur ledit appel, les parties fuſſent appointées au conſeil, & y faiſant droit ſur l'appellation & ce dont avoit été appellé, fuſſent mis au néant; émendant, adjuger audit du Fournel les fins & concluſions par lui priſes par ſes griefs; il lui fût donné acte, de ce que pour cauſes & moyens dudit appel, écritures & production, il employoit le contenu en ladite requête, & ce qu'il avoit dit & produit au procès; & que ledit de Chateauneuf fût condamné aux dépens: ſur laquelle requête par ordonnance, étant en fin d'icelle ſur l'appel, les parties avoient été appointées au conſeil, & acte auroit été donné audit du Fournel de l'emploi porté par ſa requête, pour écritures & production; ladite ſentence rendue auſdites requêtes du palais le 14 février 1702, entre ledit de Chateauneuf, demandeur, d'une part, & leſdits du Fournel, & Vian, d'autre part, par laquelle, du conſentement dudit de Chateauneuf, ledit du Fournel auroit été reçu oppoſant aux ſentences par défaut, faiſant droit au principal ſur la requête de priſe de fait & cauſe, & demande de ladite Vian, les parties auroient eté appointées en droit à écrire, & produire pardevers M. le Fevre de la Malmaiſon, conſeiller aux requêtes, pour leur être fait droit, ainſi que de raiſon : requête dudit de Châteauneuf du ſept août mil ſept cent quatre, employée pour réponſes à cauſe d'appel, écritures & production, ſuivant ladite ordonnance du 5 juillet 1704 : inſtance entre Pierre du Fournel, demandeur aux fins de la commiſſion du 5 janvier 1704, ſuivant l'exploit du 21 dudit mois, d'une part; & Marie Vian, veuve en premieres nôces d'Antoine Martin, maître chirurgien à Lyon, & en ſecondes, du nommé de Rochins conſeiller du roi, élû à Baugé, défendeur d'autre part, ladite commiſſion & exploit des 5 & 20 janvier 1704, & demande dudit du Fournel, à ce qu'il lui fût donné acte de la dénonciation qu'il faiſoit à ladite Vian de l'appel qu'il avoit interjetté à ſes riſques, périls & fortunes de ladite ſentence, du 29 août 1703. Ce faiſant, qu'elle ſeroit tenue de ſe joindre à lui & faire infirmer lad. ſentence & décharger led. du Fournel des condamnations contre lui prononcées par icelle, ſinon & à faute de ce faire, qu'elle ſeroit tenue de l'acquitter deſdites condamnations contre lui prononcées, même de celles qui pourroient intervenir par l'arrêt qui interviendra, tant en principal, intérêts que frais, & qu'elle ſeroit en outre condamnée aux dommages & intérêts dudit du Fournel, & en tous les dépens, tant en demandant, défendant, cauſes principales que d'appel; défenſes fournies par ladite Vian, le 4 août 1704: arrêt du 7 août 1704, par lequel ſur la demande, les parties auroient été appointées, & joint à écrire & produire, le tout dans trois jours pour leur être fait droit ainſi que de raiſon : Production des parties en exécution dudit arrêt, du 7 août 1704: Contredits fournis par ladite Vian, le 17 février 1705 : Contredits fournis par ledit du Fournel, du 28 avril 1705, le tout en exécution dud. réglement : requête de ladite Vian, du 18 août 1704, à ce que leſdites lettres de reſciſion obtenues en tant que beſoin étoit ou ſeroit, par ladite Vian, le 13 août 1704, contre l'acte du 17 mars 1701, portant pouvoir de prendre le fait & cauſe dud. du Fournel, & autres actes approbatifs & procédures fuſſent entérinées, ce faiſant & adjugeant à lad. Vian, les autres fins & concluſions par elle priſes au procès, les parties fuſſent remiſes en tel & ſemblable état qu'elles étoient avant leſdits actes & procédures, ſans préjudice des fins de non-recevoir de lad. Vian, ſur ladite demande les parties fuſſent appointées en droit, & qu'il fût donné acte de ce que pour moyens de lettres, écritures & production, elle employoit le contenu en lad. requête avec ce qu'elle avoit dit, écrit & produit au procès, & que ledit du Fournel fût condamné aux dépens; ſur laquelle requête par ordonnance étant en fin d'icelle ſur la demande, les parties auroient été appointées en droit, ordonné que les parties écriroient & produiroient dans hui, attendu l'état du procès, & acte auroit été donné à lad. Vian de l'emploi porté par ſa requête pour écritures & production, leſdites lettres de reſciſion obtenues par ladite Vian, le 13 août 1704, contre le ſuſd. acte du 17 mars 1701, portant pouvoir de prendre le fait & cauſe dudit du Fournel, & autres actes & procédures approbatifs de ladite Vian, du 11 décembre 1704, employées pour écritures & production, ſuivant l'ordonnance appoſée au bas de ſa requête, du 18 août 1704, ſommation de fournir de défenſes, écrire & produire par ledit du Fournel, contredits fournis par ledit du Fournel, le 28 avril 1705, contre la production de lad. Vian, lad. requête dud. du Fournel, du 19 août 1704, ci-devant par lui employée pour griefs, à ce qu'en procédant au jugement du procès, l'appellation & ce dont avoit été appellé fuſſent mis au néant, émendant lad. Vian fût condamnée d'acquitter & garantir ledit du Fournel des prétentions dud. de Chateauneuf,

BIU Cujas

tant en principal, intérêts, que frais & dépens, & que lad. Vian fût condamnée en tous les dépens, tant de cauſes principales & d'appel que demande; ſur laquelle requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant : requête dudit du Fournel, du 19 août 1704, à ce qu'en procédant au jugement du procès & infirmant la ſentence dont étoit appel, ledit de Chateauneuf fût condamné en tous les dépens envers led. du Fournel, même en ceux faits tant aux requêtes du palais qu'à ladite cour, ſur laquelle requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant : Réponſes fournies par ledit de Châteauneuf, le 11 mai 1705 : Requête dudit du Fournel, du 28 avril 1705, ſignifiée le 4 mai enſuivant, à ce qu'il fût reçu appellant en adhérant à ſes premieres appellations de ladite ſentence, du 14 février 1702, par laquelle ſur la demande de lad. Vian, afin d'être reçue à prendre le fait & cauſe dudit du Fournel ſur la demande contre lui faite, entre led. de Châteauneuf les parties auroient été miſes hors de cour, ſur l'appel les parties fuſſent appointées au conſeil, & y faiſant droit l'appellation, & ce dont avoit été appellé fuſſent miſes au néant, émendant en conſéquence des offres faites par lad. Marie Vian en cauſe principale, de prendre le fait & cauſe dud. du Fournel ſur la demande contre lui faite par ledit de Châteauneuf, elle fût condamnée de faire ceſſer les demandes & prétentions dud. de Châteauneuf, même les condamnations contre lui prononcées par ladite ſentence du 29 août 1703, ſinon elle fût condamnée de l'acquitter de toutes leſd. condamnations, tant en principal, intérêts, que frais & dépens, & qu'elle fût condamnée en tous les dépens, tant des cauſes principales que d'appel, & demande tant en demandant qu'en défendant, & qu'il lui fût donné acte de ce que pour cauſes & moyens d'appel, écritures & productions, il employoit le contenu en lad. requête, & ce qu'il avoit dit, écrit & produit au procès; ſur laquelle requête par ordonnance étant en fin d'icelle, ſur l'appel les parties auroient été appointées au conſeil, & acte auroit été donné audit du Fournel de l'emploi porté par ſa requête : Requête de ladite Vian, du 9 mai 1705, employée pour réponſes auxdites cauſes d'appel, écritures & productions, ſuivant, & pour ſatisfaire à ladite ordonnance des 30 avril 1703 : Requête dudit du Fournel, du 15 juin 1705, à ce qu'il fût donné acte de ce qu'il mettoit en fait, que les déclarations ou élections en ami, ne ſe faiſoient point en une autre forme que celle faite par led. du Fournel, & de ce qu'il offroit de rapporter un certificat de l'uſage qui s'obſerve en pareil cas; en cas de conteſtation, les conteſtans fuſſent condamnés aux dépens; ſur laquelle requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant, requête dud. Chateauneuf, du 15 juin 1705, employée pour réponſes : Requête de lad. Vian du 16 juin 1705, à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'en cas que la cour fît quelque difficulté ſur l'adjudication faite par la ſentence du 4 ſeptembre 1699, en exécution de celle du 20 juillet précédent, elle offroit de rapporter un acte de notoriété ou certificat de Lyon; pour établir & juſtifier de l'uſage en queſtion, & que ledit du Fournel fût condamné aux dépens; ſur laquelle requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant : Requête dudit du Fournel, du 19 juin 1705, employée pour réponſes : Requête de ladite Vian du 17 juin 1705, à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'en augmentant les concluſions priſes par ſa requête du 16 dud. mois de juin, elle mettoit en fait que les adjudications, déclarations & acceptations par forme d'antichrèſe ne ſe faiſoient pas autrement, ni d'une autre maniere que celle faite par la ſentence du 4 ſeptembre 1699, & la déclaration faite par led. du Fournel, au profit de ladite Vian le 17 mars 1700, par elle acceptée au même inſtant; il lui fût pareillement donné acte de ce qu'elle ſoutenoit que l'uſage de l'antichrèſe étoit obſervé à Lyon; & en cas que ledit de Chateauneuf en voulût diſconvenir, il lui fût donné acte de ce qu'elle offroit d'en rapporter dans tel tems qu'il plairoit à la cour des actes de notoriété de tous les ſiéges de ladite ville de Lyon, & même de toutes les juriſdictions de la province; & en cas de conteſtation, les conteſtans fuſſent condamnés aux dépens, ſur laquelle requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant : Requête dudit de Chateauneuf, du 17 juin 1705, employée pour réponſes à celle de ladite Vian, du 16 juin 1705, contenant auſſi demande à ce qu'il lui fût donné acte de la déclaration qu'il faiſoit en tant que de beſoin, qu'il ne prétendoit qu'une ſeule fois les droits de lods & ventes à lui dûs pour l'adjudication à lui faite audit du Fournel, le 4 ſeptembre 1699, & déclaration prétendue faite en conſéquence & dont eſt queſtion, & procédant au jugement dudit procès, ſans s'arrêter à ladite requête dont ladite Vian ſeroit déboutée, condamner tant ledit du Fournel ou ladite Vian, ou celui d'entr'eux que ladite cour jugeroit à propos, à payer audit de Chateauneuf les lods & ventes par lui demandés & adjugés par ladite ſentence dont eſt appel, aux dommages & intérêts, ſoufferts & à ſouffrir par ledit de Chateauneuf, par les colluſions & intelligences dudit du Fournel & de ladite Vian, dont les preuves étoient au procès, & en tous les dépens faits par ledit de Chateauneuf, tant contre l'un que contre l'autre, ès cauſes principales & d'appel & demandes, en demandant & défendant, & qu'il lui fût donné acte de ce que pour écriture & production, il employoit le contenu en ladite requête, par laquelle requête par

BIU Cujas

ordonnance, étant au bas, fourniroient les défendeurs de défenſes, écriroient & produiroient dans trois jours, attendu l'état du procès, & acte auroit été donné audit de Chateauneuf de l'emploi porté par ſa requête pour écritures & productions, ſuivant ladite ordonnance, du 17 juin 1705 : Requête dudit du Fournel, du 19 juin 1705, employée pour défenſes, écritures & productions, ſuivant ladite ordonnance, du 17 juin 1705, & contenant demande à ce qu'il lui fût donné acte, de ce qu'il acceptoit & prenoit droit par la déclaration dudit de Chateauneuf, portée par ſa requête, du 17 dudit mois de juin, qu'il ne prétendoit plus qu'un droit de lod; ce faiſant, procédant au jugement du procès, lui adjuger ſes fins & concluſions avec dépens, ſur laquelle requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant: Requête dudit ſieur de Chateauneuf, du 22 juin 1705, employée pour réponſes: Factum ſignifié à la requête dudit du Fournel, le 7 mai 1705 : Autre factum ſignifié à la requête dudit de Chateauneuf, le 11 mai 1705, employé pour réponſes à celui dudit du Fournel; réponſes au factum dudit de Chateauneuf fourni par ledit du Fournel, le 19 mai 1705 : Mémoire ſignifié à la requête dudit du Fournel ledit jour 7 mai 1705 : Sommations générales de ſatisfaire par toutes les parties à tous les réglemens du procès, & ſuivant iceux fournir de réponſes & défenſes, écrire, produire & contredire; tout joint vû & diligemment examiné: Notredite cour par ſon jugement & arrêt faiſant droit ſur le tout, ſans s'arrêter aux lettres de reſciſion obtenues par ladite Vian, le 13 août 1704, dont elle eſt déboutée; en tant que touche le procès par écrit & appellations verbales, a mis & met les appellations, ſentences & ce dont a été appellé au néant, émendant ſur la demande dudit de Rochebonne contre ledit du Fournel portée par exploit du 29 décembre 1699, en payement de lods & ventes, les parties hors de cour & de procès, & faiſant droit ſur la demande dudit de Rochebonne portée par ſa requête du 17 juin dernier contre ladite Vian, la condamne à payer audit de Rochebonne les droits de lods & ventes pour les héritages compris en l'adjudication en queſtion, pour ce qui eſt dans la mouvance dudit de Rochebonne, aux intérêts du jour de la demande dudit de Rochebonne, contre ladite Vian, à compter du 17 juin dernier, juſqu'au payement deſdits lods & ventes, & ſur le ſurplus des demandes les parties hors de cour & de procès, condamne ledit de Rochebonne en la moitié des dépens des cauſes principales d'appel & demandes, vers ledit du Fournel, l'autre moitié compenſée, condamne en outre ladite Vian en tous les dépens, tant des cauſes principales que d'appel & demandes vers ledit de Rochebonne & du Fournel, même d'acquitter ledit de Rochebonne de la moitié des dépens èſquels il eſt condamné vers ledit du Fournel, & en ceux compenſés entre lui & ledit de Chateauneuf, la taxation des adjugés par devers notredite cour, en la quatriéme chambre des enquêtes. Si mandons au premier huiſſier ou ſergent ſur ce requis, mettre le préſent arrêt à exécution, car tel eſt notre plaiſir. Donné à Paris en notre cour de parlement, le 2 juillet, de l'an mil ſept cent cinq, & de notre régne le ſoixante-troiſiéme. Collationné par jugement & arrêt de notredite cour, *ſigné* du Tillet.

Cet arrêt a jugé trois queſtions. La premiere, qu'un procureur qui s'eſt rendu adjudicataire pour ſon ami élu ou à élire, ne doit pas des lods en ſon nom, faute d'avoir fait ſa déclaration dans les quarante jours. La ſeconde, que la partie au profit de laquelle le procureur avoit fait ſa déclaration pour en jouir par elle par forme d'antichrèſe, devoit des droits de lods pour raiſon de cette adjudication, d'où l'on pourroit induire que les lods ſont dûs pour les adjudications par antichrèſe. Sur la queſtion derniere du livre 3 de ce tome, j'ai obſervé les circonſtances particulieres qui ont déterminé la cour à l'ordonner ainſi; ſur cette même queſtion j'ai parlé aſſez au long de l'antichrèſe, & comment elle ſe pratique à Lyon. J'ai dit que c'eſt une miſe en poſſeſſion que le juge donne des biens d'un débiteur abſent, ou mort inſolvable, à l'un de ſes créanciers, pour en jouir juſqu'à ce qu'il ſoit rempli de ſon dû en principal, intérêts & frais; mais je n'ai point rapporté d'exemples ni d'autorités pour établir cette propoſition, & autoriſer cet uſage, cependant nous en avons pluſieurs dans le droit.

Le premier eſt dans la loi *Gaius, 39, ff. de pign. act.* où il eſt parlé d'une convention faite entre un débiteur & un créancier, portant que le créancier jouiroit des héritages du débiteur pendant un certain tems, juſqu'à ce qu'il fût payé de ſon dû, *ut creaitor pignus in compenſationem pecuniæ ſuæ certo tempore poſſideret.*

Le ſecond eſt dans la loi 1, au code du même titre, où il eſt dit que les fruits des héritages donnés en gage, s'imputent ſur toute la dette, & que s'ils ſont ſuffiſans pour l'acquitter, l'action ceſſe & le gage doit être rendu, *ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui ſi ſufficiunt ad totum debitum, ſolvitur actio & redditur pignus.*

Le troiſiéme eſt dans la loi ſeconde du même titre, où il eſt dit, que les loyers de la

BIU Cujas

maiſon dont jouit le créancier, doivent diminuer la dette, *quod ex penſionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum eſt; debiti quantitatem relevabit.*

Le quatriéme dans la loi troiſiéme du même titre, qui dit que le créancier eſt obligé de tenir compte des fruits des héritages dont il a joui, ſur le principal de ſon dû, *creditor qui prædium pignori nexum detinuit, fructus quos percipit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare neceſſe habet.*

Le cinquiéme eſt dans la loi derniere de ce même titre. Le ſixiéme dans la loi onziéme, *cod. de uſur.* Le ſeptiéme dans la loi 2, *cod. de part. pign.* Le huitiéme dans la loi premiere, *cod. de diſtract. pign.*

J'ai cru devoir rapporter toutes les loix qui autoriſent l'uſage de Lyon, pour détromper ceux qui dans la penſée que l'antichrèſe eſt défendue par le droit canonique, ſe figurent que celle qui ſe pratique à Lyon ne peut pas être légitime, & par conſéquent que pour la ſauver, il faut la conſidérer comme une vente qui produit des lods, quelque nom qu'on lui donne. Dans tous les procès de cette qualité où j'ai écrit, j'ai toujours vu les avocats des ſeigneurs s'étendre ſur ce que l'antichrèſe n'eſt pas permiſe, & les juges donner dans cette penſée. Je m'eſtimerois bienheureux, ſi cette obſervation pouvoit leur inſpirer de ne pas s'arrêter au nom & aux paroles, mais de conſidérer la nature & la juſtice de la choſe: ſinon je conſeille à Meſſieurs du préſidial de Lyon qui ont introduit cette juriſprudence & qui la ſuivent avec raiſon, de lui changer d'habit & de la baptiſer d'un autre nom; mais raillerie à part, je crois que l'antichrèſe de la maniere qu'elle ſe pratique à Lyon, ne peut point donner d'ouverture aux droits de lods, à moins qu'elle ne ſoit évidemment frauduleuſe, ce qui arrive rarement.

La troiſiéme queſtion qui a été jugée par cet arrêt, concerne les intérêts des lods qui ſont adjugés au ſieur de Rochebonne. J'ai déja parlé de cette queſtion dans mes obſervations ſur la queſtion 23 du même livre 3; j'en parle encore, parce que la juriſprudence eſt différente dans la province: dans le Lyonnois & le Forez l'on adjuge les intérêts des lods du jour de la demande; mais dans le Beaujolois on ne les adjuge que depuis la liquidation, & en vertu d'une nouvelle demande, de même au parlement de Toulouſe.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AI dit dans ma premiere obſervation, que pour donner ouverture aux droits ſeigneuriaux; il faut que deux choſes concourent, le droit de propriété & la priſe de poſſeſſion, & qu'ainſi un procureur qui s'eſt rendu adjudicataire pour ſon ami élu, ou à élire, ne doit point de lods en ſon nom, quoiqu'il n'ait pas fait ſa déclaration ou élection dans les 40 jours, que l'uſage accorde pour la faire, à moins qu'il ne ſoit entré en poſſeſſion des héritages.

Mais il faut diſtinguer: où il a pris poſſeſſion avant, ou après le délai préfini pour faire ſa déclaration. Dans le premier cas, quoiqu'il ait pris poſſeſſion, s'il fait ſa déclaration dans le délai que l'uſage accorde, ou dans le tems porté par l'adjudication, il ne doit rien en ſon nom, le ſeigneur ne peut prétendre doubles droits; parce qu'il eſt préſumé n'avoir pris poſſeſſion qu'en la même qualité qu'il agit, *nomine procuratorio.* Cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu au parlement de Dijon le 26 mai 1636. (Monſieur le Prince étant à l'audience), quoique l'adjudicataire n'eût fait ſa déclaration que ſix mois après l'adjudication, & après avoir pris poſſeſſion; parce que par la ſentence d'adjudication il étoit dit, qu'il feroit ſa déclaration *pour eux & leurs amis à élire dans un an;* il y avoit même une circonſtance remarquable. Le ſeigneur avoit interjetté appel de la ſentence d'adjudication, en ce qu'elle avoit accordé un an de tems aux adjudicataires pour faire leur déclaration; cependant l'arrêt, ſans s'arrêter à l'appel du ſeigneur, mit les parties hors de cour, tous dépens compenſés. Ainſi cet arrêt juge deux choſes, 1°. que le délai des 40 jours n'eſt pas un terme fatal, & qu'on peut le proroger. 2°. qu'en faiſant la déclaration dans le tems porté par l'adjudication, l'adjudicataire ne doit rien en ſon nom, quoiqu'il ait pris poſſeſſion; parce qu'il eſt préſumé l'avoir fait en qualité de procureur; mais cette préſomption ceſſeroit, ſi l'adjudicataire non content d'avoir pris poſſeſſion, avoit payé les droits en ſon nom, & ſans déclarer que c'eſt pour un tel ſon ami élu, & qu'après le payement il fit ſon élection d'ami; en ce cas je crois qu'il ſeroit dû doubles droits au ſeigneur, & que ceux payés par l'adjudicataire ſeroient perdus pour lui, à cauſe de ſon dol, ou de ſa grande négligence, *propter fidem ruptam, aut ſupinam ignorantiam.*

Le mot de *procureur* dans cette occaſion ſe doit prendre, *ſive ad lites, ſive ad negotia.*

BIU Cujas

DES ACTES FAITS EN FRAUDE DES CRÉANCIERS.

QUESTION CENT-CINQUANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sujet de la conteſtation.*
2. *Un frere ne peut ſe départir de ſa légitime en faveur de ſon frere, en fraude de ſes créanciers.*
3. *Moyens pour établir la fraude.*
4. *Moyens du frere, pour établir la validité de la tranſaction paſſée avec ſon frere, portant quittance.*
5. *Arrêt du 23 juin 1640, qui condamne le frere, nonobſtant la tranſaction, à payer, ſans avoir égard à la quittance de ſon frere.*

QUESTION CLVI.

De his quæ in fraudem creditorum fiunt, *& ſi la fraude peut être facilement préſumée entre perſonnes proches.*

1 MAITRE Jean de Tournon, par ſon teſtament, legue à autre maître Jean de Tournon ſon fils, eccléſiaſtique, la ſomme de mille livres pour tous droits de pere & de mere, de laquelle il veut qu'il ſe contente, en conſidération des grandes dépenſes que le pere dit avoir faites pour le faire étudier & élever juſqu'à l'ordre de prêtriſe.

Le fils ne s'en étant pas contenté, il paſſe tranſaction le 7 juillet 1636 avec maître Charles de Tournon ſon frere & héritier du pere, par laquelle celui-ci, outre la ſomme de mille livres qu'il ſe ſeroit obligé payer dans un tems préfix, auroit encore promis de payer audit maître Jean de Tournon ſon frere la penſion annuelle & viagere de cinquante livres, & moyennant cela, le puîné auroit cédé à ſon aîné tout ſes droits ſucceſſifs de pere & de mere.

Par autre tranſaction du vingt-neuf avril mil ſix cent trente-ſept, l'héritier non-ſeulement ſe libere des mille livres, mais encore de la penſion viagere de cinquante livres par an, ayant payé pour la racheter la ſomme de ſept cent livres par la même tranſaction.

Sera remarqué qu'auparavant ledit maître Jean de Tournon, curé de Sury, avoit eu procès avec de l'Iſle, pour lui avoir conteſté un droit de ſépulture, auquel ledit de l'Iſle, après longue conteſtation, auroit été maintenu par ſentence de ce ſiége. Mais ledit ſieur de Tournon en ayant appellé, elle fut confirmée par arrêt contradictoire, avec condamnation de dépens.

Cet arrêt fut donné le 7 avril 1637, environ trois ſemaines avant le rachat & amortiſſement de la penſion, à deſſein de rendre la condamnation obtenue par ledit de l'Iſle contre ledit maître Jean de Tournon par ſentence de ce ſiége du 4 ſeptembre 1635, confirmée par ledit arrêt, illuſoire & ſans effet.

S'étant donc ledit de l'Iſle, en exécution de ſon arrêt, pourvu contre maître Charles de Tournon, héritier du pere, à ce qu'il fût condamné à vuider ſes mains de ce qu'il devoit à ſon frere, juſqu'à concurrence de ce qui avoit été contre lui adjugé, & à faute de payer, voir déclarer affectée & hypothéquée la portion que ledit maître Jean de Tournon avoit eu aux biens du pere, ledit maître Charles de Tournon auroit excipé de la premiere tranſaction d'une quittance de 1000 livres du 7 janvier 1636, & de la ſeconde tranſaction du 7 avril mil ſix cent trente-ſept, portant extinction de la penſion.

Contre ces piéces, le demandeur employe dou- 2
ble batterie. Il dit donc en premier lieu, que le frere ayant eu ſa légitime aux biens du pere, il ne l'a pu quitter, ni ſe contenter de moins, au préjudice de ſes créanciers : que c'eſt un droit acquis aux enfans, & qui paſſe de plein vol en leurs perſonnes : qu'en effet la cour a jugé par ſes arrêts remarqués par M. Louet & ſon commentaire, lettre R, nomb. 19 & 20, que la renonciation que feroit un fils à ſon droit de légitime ne peut nuire aux créanciers, & que c'eſt un droit qu'ils peuvent rechercher pour lui.

Par conſéquent, que ledit ſieur de Tournon n'avoit pu quitter ce qui lui étoit acquis au préjudice dudit de l'Iſle ſon créancier antérieur, par le moyen de la ſentence de l'année 1635, laquelle avoit dès-lors donné hypothéque ſur la portion contingente du débiteur en l'hoirie de ſon pere : que cette portion étant dûe en corps héréditaires, elle avoit été dès-lors affectée & hypothéquée aux créanciers, & que c'eſt une hypothéque que le frere ne leur avoit pu ôter parce qu'il l'avoit fait après-coup.

Le demandeur ajoutoit, que par la tranſaction du 7 juillet 1636, le frere avoit non-ſeulement cedé & remis ſes droits à l'aîné, mais encore lui en avoit fait une donation, & partant, que comme donataire, il étoit tenu à payer ſes dettes, même celles créées auparavant la donation : que celle de queſtion tirant ſon droit & ſon hypothéque du jour de la ſentence de 1635, étoit par conſéquent antérieure à cette compoſition. Et que s'il y avoit eu appel, il n'avoit été que ſuſpenſif, & que depuis y ayant eu arrêt confirmatif, la condamnation & l'hypothéque marchoient en arriere.

Pour ſeconde batterie, le demandeur ſoutenoit 3
qu'il y avoit eu de la fraude & colluſion entre les freres, & qu'on étoit aux termes de l'édit du préteur, *ut quæ in fraudem creditorum facta ſunt, reſtituantur.*

Que cette fraude réſultoit en premier lieu de ce que les mille livres n'étant pas encore payables, le défendeur en avoit avancé le payement, & de plus racheté une penſion viagere ſans cauſe ni néceſſité : que ce rachat n'avoit été fait qu'après l'arrêt, & environ trois ſemaines après, c'eſt-à-dire,

BIU Cujas

presqu'aussi-tôt qu'on en avoit eu avis, & de la condamnation portée par icelui : que le rapport des dates faisoit assez voir que cela s'est fait pour rendre la condamnation illusoire, l'arrêt étant du 7 avril 1637, & la transaction qui porte quittance, du 19 dudit mois d'avril : que le prétexte qu'on avoit pris pour éteindre & racheter la pension, étoit encore une preuve plus claire de la fraude, le contrat portant que c'étoit pour fournir aux frais de divers procès, quoiqu'ils fussent terminés, & que ledit maître Jean de Tournon eût déja passé quittance des mille livres. Outre qu'ayant une bonne cure, il étoit plutôt en état de prêter que d'emprunter.

Enfin le demandeur disoit que quand même la collusion & intelligence pratiquée entre les freres ne seroit pas si évidente, leur qualité & proximité en acheveroit la preuve, étant certain que *inter personas conjunctas fraus facilè præsumitur ;* comme en cette rencontre, où l'on voit une composition d'un droit de légitime fort désavantageuse, un payement anticipé, une pension viagere éteinte & amortie, sans cause ni nécessité, aussi-tôt après une condamnation par arrêt, pour en éluder l'effet.

A tout cela le défendeur repliquoit, qu'il lui avoit été loisible de s'accommoder avec son frere de son droit légitime, & que lui ayant été assigné par le pere une somme, il avoit été loisible au légataire de s'en contenter, ou de prendre le supplément qu'il pouvoit prétendre. Qu'aprés cet accommodement fait entre freres, *pro bono pacis*, le défendeur avoit bien pu s'en libérer, & payer à son frere ce qu'il lui devoit : que n'y ayant point eu de saisie entre ses mains, rien ne lui ayant été signifié, c'étoit à tard qu'on le poursuivoit & qu'on lui vouloit faire payer deux fois une même chose.

Que s'il avoit anticipé le terme, il l'avoit pu faire, étant permis à un créancier de se libérer quand bon lui semble, & même d'un frere envers l'autre, pour l'assister en ses affaires.

Que pour la pension, il avoit de même été loisible de la racheter, & que c'est une assistance qu'il n'avoit pu dénier à un frere, lequel en effet, avoit encore divers procès, tant à Paris qu'à Lyon, & qui étoient cotés au procès ; ce qui suffisoit pour montrer que le sujet de l'amortissement n'étoit point un prétexte affecté, comme l'on vouloit faire croire.

Qu'au reste, quand bien le frere, averti de l'arrêt contre lui rendu, auroit eu un mauvais dessein, & que ce seroit pour le rendre illusoire, qu'il auroit prié le défendeur de racheter la pension, cela pourtant ne pourroit pas réfléchir sur le même défendeur. Il faudroit faire voir pour cela qu'il y eût participé, que ce fût un dessein concerté entre les freres, en un mot, que la fraude fût commune. Qu'autrement, l'action révocatoire ne peut avoir lieu, qu'elle n'est donnée que contre celui *qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit quod in fraudem creditorum fiebat, l. 6, § 8, ff. quæ in fraudem creditor.*

Et même la loi ne se contente pas qu'on en ait eu quelque connoissance, elle suppose de plus qu'on en ait été complice. C'est ce que dit le jurisconsulte Ulpien, en la loi dixiéme du même titre. *Quod ait Prætor, sciente te, sic accipimus, te conscio & fraudem participante, non enim si simpliciter scio hoc sufficit ad contendendum.* D'où s'ensuivoit que la seule qualité de freres ne suffisoit pas pour établir cette participation a la fraude, sans autre preuve, & qu'il falloit présumer que le défendeur n'avoit eu autre dessein que d'assister un frere, & lui témoigner son affection.

Extrait des registres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre ; au premier des huissiers de notre cour de parlement : Entre Jean de l'Isle, marchand à Sury, ayant le droit rétrocédé de Baltazard de Rosteing, prieur de Pommiers, demandeur, suivant l'exploit & requête des 8 août 1637, & 17 janvier 1639, à ce que la saisie faite à la requête dudit de Rostain fût déclarée bonne & valable, & ce faisant, le défendeur ci-après nommé fût condamné payer la somme de cinq cent quatre-vingt-quatorze livres dix-sept sols, & intérêts échus depuis le jour de la demande ; sinon, & à faute de ce faire, que la part & portion afferante à Jean de Tournon, aux successions de ses pere & mere, soit déclarée affectée & hypothéquée au principal de ladite somme & intérêts, & ledit défendeur condamné faire partage, tant des meubles que des immeubles desdites successions, & restituer les fruits, & aux dépens des instances, d'une part : Et Charles de Tournon, notaire à Saint-Marcellin, défendeur, d'autre. Vû par notredite cour, en la cinquiéme chambre des enquêtes, où lesdites instances auroient été renvoyées par arrêt du 27 avril dernier, lesdits exploit & requête, contenant les conclusions ci-dessus : défenses dudit Charles de Tournon : requête d'icelui du 13 mai dernier, & piéces y attachées, communiquées audit de Rostain : contredits & salvations : requête dudit de Rostain du 24 mai dernier, par laquelle il auroit déclaré qu'il se désistoit de l'opposition par lui faite contre l'appointement en droit qui avoit été obtenu contre lui par ledit de Tournon, & en tant que de besoin, qu'il employoit pour toutes écritures & production ce qui auroit été écrit & produit par ledit de l'Isle : Acte de redistribution ; tout considéré : Notredite cour, faisant droit sur lesdites instances, a condamné & condamne ledit Charles de Tournon payer audit de l'Isle la somme de cinq cent quatre-vingt-quatorze livres dix-sept sols, & intérêts, à raison de l'ordonnance du jour de la demande, & aux dépens desdites instances, sauf son recours contre ledit Jean de Tournon, défenses au contraire. Si te mandons à la requête dudit de l'Isle, le présent arrêt mettre à dûe & entiére exécution de point en point, selon sa forme & teneur, contraignant à ce faire & souffrir qui besoin sera ; de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredit parlement le 23 jour de juin, l'an de grace 1640, & de de notre régne le trente-uniéme. Ainsi signé par la chambre, GUYET. Et scellé.

OBSERVATIONS.

L'Auteur rapporte ici un arrêt qui a jugé la quittance passée par un frere à son frere, au préjudice de son créancier, frauduleuse, & nonobstant la décharge l'a condamné à payer le dû à ce créancier. Je n'ai point d'observation à faire sur cela, ces sortes de procès dépendent des circonstances des faits sur lesquels les jurisconsultes ne répon-

BIU Cujas

dent point, *quæstiones quæ sunt magis facti, quam juris, à juris autoribus decidi non possunt, l. 32, ff. de usur.* D'ailleurs l'observation précédente a été si longue, qu'il est bon de prendre un peu haleine.

DE LA NOVATION.

QUESTION CENT-CINQUANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Récit du fait & du sujet de la contestation.*
2. *Moyens, pour établir que la caution d'un associé demeure déchargée, quand cet associé a vendu sa part dans la société, du consentement des créanciers.*
3. *Moyens pour établir le contraire.*
4. *Réplique de l'héritier de la caution.*
5. *Sentence des requêtes du palais, en faveur de l'héritier de la caution.*
6. *Sentiment de Charondas, conforme à la sentence.*
7. *De la novation; comment elle se fait. Progrès du droit sur cela.*
8. *Arrêt du 23 janvier 1698, du parlement de Paris pour la ville de Lyon, qui a jugé conformément à la loi derniere, code* de novat.
9. *Arrêt du parlement de Toulouse du mois de juin, conforme.*
10. *Eloge de M. Catelan.*
11. *La même jurisprudence est suivie dans les parlemens de Guyenne & de Provence.*
12. *Arrêt du 21 avril 1598 qui a jugé que dans les pays de coutume, il faut suivre la loi derniere, cod.* de novat.
13. *Doctrine de du Moulin & de Loyseau, conforme.*
14. *Le plus sûr, est de faire réserver des anciennes hypothéques.*
15. *Les magistrats de ce tems tiennent à honneur d'être praticiens.*

QUESTION CLVII.

De la novation, & si le fidéjusseur du préposé en une société de négociation, peut être censé libéré par un contrat postérieur & de dissolution.

1 PAR contrat passé entre maître Jean Beraud, enquêteur & examinateur au bailliage de Forez, & Antoine Mazenod, le 11 mai 1625, ledit Mazenot se seroit chargé pendant deux ans de la négociarion, levée & vente de la marchandise des coûtelliers introduits dans la ville de Montbrison. A cet effet auroit promis de retirer des ouvriers ce qu'ils feroient, iceux faire travailler, vendre & débiter la marchandise où besoin seroit, & du tout tenir bon & fidèle compte. Et ledit sieur Beraud se seroit obligé de sa part de fournir deniers suffisans, tant pour fournir aux ouvriers de quoi travailler, que pour retirer & payer leur marchandise.

Outre les autres conventions particulieres, ledit Mazenod se seroit encore obligé à faire agréer ce traité au sieur Arthaud Mazenod son pere, pour demeurer responsable de la négociation & dudit traité fait avec son fils. Et enfin il est dit qu'au bout du terme des deux années, ou en cas de séparation, ledit sieur Beraud seroit tenu de prendre les marchandises restantes au prix qu'elles reviendroient, ensemble toutes les dettes, excepté les périssables, qui demeureroient à moitié de perte; & que ledit Mazenot rendroit compte d'année en année, suivant l'état qu'il en bailleroit, pris sur ses livres de raison.

Ensuite de cette association, & de la condition y apposée, Mazenod pere, par contrat du 5 août de la même année 1625, déclare qu'il autorise son fils pour ladite association, se rend responsable de sa fidélité, & s'oblige de lui faire rendre bon & fidèle compte de ce qui avoit été & seroit mis au pouvoir dudit Antoine Mazenod au sujet de cette négociation.

Depuis, & le 25 janvier 1627, Beraud & Baraillon, qui paroissoient seuls intéressés en la société, arrêterent compte avec ledit Antoine Mazenod du fait de toutes les avances, & du profit de la manufacture & négociation; & sur la priere à eux faite par ledit Mazenod de le vouloir accommoder du fonds par eux avancé en ladite coûtellerie, & tant en principal que gain, ledit contrat porte qu'ils lui ont vendu, cédé & remis tout ce qu'ils avoient & pouvoient prétendre du fonds & avances par eux faites en ladite coûtellerie, en quoi qu'il consistât, soit marchandises, dettes, forges, mollieres & reliqua de compte, pour & moyennant la somme de seize cent livres, payable audit Beraud dans trois ans, avec les intérêts, & la somme de quatre mille six cent quatre-vingt-seize livres audit Baraillon, payable en deniers ou constitution de rente au profit dudit Baraillon, au premier jour de mai prochain.

Or

BIU Cujas

Or, comme feu Pierre Henrys, écuyer, ſeigneur de Greyſieu, notre frere, avoit été l'un des principaux auteurs de cet établiſſement, pour l'augmentation & décoration de la ville, auſſi y avoit-il mis partie du fonds, & en avoit la déclaration dudit ſieur Baraillon. De ſorte qu'après ſon decès, & enſuite dud. contrat du 25 janvier 1627, Antoine Mazenod & ſieur Jean Mazenod ſon frere conſentent au profit du ſieur Baraillon une rente annuelle & conſtituée de cent quatre-vingt-dix livres douze ſols ſix deniers, ſous le principal de trois mille cinquante livres, par contrat du 22 décembre 1627, lequel porte que moyennant icelui ledit ſieur Baraillon quitte ledit Antoine Mazenod de la moitié de quatre mille ſix cent quatre-vingt-ſeize livres, d'une part, & ſept cent deux livres d'autre; l'autre moitié deſdites ſommes appartenante audit ſieur Henrys, qui n'étoit pas encore décédé, mais qui décéda peu de jours après.

Etant donc décédé, le ſieur Henrys, chantre de Notre-Dame de cette ville, en qualité de tuteur des enfans de ſon défunt frere, accepta ſemblable conſtitution de rente dudit Antoine Mazenod, par contrat du 14 juin 1628, & par icelui ledit Antoine Mazenod promit de faire intervenir & obliger ledit Jean Mazenod ſon frere, & qu'à faute de ce faire dans le tems préfix, il ſeroit permis de le contraindre pour le principal.

Sera remarqué que par le même contrat, ledit ſieur Henrys, chantre, ſe réſerva ſa priorité d'hypothéque ſur les biens & hoirie de feu Arthaud Mazenod, pere deſdits Jean & Antoine, à la forme des précédens contrats. Comme encore que le contrat de diſſolution du 25 janviet 1627, porte que moyennant le payement des ſommes y contenues, ſieur Arthaud Mazenod, ou ſon héritier, demeureroit déchargé de la caution ci-devant prêtée pour ledit négoce, laquelle juſqu'à ce leſdits ſieur Beraud & Baraillon ſe ſeroient réſervée par exprès, & à laquelle caution ils auroient déclaré n'entendre déroger, mais s'en ſervit à la forme d'icelle, & de la premiére hypothéque.

Ledit ſieur chantre s'étant donc voulu aſſurer la rente conſtituée, & faire obliger le frere, il en fit refus, parce que la maladie contagieuſe étant ſurvenue, & le mauvais ménage d'Antoine Mazenod reconnu, & ſuivi de ſa faillite, il crut qu'il s'en pourroit garantir.

Ayant donc été tiré en inſtance aux requêtes du palais, les audiences de ce bailliage ayant ceſſé à cauſe de la peſte, on ſoutint que l'obligation de caution du pere devoit être déclarée exécutoire contre lui. Que le défunt s'étant rendu reſponſable de la fidélité de ſon fils, & ayant promis de lui faire rendre bon & fidèle compte de ce qu'il auroit manié, cela portoit conſéquence pour le reliqua dont l'héritier ne ſe pouvoit diſpenſer.

2 Contre cette demande, l'héritier du pere diſoit qu'il ne vouloit pas révoquer en doute que le défunt ne ſe fût rendu caution; mais qu'on n'étoit plus aux termes de cette obligation, parce qu'elle avoit eté éteinte par le contrat du 25 janvier 1627. On ſoutenoit donc qu'il y avoit été dérogé, & que par le dernier contrat il avoit été innové aux précédens.

D'autant que par ledit dernier contrat, les ſieur Beraud & Baraillon, qui ſeuls étoient reconnus intéreſſés en la ſociété, avoient arrêté compte avec Antoine Mazenod de tout le négoce, & du fonds & profit d'icelui. Que ledit Mazenod les ayant prié de l'en accommoder, ils lui auroient vendu, cédé & remis tout ce qu'ils pouvoient avoir & prétendre dudit fonds, & des avances, enſemble du profit, pour & moyennant les ſommes y déclarées, & payables, ainſi qu'il eſt dit par le contrat.

Qu'il étoit donc véritable que par ledit contrat l'effet de la fidéjuſſion du pere avoit ceſſé; puiſqu'il ne s'étoit obligé qu'à faire rendre bon & fidèle compte à ſon fils, à quoi il avoit été ſatisfait. Qu'après le compte les aſſociés ayant remis le tout audit Antoine Mazenod, c'étoit une nouvelle convention, un contrat tout différent, qui couvroit le paſſé, & ne produiſoit qu'une obligation nouvelle contre le fils.

L'on oppoſoit à cela que ſi ledit contrat du vingt-cinq janvier mil ſix cent vingt-ſept, ſuppoſoit un compte, il ne ſuppoſoit pas pourtant que le fils eût payé le reliqua, & ſe fût déſaiſi du fonds. Qu'au contraire il en étoit demeuré chargé, & par conſéquent, que le pere en demeuroit toujours reſponſable, ſa fidéjuſſion ſubſiſtant juſqu'à un entier accompliſſement.

Que ſi le fonds & profit avoit été remis audit Antoine Mazenod par le même contrat, on n'avoit pas entendu par-là déroger au précédent, & qu'au contraire les aſſociés s'étoient réſervé leur action contre le pere, pour raiſon du cautionnement par lui prêté juſqu'à ce que ledit Antoine Mazenod eût payé, ou conſtitué, & aſſuré rente à la forme de la convention.

Qu'étant donc icelle conditionnelle, il n'y avoit point de novation formelle, vû même que les arrêts ont jugé que le mot de *moyennant* emporte condition, & que la condition empêche la novation, étant même accompagné d'une proteſtation & réſerve ſi expreſſe,

Que c'eſt la diſpoſition du droit; car au lieu que par l'ancien droit, la novation ſe pouvoit inférer de quelques actes, Juſtinien, en la loi derniere, au code *de novationibus*, a établi qu'il falloit qu'elle fût expreſſe, & qu'il parût que les parties ont eu intention de ſe départir entiérement du premier contrat.

Que la novation ne pouvoit donc être préſumée, *niſi ſpecialiter prior remittatur obligatio, & ab ea creditor recedat; & hoc verbis apertis exprimatur.* Et même paſſant plus avant, l'empereur dit, en corrigeant les loix précédentes, que *prior obligatio non novatur per aliam obligationem, etiamſi nova perſona interveniat, vel obligationi aliquid addatur vel retrahatur.*

Que tant s'en faut, que *prior obligatio remiſſa fuerit*, & que cela ait été déclaré *verbis expreſſis*, qu'au contraire, on l'a réſervée expreſſément, & en termes ſi clairs, qu'ils ne ſçauroient être plus exprès.

Que ſi par le dernier contrat il y avoit eu une entiére décharge, il ſeroit vrai de dire que l'obligation de caution auroit ceſſé: Mais qu'Antoine Mazenod n'ayant point été déchargé purement & ſimplement, mais ſous condition, & en payant ou aſſurant valablement la rente; bien loin qu'il ait été dérogé à la premiere obligation, au contraire elle a été expreſſément réſervée, tant contre le pere que contre le fils, & encore par le contrat de conſtitution de rente.

A ces raiſons, l'héritier du pere répondoit, que par la novation qui avoit été faite par le changement d'un contrat de ſociété en un coutrat de vente, le pere avoit été déchargé de ſon obligation de caution, ſuivant la loi *novatione, C. de fidejuſſorib.* en laquelle il eſt décidé, que *novatione debiti in alium tranſlati, prioris contractûs fidejuſſores liberatos eſſe*, s'ils ne ſont point intervenus au ſecond contrat. 4

BIU Cujas

Qu'on étoit aux termes de cette loi & de ſon eſpece, puiſque d'une aſſociation on en avoit fait une vente, & que le pere n'y étoit point intervenu; ladite loi ne demandant pas ſi en faiſant ce changement, la premiere obligation a été réſervée; mais ſeulement, ſi le fidéjuſſeur s'eſt de nouveau obligé; quoi ceſſant, il demeure libéré, quelque réſerve qu'on ait faite, n'ayant pas été faite avec lui.

Que ce qui étoit allégué de la loi derniere *C. de novationib.* ne ſe devoit entendre qu'entre mêmes parties, & non à l'égard d'un tiers, qui, étant obligé au premier contrat, & n'étant point intervenu au ſecond, ſe peut prévaloir de la novation, ſi la nature de la dette ou de la convention premiere a été changée ainſi qu'en cette rencontre, où d'une ſociété les aſſociés ont fait une vente de ce qui leur en devoit revenir.

On ſoutenoit donc que par ce moyen on n'avoit pas ſimplement innové au premier contrat, mais qu'il avoit été abſolument éteint, en tant que les contractans avoient compté & du fonds & du profit, & qu'au lieu de retirer par les aſſociés les marchandiſes & dettes, outils & inſtrumens de la coûtellerie, ainſi qu'ils étoient tenus par le contrat de ſociété, pour les prendre en payement de leurs avances & profits, ils en avoient fait une vente & remiſe audit Antoine Mazenod, pour le prix entreux convenu.

Qu'il étoit donc véritable qu'ils avoient ceſſé d'être créanciers de lui pour cauſe de ſociété & reliqua de compte, & qu'ils étoient devenus créanciers pour cauſe de prêt, ou pour le prix d'une vente; & partant, que la cauſe du premier contrat étant éteinte, on ne pouvoit pas douter que le pere Mazenod ne fût demeuré déchargé de ſon cautionnement : qu'ainſi il ne s'agiſſoit plus de compte ni de reliqua, mais d'un pur prêt, auquel a été converti ce qui étoit dû pour cauſe de ſociété, ſuivant la loi *ſingularia, ff. de rebus creditis*, ou du prix d'une vente faite à crédit.

Qu'à cela ne pouvoit faire obſtacle la réſerve qu'on avoit faite de ne déroger au premier contrat, parce qu'il répugnoit que ſa cauſe étant éteinte, & ſa nature changée, elle pût être réſervée; tout ainſi qu'on dit que c'eſt en vain qu'on proteſte, quand l'acte eſt contraire, parce que *actus contrarius tollit proteſtationem.*

Enfin que cela recevoit d'autant moins de doute, que quand même il n'y auroit point eu de novation ſi formelle, & que la ſociété du premier contrat auroit été continuée & prorogée, toujours la caution auroit été déſobligée, ſuivant la diſpoſition du droit en la loi *item quæritur, § qui impleto, ff. locati*, où il eſt dit que *in reconductione tacita pignora quidem durant, ſed non fidejuſſores*, ce qui eſt confirmé en la loi *Hermes, C. de locato.* C'eſt parce que la fidéjuſſion ayant été limitée, comme en ce fait, on ne peut pas obliger le fidéjuſſeur par une prorogation du négoce, ſuivant la loi *Lucius 47, § Paulus, ff. de adminiſtr. tutorum.* Et moins le peut-on quand il y a extinction de la premiere obligation & mutation de cauſe, comme au ſujet du procès.

Outre que les aſſociés s'étant pu paſſer des effets qu'ils ont cédés & tranſportés audit Antoine Mazenod, ils n'ont pas pu différer de ſe payer de ce qui leur étoit affecté & deſtiné *in necem fidejuſſoris*, comme il eſt dit à l'égard des cotuteurs, en la loi premiere, *C. de dividenda tutela*, & en la loi, *ex perſona, C. de probationib.* Si le pere Mazenod, s'étant obligé de rendre bon & fidèle compte à ſon fils, avoit été interpellé, ou ſon héritier, pour cela, s'il avoit aſſiſté au compte, il auroit dit aux aſſociés qu'il y avoit de quoi les payer, & il les auroit obligés de prendre les effets du négoce, & s'il y eût eu quelque manquement, il en eût été quitte pour cela. Mais qu'au lieu de s'en payer, comme ils devoient, ils les ayent remis au fils, & lui ayent donné moyen de les diſſiper, pour, après ſa faillite, recourir ſur les biens du pere, c'eſt ce que la raiſon & l'équité ne pouvoient permettre.

Ce ſont les motifs de la ſentence de meſſieurs des requêtes du palais, ci-jointe.

Extrait des regiſtres des requêtes du palais.

Entre maître Jean Henrys, chantre, chanoine en l'égliſe de Notre-Dame de Montbriſon, tuteur des enfans mineurs de feu maître Pierre Henrys, vivant, lieutenant particulier & aſſeſſeur criminel au bailliage de Forez, demandeur en entérinement d'une requête par lui préſentée à la cour le 27 août 1630, tendant à ce que le défendeur ci-après nommé ſoit condamné intervenir en l'inſtance de reddition de compte pendante en icelle, & pourſuivie par maître Jean Baraillon, ſecrétaire du ſieur prince de Condé, contre maître Michel Punctis, curateur aux biens vacans d'Antoine Mazenod; & faire enſorte que ledit demandeur ſoit payé de la ſomme de deux mille trois cent quarante-huit livres, faiſant moitié de quatre mille ſix cent quatre vingt-ſeize livres, avec les intérêts d'icelle depuis le janvier 1627, ſinon, & à faute de ce faire, condamné, comme héritier d'Arthaud Mazenod, caution dudit Antoine, lui payer ladite ſomme de deux mille trois cent quarante-huit livres, intérêts & dépens depuis ledit jour, & outre aux dépens de l'inſtance, d'une part : Et Jean Mazenod, apothicaire de Saint-Eſtienne de Furand, défendeur, d'autre; leſquelles parties, ſur leurs demandes en défenſes & différends mentionnés au procès, & en l'appointement de la cour de céans, du dix-huitiéme jour de février 1631, auroient été par icelui appointées en droit. Vû les avertiſſemens, lettres, titres, productions & contredits deſdites parties, ſalvations dudit Mazenod, après que ledit Henrys n'en a baillé de ſa part, le tout conſidéré : Dit a été que la cour a abſous & abſout ledit défendeur de la demande, fins & concluſions contre lui priſes par ledit demandeur, lequel elle a condamné & condamne ès dépens tels que de raiſon. Prononcé en la préſence de maître Jean Girard, procureur dudit défendeur, & en l'abſence de maître Philbert Chibert, procureur dudit demandeur, ſuffiſamment appellé : & attendu à la maniere accoutumée, le vingt-uniéme jour d'août 1631, dépens dix écus. *Signé* par collation, DU PUY.

Le tuteur ne s'étoit engagé en ce procès que par l'avis des ſieurs Cornouaille & Colombet. Mais aprés la ſentence, l'ayant de rechef fait conſulter, le conſeil ne trouva pas que l'appel de ladite ſentence fût ſoutenable, & partant, il fallut en demeurer aux termes d'icelle, & s'en accommoder.

On peut voir ſur le ſujet des novations, ce qu'en a dit aſſez amplement *Joannes Grivel, in deciſione centeſimâ undecimâ Senatûs Dolani.*

Carondas, liv. 7, chap. 74 de ſes réponſes, traite de la novation, & dit que le créancier ayant accepté une nouvelle obligation, *cum adjectione ſummæ & diei mutatione*, le fidéjuſſeur intervenu en la premiere obligation, demeure libéré par-là,

BIU Cujas

quelque protestation & réserve expresse que le créancier ait fait de n'y vouloir déroger ; c'est parce que l'acte est contraire, & que *contrarius actus tollit protestationem.*

OBSERVATIONS.

L'Auteur propose ici une question de novation sur une espece particuliere, qui ne peut gueres se présenter dans une autre affaire. Il s'agit de sçavoir si la caution d'un associé est déchargée, quand cet associé a vendu la patt qu'il avoit dans la société, nonobstant la clause sans aucune novation.

Novation, comment elle se fait.

L'on appelle *novation* le changement d'une obligation en une autre, *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio, l. 1, ff. de novat.* 7

Pour sçavoir comment se fait la novation, il faut distinguer les tems. Dans l'ancien droit, le moindre changement opéroit une novation, comme il résulte de la loi 44, § dernier, *ff. de obligat.* Dans la suite cela dépendit de l'intention des parties, *si hoc agatur ut novetur obligatio, l. 2, 6, 8 & 28, ff. de novat.* Suivant le dernier droit, dans la loi derniere, au code *de novat.* & dans les institutes, *quib. mod. toll. oblig.* § 3, il faut une déclaration expresse des parties pour produire la novation, *tunc solùm novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, ut paucis verbis dicam, jure veteri tacitè fiebat, jure novo si fuerit animus novandi, jure novissimo verbis expressis, voluntate non lege novandum*, dit Justinien.

La disposition du dernier droit est suivie dans tous les pays de droit écrit. A l'égard de 8 ceux du ressort du parlement de Paris, j'ai écrit dans un procès de Lyon où cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu en la grand'chambre de grands commissaires, au rapport de M. le Meusnier le 23 janvier 1698, entre dame Catherine-Hélene Dupuis, veuve en secondes nôces du sieur de Moulceau, procureur du roi de la ville de Lyon, appellante d'une sentence rendue en la sénéchaussée de Lyon ; & Jean de Moulceau, écuyer, sieur de Grigny, fils du premier lit du sieur de Moulceau, & de la dame Dulieu sa mere, intimé. L'appellante prétendoit que l'intimé avoit innové les hypothéques qu'il avoit sur les biens de son pere, pour la répétition de la dot de sa mere ; parce que dans les actes qu'il avoit passé avec son pere, il n'avoit fait aucune réserve de ses anciennes hypothéques, & comme ces actes étoient postérieurs au contrat de mariage de la seconde femme, elle prétendoit pour le payement de ses conventions matrimoniales, passer avant la dot de la premiere femme. J'avois écrit au procès pour le sieur de Grigny, fils du premier lit ; je ne le rapporterai pas ici, parce qu'il contient plusieurs autres chefs, comme on le peut juger, puisqu'il a été rendu de grands commissaires.

Au parlement de Toulouse, l'on suit aussi la disposition du dernier droit, suivant 9 le témoignage de Despeisses, tom. 1, pag. 731, col. 2, nomb. 2 ; il ne cite point à la vérité d'arrêt ; mais M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 48, en cite un du mois de juin 1666, rendu à son rapport, qui l'a ainsi jugé. Je fais un grand cas des arrêts rendus au rapport de celui qui les cite ; car il sçait bien les motifs de la décision, sur-tout quand c'est 10 un magistrat aussi consommé que M. Catelan. Je crois avoir déja fait son éloge, mais l'on ne sçauroit assez louer un magistrat d'un si grand mérite, qui a pris la peine de recueillir les arrêts rendus à son rapport, ou au jugement desquels il a assisté pendant près de soixante ans. Il a rempli tous les devoirs de sa charge avec beaucoup d'exactitude & de capacité, comme l'on en peut juger par son recueil, *ex operibus ejus cognoscetis eum.*

La même jurisprudence est suivie aux parlemens de Guyenne & de Provence, suivant 11 le témoignage de Lapeyrere, lett. N, nomb. 48, & dans les notes, n. 52, l'auteur anonime des questions notables & maxime du parlement de Provence, p. 285, certifie la même chose.

A l'égard des pays de coutumes, l'usage de Paris est de faire réserve des anciennes hypothéques, & les praticiens prétendent que sans cette réserve il y auroit novation ; 12 mais je crois que c'est une erreur. En effet, Mornac, sur la loi *solutum 11, ff. de Pign. act.* cite un arrêt du 21 avril 1598, rendu à l'audience de la grand'chambre, par lequel il a été jugé qu'il faut suivre la disposition de la loi derniere au code, *de novat.* & sur la loi derniere, *de pact.* il dit qu'il n'y a personne au palais qui ne soit de ce sentiment, *ut nemo hodie in foro versatus contrarium sentiat.*

M. Charles du Moulin, *de usur.* quest. 15, soutient que l'hypothéque d'une obligation 13 convertie en un contrat de constitution de rente, remonte au jour de l'obligation, quoique dans le contrat de rente il n'y ait aucune réserve d'hypothéque. M. Louet & son commentateur, lett. N, chap. 7, rapportent des arrêts qui l'ont ainsi jugé.

M. Charles Loyseau, dans son traité du déguerpissement, liv. 6, chap. 7, nomb. 8,

BIU Cujas

dit que cette clauſe, ſans innover ni préjudicier à l'hypothéque, eſt ſuperflue, *quia novatio non perimit hypothecam.*

14 Cependant le plus ſûr eſt de prendre la précaution de réſerver les anciennes hypothéques ou de mettre la clauſe ſans novation, ou ſans déroger aux hypothéques ; car comme le nombre des praticiens eſt beaucoup plus grand que celui des juriſconſultes, & que les
15 magiſtrats tiennent ſouvent à plus grand honneur d'être praticiens, que d'être juriſconſultes, ils ſuivent volontiers les uſages des praticiens, ſans ſe donner la peine d'examiner s'ils ſont fondés en raiſon, ou s'ils ſont contraires aux principes.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns les arrêtés de M. le premier préſident de Lamoignon, au titre *de l'extinction des hypothéques*, l'article 7 porte : *Il n'y aura dorénavant aucune novation, s'il n'y a convention expreſſe, ceſſant laquelle, les premieres obligations perſonnelles & hypothécaires demeureront en leur entier.*

Dans ma premiere obſervation j'ai fait l'éloge de M. Catelan ; quelle profuſion d'encens ne dois-je point donner à M. le préſident de Lamoignon, qui avoit pris le ſoin de faire un corps de juriſprudence pour décider toutes les queſtions douteuſes. Il faut auſſi donner un coup d'encenſoir aux ſçavans juriſconſultes qui ont travaillé avec lui ; cependant leur ouvrage, qui eſt digne d'admiration, n'a point eu d'exécution : ainſi j'ai ſujet de craindre que le mien n'ait le même ſort ; *ô tempora, ô mores!* Les gémiſſemens ne ſervent de rien pour délaſſer le lecteur. Voici une petite hiſtoriette que je tiens de M. de Fourcroy.

M. le premier préſident de Lamoignon, qui aimoit l'éloquence, voulut exercer meſſieurs ſes fils à celle du barreau. Il les fit plaider pluſieurs cauſes avant que de les mettre en charge. La premiere cauſe que M. ſon fils aîné plaida fut en la grand'chambre devant monſieur ſon pere. M. de Fourcroy plaidoit pour l'intimé ; il fit l'éloge du pere & du fils en peu de mots. En ſortant de l'audience, M. de Seve, conſeiller-clerc, dit à M. le premier préſident : *Il vous a encenſé, mais il ne vous a pas caſſé le nez avec l'encenſoir.*

DU PRIVILÉGE DE LA FEMME SUR LES MEUBLES De ſon mari.

QUESTION CENT-CINQUANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les apothicaires, pour les médicamens fournis pendant la derniere maladie, ſont préférés ſur les meubles à la femme.*
2. *Les bouchers, boulangers & autres qui ont fourni les alimens, ne ſont pas préférés à la femme.*
3. *La difficulté eſt plus grande à l'égard du propriétaire de la maiſon.*
4. *Raiſons pour établir les priviléges de la femme.*
5. *Raiſons pour établir les priviléges du propriétaire.*
6. *Sentiment de Chopin, pour le propriétaire.*
7. *Sentiment d'Automne, pour la femme.*
8. *Arrêt du parlement de Bordeaux, du 15 mars 1613, en faveur de la femme.*
9. *Les loix ont accordé aux femmes trois différens priviléges ſur les biens de leurs maris.*
10. *Dans les pays de droit écrit du reſſort de Paris, les femmes ont un droit perſonnel & tacite ſur les biens de leurs maris.*
11. *Trois arrêts qui l'ont ainſi jugé.*
12. *La femme a les mêmes priviléges pour ſon augment, que pour ſa dot.*
13. *Le privilége de la premiere femme paſſe à ſes enfans, au préjudice de la ſeconde femme.*
14. *La loi* aſſiduis *n'eſt pas ſuivie dans les pays du droit du reſſort de Paris.*
15. *Elle n'eſt pas ſuivie non plus aux parlemens de Bordeaux, de Grenoble & d'Aix.*

BIU Cujas

QUESTION CLVIII.

Qui doit être préféré sur les meubles que le mari laisse après son décès, ou la veuve, ou le propriétaire de la maison, ou le boucher pour la chair qu'il a fournie.

POUR le boucher, il n'y peut pas avoir grand doute, & quelque privilége qu'il ait, & quoiqu'il le puisse tirer de la faveur des alimens, il ne peut pas marcher de pair avec les autres. Il est vrai que la dette des alimens est préférée, *inter personales creditores, in l. hujus enim, ff. qui potiores in pignore.* Il est vrai que celle des médicamens est encore préférable, même pour la derniere maladie, suivant les arrêts de la cour, cottés par M. Louet & Brodeau, en la lett. C, nomb. 29.

1 Mais quoique de droit, *nomine alimentorum medicamenta veniant*, & que par ce moyen on les confonde souvent, les alimens ne sont pas pourtant si favorables que les médicamens : au lieu que c'est une dette nécessaire, & que les apothicaires étant personnes publiques, & qu'en une derniere maladie, ils ne puissent pas se dispenser de fournir leurs drogues, outre leurs peines & vacations, & de bailler leurs médicamens à crédit; un boucher, un boulanger, & autres semblables, sont créanciers volontaires; c'est sans nécessité qu'ils ont suivi la foi du défunt, & ils s'en doivent imputer la faute.

2 Donc, quoique les apothicaires, pour les médicamens fournis en une derniere maladie, ayent été jugés préférables à la veuve pour ce qui lui est dû de sa dot, il ne s'ensuit pas qu'un boucher puisse avoir la même préférence. S'il a fait crédit, c'est volontairement, & il n'a pu déroger par-là au privilége de la femme, qui vient de plus loin, & qui est établi de droit, sur des raisons bien considérables : & même sur ce que la femme est déja comme saisie & nantie des meubles que le mari laisse. Et n'importe que la femme se soit nourrie de la chair que le boucher a fournie : car comme le mari prend ses fruits, c'est à lui de l'entretenir. Il lui doit ses alimens, & il ne peut pas pour iceux consommer ou diminuer sa dot, comme il feroit s'il falloit qu'après son décès la femme payat les dettes qu'il auroit contractées pour cela. En effet, ce seroit elle qui les payeroit, si elle diminuoit d'autant de sa dot.

Aussi, nous avons appris que depuis peu semblable cause de préférence entre la veuve & un boucher ayant été plaidée au présidial de Lyon, elle ne fut pas vuidée, mais appointée au conseil : néanmoins la voix commune du barreau se déclaroit pour la veuve.

3 Mais il y peut avoir plus de difficulté entre la veuve & le maître de la maison que le mari tenoit à louage. Tous deux ont un privilége particulier, & fondé de droit : la femme, le titre de la loi *si sponsa, ff. de jure dotium*, & de la loi *assiduis, C. qui potiores in pignore*; & encore de la loi unique, *C. de rei uxoriæ actione.* Le maître de la maison a pour lui la disposition expresse de la loi 4, *ff. de pactis, ubi invecta & illata pignori sunt locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit*; de la loi 4, *ff. in quibus causis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur*; & enfin de la loi 5, *C. de locato.*

4 La veuve peut dire que son hypothéque vient de plus loin, & qu'elle a été la premiere saisie & nantie des meubles, qui n'ont pas laissé d'être en son pouvoir, en quelque lieu qu'ils ayent été transportés. Que sa cause est plus favorable, & même que l'intérêt public est joint à son intérêt, parce que *interest reipublicæ ne mulieres indotatæ maneant.*

5 Le propriétaire de la maison peut au contraire opposer que la femme n'a qu'une hypothéque tacite & générale sur tous les effets mobiliers du mari, & que la sienne est *super invecta & illata in domum*, par conséquent préférable, puisque *in toto jure generi per speciem derogatur.* Que la femme ayant consenti que les meubles ayent été portés dans la maison, & par ce moyen hypothéqués aux loyers, elle est censée avoir renoncé à son privilége. Enfin, qu'y ayant habité avec son mari, elle s'en est prévalue, & qu'en quelque façon c'est une dette commune.

6 Nous trouvons que cette question a été agitée par deux de nos jurisconsultes François; sçavoir, par maître René Chopin, & Bernard Automne. Le premier, au livre 3, titre 3 de la coutume de Paris ayant allégué Ferron, sur l'article 4, au titre des louages de la coutume de Bordeaux, qui tient que la femme est préférable, est de contraire avis, & dit que ce qui l'empêche d'adhérer à l'opinion de cet ancien commentateur, c'est l'obligation contractée par le mari & la femme par une habitation commune.

7 C'est de quoi il a été repris par Automne, sur l'article 40 du titre des louages de la même coutume. Et quoique parmi nous il ne soit pas d'un poids égal à Chopin, son opinion doit pourtant être suivie. En effet, Chopin s'est trompé, car la femme est obligée de suivre le mari, & d'avoir la même habitation. Et comme l'habitation est comprise aux alimens, suivant la loi *Javolenus, ff. de alimentis & cibariis legatis*; aussi le mari est autant obligé de loger sa femme & lui fournir l'habitation, que les alimens. Outre qu'il n'est pas raisonnable que la femme engage sa dot pour cela, comme elle feroit indirectement si elle étoit mise en arriere par ce moyen.

8 Aussi, le même Automne assure qu'il a été ainsi jugé par arrêt du parlement de Bordeaux de l'année 1613, comme encore que les meubles étant propres à la femme, le propriétaire de la maison n'y peut avoir aucune hypothéque, quoiqu'ils ayent été apportés dans sa maison, & qu'il y ait eu sujet de s'y assurer. C'est sur l'article 37, & il en cotte un arrêt du 15 mars 1613, & explique à ce sujet la loi *certi juris, C. de locato.*

OBSERVATIONS.

Du privilége des femmes sur les biens de leurs maris.

L'Auteur examine ici si les femmes sont privilégiées sur les meubles délaissés par leurs maris, avant toute sorte de créanciers, même avant le propriétaire de la maison. Il décide en faveur de la femme. Pour entendre cette question, il faut sçavoir que

BIU Cujas

le droit romain accorde pluſieurs priviléges aux femmes pour la conſervarion de leur dot.

9 1°. Un privilége perſonnel contre tous les créanciers chirographaires, *leg. 74, de jur. dot. l. 22, § 13, ſolut. matr. l. 17, § 1, l. 18 & 19, de privileg. cred.*

2°. Une hypothéque tacite ſur tous les biens du mari, *l. un. § 1, Cod. de rei ux. act.*

10 3°. Une hypothéque antérieure à tous les créanciers du mari, *leg. aſſiduis, Cod. qui pot.*

Dans les provinces de droit écrit du reſſort du parlement de Paris, l'on a conſervé aux femmes les deux premiers priviléges; elles ont privilége ſur les meubles de leurs maris, préférablement à tous créanciers. Cela a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts.

11 Le premier prononcé en robes rouges à la Pentecôte 1590; il eſt rapporté par M. Montholon; art. 63, le ſecond, du 20 mai 1612; & le troiſiéme, du 30 mai 1616. Ces deux derniers ſont rapportés par M. Le preſtre, dans ſes arrêtés; par M. Bouguier, lett. D, ch. 14; par M. Brodeau, ſur M. Louet, lett. M, chap. 8, ſur la fin; par Bouchel, ſur le mot *Déconfiture*, par Tournet & Labbé, ſur l'article 179 de la coutume de Paris.

12 La femme a le même privilége pour ſon augment. Bouguier, Montholon & Brodeau, *eodem.*

13 Le privilége de la premiére femme paſſe à ſes enfans, au préjudice de la ſeconde femme; cela a été ainſi jugé par l'arrêt du ſieur du Moulceau, cité ſur la queſtion précédente.

De l'uſage de la loi aſſiduis, *dans les pays de droit écrit.*

14 A l'égard de l'hypothéque de la loi *aſſiduis*, elle n'eſt pas reçue dans les pays de droit écrit du reſſort de Paris. Je crois même qu'elle n'a pas lieu dans aucun parlement de droit écrit, à la réſerve du parlement de Toulouſe, & encore dans ce parlement, il y a un moyen pour en arrêter l'effet. Les créanciers antérieurs ſont en droit de dénoncer, ou faire ſignifier à la femme avant ſon mariage, qu'ils ont des hypothéques ſur les biens de ſon futur époux, afin qu'elle n'en prétende cauſe d'ignorance; & quand ils ont pris cette précaution, la femme ne paſſe point avant eux, ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés par M. d'Olive, liv. 3, chap. 22 & 25; M. de la Rocheflavain, ſur le mot *dot*, liv. 2, arr. 1; & Graverol, dans ſes obſervations, en cet endroit; M. Cambolas, liv. 1, chap. 48; Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 468, nomb. 71; M. Catelan, tom. 2, l. 4, ch. 33.

La ſaiſie réelle a le même effet que la dénonciation. Catelan & Graverol, *eodem;* Albert, ſur le mot *dénonce.*

L'hypothéque accordée à la femme par la loi *aſſiduis* a lieu pour le droit de viduité & habits de deuil. La Rocheflavain & Graverol, au même endroit, arrêt 5, Deſpeiſſes
15 tom. 1, pag. 306, nomb. 27 & 28.

La loi *aſſiduis* n'a pas été reçue au parlement de Bordeaux, ſuivant le témoignage de M. d'Olive, au même endroit, chap. 25, Deſpeiſſes, *eod.* pag. 460, nomb. 48. Je crois que la même juriſprudence eſt obſervée aux parlemens de Grenoble & d'Aix; je n'ai point vu d'auteur qui le diſe expreſſément; mais cela réſulte d'une queſtion traitée par M. du Perrier, liv. 4, queſt. 3; ſçavoir, ſi la femme eſt préférée aux créanciers antérieurs à ſon mariage ſur les biens donnés à ſon mari, par un de ſes freres, en contemplation du mariage: il décide qu'elle doit être préférée; ce qu'il ſeroit inutile d'examiner, ſi la loi *aſſiduis* étoit ſuivie dans ce parlement.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Mornac ſur la loi *procuratoris 5, in tributum 6, ff. de tribut. act.* dit que c'eſt une maxime certaine dans les pays de droit écrit, que les femmes ont un privilége ſur les meubles de leurs maris, en vertu duquel elles ſont préférées à tous créanciers, quoique premiers ſaiſiſſans. Il en donne une raiſon, qu'il dit avoir appris de M. Jacques Choart, le plus célébre avocat de ſon tems, qui la tenoit de Me Jacques Canaye, qui étoit auſſi un célébre avocat; il fut employé à la réformation de la coutume de Paris. Cette raiſon conſiſte à dire, que dans les provinces de droit écrit la ſociété conjugale ne conſiſte que dans l'habitation dedans la même maiſon; ainſi il ſemble que la femme, du moment de ſon mariage, devient dame & maîtreſſe des meubles qui ſont dans la maiſon de ſon mari, comme étant un gage qu'il lui donne pour la ſureté de ſa dot: au lieu que dans les pays de coutume, la ſociété coujugale étant du droit poſitif, à cauſe de la ſtipulation de la communauté, la fiction n'eſt pas reçue dans les choſes qui ſont du fait de l'homme. *In patria juris ſcripti, ut loquimur, præfertur vidua cæteris quibuſcumque mariti defuncti creditoribus in repetione dotis: atque id, licet manus in mobilia quæ in ædibus ſunt injece-*

BIU Cujas

rint. Cujus rei rationem hanc à Jac. Choartio, hodie Pariſ. Advocationis principe, didici, quam & jam diu Jac. Canayo, patronorum ſuæ ætatis conſultiſſimo probatam dicebat, eſſe videlicet ſocietatem Connubialem ſolius divinæ domûs, non autem humanæ, apud noſtrates eos populos qui jure Romano utuntur: licet præferri ideo uxorem dictitent, quia perpetuo videatur incumbere pignori, quaſique inter manus habere ad rei dotalis conſervationem. Aliud vero eſt in cætera parte Galliæ quæ præſcriptis moribus regitur; in ea enim ut conjugalis ſocietas divinæ, humanæque domus eſt, omnium nempe bonorum; ita & fictio omnis in ejuſmodi quæſtionibus rejicitur, cum admittantur nunquam fictiones in realibus, ideſt in iis quæ facti ſunt, cujuſmodi ſunt præhenſiones.

Il me ſemble que l'on pourroit pouſſer plus loin le raiſonnement de ces trois célébres avocats. Dans les pays de droit écrit les meubles du mari ſont cenſés appartenir à la femme, dès le moment de ſon mariage, comme un gage que ſon mari lui donne pour la ſureté de ſa dot; ainſi ſe trouvant en poſſeſſion de ce gage, il eſt de régle qu'elle ſoit payée par préférence ſur icelui: car c'eſt une maxime certaine en droit, qu'entre deux ou pluſieurs créanciers, celui qui ſe trouve ſaiſi du gage, doit avoir la préférence, ainſi que cela eſt décidé dans la loi *ſi debitor 10, ff. de pign. & hypot.* la raiſon qu'en donne le juriſconſulte, c'eſt parce que la condition de celui qui poſſéde, eſt toujours la meilleure, *poſſidentis meliorem eſſe conditionem.*

L'on peut encore fortifier cette raiſon par l'exemple de l'effet des ſentences de ſéparation. Quand une femme ſe fait ſéparer de biens d'avec ſon mari, elle ſe fait adjuger tous les meubles qui ſont dans la maiſon, pour le payement de ſes conventions matrimoniales; après cela les créanciers du mari ne peuvent plus faire ſaiſir ces meubles, parce qu'ils ſont cenſés appartenir à la femme. Or, la fiction de la loi qui feint que les meubles qui ſont dans la maiſon appartiennent à la femme, comme étant ſon gage, doit avoir pour le moins autant de force qu'une ſentence de ſéparation, qui le plus ſouvent eſt colluſoire & frauduleuſe.

Le privilége des femmes ſur les effets mobiliers de leurs maris, ſouffre une exception en faveur des aſſociés du mari, leſquels ſont préférables à la femme ſur les effets de la ſociété. La raiſon eſt ſenſible, c'eſt qu'il n'y a rien dans la ſociété que les dettes communes ne ſoient acquittées, *omne æs alienum, quod manente ſocietate contractum eſt, de communi ſolvendum eſt, l. 27, pro ſocio.* Or, un aſſocié qui eſt créancier de la ſociété, a droit de prélever les avances qu'il a faites pour l'intérêt commun, avant que les autres aſſociés puiſſent avoir quelque choſe dans cette ſociété; cela a été ainſi jugé par un arrêt du 25 janvier 1677, rapporté dans le journal du palais.

Cette exception reçoit une limitation, quand la dot de la femme eſt entrée dans la ſociété; parce qu'en ce cas la femme eſt créanciere de la ſociété de ſon chef, & ſa créance eſt plus privilégiée que celle des aſſociés. C'eſt le ſentiment de Fontanelle, dont les paroles ſont rapportées dans le journal du palais à l'endroit ci-deſſus cité.

Sur la loi *aſſiduis.*

Quoique j'aie fait deux obſervations ſur la loi *aſſiduis*, il y a encore bien des choſes à dire.

Comme cette loi accorde un paſſe-droit aux femmes contre toutes les régles, les docteurs & les juges y ont rapporté pluſieurs reſtrictions.

1°. Pour que le privilége accordé aux femmes par cette loi ait lieu, il faut que la dot ait été réellement reçue par le mari. Cette exception eſt priſe de la loi même, *ſi tamen re ipſa fuerint parti mariti datæ.* En conſéquence tous les docteurs ont établi, que la dot ſimplement reconnue par le mari, qu'ils appellent *dos confeſſata*, n'a point ce privilége; parce que ſuivant la loi 1, *cod. de dot. caut. dotem numeratio, non ſcriptura dotalis inſtrumenti facit. Quid juris*, ſi le mari a laiſſé paſſer le tems d'óppoſer l'exception *non numeratæ dotis?* La négligence du mari n'eſt pas capable de donner lieu à ce privilége, ſuivant le ſentiment de Godefroy, dans ſes notes ſur cette loi: *Quid ſi dotis non numeratæ exceptioni maritus renunciavit aut eidem tranſacta tempora ſint opponendæ exceptionis? Inter virum & uxorem hæc nocebunt vel proderunt, non tamen creditoribus anterioribus oberunt.*

Mais comme en France l'on a mal pris le ſens de la novelle 100, qui établit l'exception *non numeratæ dotis*, & que le laps de dix ans après lequel le mari ni ſes héritiers ne peuvent plus oppoſer l'exception *non numeratæ dotis*, a été appliqué à la reſtitution de la dot; enſorte qu'après ce tems le mari eſt préſumé avoir reçu la dot, & eſt obligé de la rendre à la femme; cette préſomption eſt ſuffiſante pour donner lieu au privilége de la loi *aſſiduis*: Il faut répondre pour la négative: car la préſomption ne peut pas avoir plus d'effet que la confeſſion; c'eſt le ſentiment de Godefroy, au même endroit: *Periniquum enim eſt factam dotem, hoc eſt confeſſam tantum, aut ad quam exigendam jus quæritur, non*

BIU Cujas

ex numeratione, ſed vel ex renunciatione, vel lapſu temporis anterioribus creditoribus præferri. Bald, *in lege cum aliquis, de jur. de lib.* Immola, *in leg. 1, ſolut. matr.* Angelus, *in § fuerat inſt. de act.* ſont du même ſentiment. Bartole, ſur la loi *aſſiduis*, eſt d'avis contraire : il ſoutient que quand le tems de l'exception *non numeratæ dotis*, eſt paſſé, le privilége a lieu. Alexandre diſtingue ſi l'hypothéque des créanciers eſt antérieure au tems requis, pour oppoſer l'exception *non numeratæ dotis*, ou ſi elle eſt poſtérieure. Dans le premier cas, le privilége de la femme ceſſe. Dans le deuxiéme cas, il a lieu, Campeg. *de dot.* part. 1, queſt. 113, & Boerius, déciſ. 330, traitent fort bien la queſtion.

2°. Le privilége de cette loi n'a pas lieu contre les créanciers antérieurs, qui ont une hypothéque expreſſe; c'eſt le ſentiment d'Accurſe, de Bartole, de Balde, d'Azon, & de Godefroy ſur cette loi.

Faber, *conject.* livre 8, ch. 12, vers la fin, dit que c'eſt la commune opinion, & que cela ſe juge ainſi dans tous les tribunaux. Il ajoute qu'un juge ſeroit téméraire qui jugeroit au contraire. *Nec tamen inficior prudenter feciſſe veteres interpretes, licet nimis audacter, qui cùm Juſtiniani legem abrogare non poſſent, æquiſſima interpretatione ſic eam temperarunt, ut prælationis privilegium habeat contra eos duntaxat creditores anteriores, qui non niſi tacitam hypothecam prætendunt : quod cum generalis locorum omnium conſuetudo, & judiciorum omnium auctoritas admiſerit, audacior ſane & temerarius fuerit qui contra ſentire & judicare velit.*

Ce même auteur dans ſon code, ſur le titre *de privileg. dot. defin.* 3, eſt du même ſentiment, & dit que ſon ſénat le juge ainſi.

Capella Toloſanus, quæſt. 217 & 218, dit que cela ſe juge de même au parlement de Toulouſe; Maynard liv. 2, ch. 52, dit la même choſe, auſſi-bien que Petrus Gregor. *Syntagm. jur.* Cependant d'Olive, liv. 3, ch. 36, Cambolas, liv. 5, ch. 11, diſent qu'au parlement de Toulouſe l'on donne privilége à la femme contre les créanciers antérieurs, quoiqu'ils ayent une hypothéque expreſſe.

Faber, *de conject.* au même livre, ch. 13, ſoutient que ce privilége eſt perſonnel à la femme, & ne paſſe point à ſes enfans. Il établit ſon opinion par de puiſſantes raiſons.

L'on juge au parlement de Toulouſe que ce privilége paſſe aux enfans, & à tous les deſcendans, d'Olive, liv. 3, ch. 35, & Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 461, nomb. 52.

Quand même les enfans ne ſeroient pas héritiers de leur mere, mais ſeulement ſes légataires ou ceſſionnaires, *quolibet titulo experiantur*, Catelan, tom. 2, ch. 19, liv. 4.

Mais il ne paſſe pas aux héritiers collatéraux, ni aux créanciers; d'Olive, liv. 3, ch. 23, *in notis*, & ch. 35. Deſpeiſſes, *eod.* n. 54 & 55, à moins que la femme de ſon vivant n'ait intenté la demande, d'Olive & Deſpeiſſes, *eod.* Catelan, *eod.* ch. 42.

A l'égard du ceſſionnaire, M. d'Olive diſtingue ſi la ceſſion eſt faite avec garantie, ou ſans garantie. Au premier cas le ceſſionnaire peut uſer du privilége de la femme; parce qu'il peut revenir contre elle. M. Catelan dans le chapitre qui vient d'être cité, dit que depuis il a été jugé, que quoique le tranſport ſoit fait ſans garantie, le ceſſionnaire peut uſer du privilége.

Fachin dans ſes controverſes, liv. 10, ch. 34, tient indiſtinctement, que le ceſſionnaire ne peut uſer du privilége de la femme. Campegius, *de dote, part. 1, queſt. 82*, pag. 315, eſt du même ſentiment, & traite fort bien la queſtion. Ce ſentiment me ſemble régulier; car un ceſſionnaire, ſouvent frauduleux, n'a pas plus de droit qu'un créancier légitime.

Comme le privilége de la loi *aſſiduis* eſt exhorbitant, le parlement de Toulouſe a inventé un moyen pour en éluder l'effet. Il juge que ce privilége ceſſe, quand les créanciers du mari ont dénoncé leurs hypothéques à la femme avant ſon mariage ou à ſon pere, ou à la mere, ſi le pere eſt mort, la Rocheflavain, liv. 2, ſur le mot *dot*, arr. 1.

Mais aujourd'hui il faut que la dénonciation ſoit faite à la femme parlant à ſa perſonne. Graverol, dans ſa note ſur la Rocheflavain, & Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 35.

La ſaiſie réelle & criées des biens du mari, équipole à une dénonciation, parce que la femme ne peut pas prétendre cauſe d'ignorance, que ſon mari n'ait des créanciers: Graverol, *ibid.* Catelan, *ibid.* ch. 34.

Idem. Si le mari étoit priſonnier lors du contrat de mariage, Catelan, *ibid.*

La dénonciation ne profite qu'aux créanciers qui l'ont faite; quoique le créancier qui a fait cette diligence, ne ſoit pas le plus ancien, néanmoins il eſt préféré à tous les autres; parce qu'il exclut la femme, qui exclut tous ceux qui n'ont pas fait la dénonce, ſuivant la régle, *ſi vinco vincentem te, à fortiori te vinco.* Ainſi jugé par deux arrêts rapportés par M. Catelan, tom. 2, liv. 4, ch. 33.

Quid juris, ſi le mariage eſt ſecret, ou fait dans une autre province, où la loi *aſſiduis* n'eſt pas reçue.

Si le mariage eſt clandeſtin, il eſt nul, & par conſéquent il ne produit point d'effet; par

par le mot *ſecret*, il faut entendre un mariage fait ſecretement, mais valablement; en ce cas l'on ne peut imputer aucune négligence aux créanciers: ainſi il ſemble qu'ils doivent être préférés à la femme; cependant un homme, qui a des créanciers, fait ſon mariage le plus ſecretement qu'il peut, afin d'en ôter la connoiſſance à ſes créanciers, & les empêcher de dénoncer leurs hypothéques; & même comme par la derniere juriſprudence des arrêts du parlement de Toulouſe, il faut que la dénonce ſoit faite à la future épouſe, parlant à ſa perſonne: elle ſe cache ſoigneuſement, ce qui donne lieu à bien des fraudes & des fauſſetés.

A l'égard du mariage contracté, dans une autre province, avec une femme qui y eſt domiciliée, ſi le mari a des biens dans le reſſort du parlement de Toulouſe, l'on juge que la femme aura privilége ſur ces biens; cela a été ainſi jugé par un arrêt du 28 novembre 1636, rapporté par M. d'Olive, liv. 3, chap. 25.

Je ne crois pas que cet arrêt doive ſervir de loi. 1°. Il a été rendu après un partage; ce qui prouve que la queſtion eſt douteuſe.

2°. Cet arrêt eſt contraire à l'eſprit de la juriſprudence du parlement de Toulouſe, qui permet aux créanciers de faire ceſſer le privilége, en dénonçant à la femme leurs hypothéques. Or, comment peuvent-ils lui faire cette dénonciation, quand elle eſt domiciliée dans une autre province, & qu'ils ignorent ſon mariage? Par la même raiſon il y a lieu de croire que les créanciers demeurans dans une autre province ne ſont pas obligés à cette cérémonie. 1°. Ils ne ſont pas en état de la faire. 2°. Ils l'ignorent, & leur ignorance eſt excuſable, parce que ce n'eſt pas une loi générale du royaume.

Il y a des créances privilégiées, devant leſquelles la femme ne paſſe point.

1° Les enfans du premier lit, qui répétent la dot de leur mere, paſſent avant la dot de la ſeconde femme ainſi que cela eſt décidé par la loi *aſſiduis*, § 1, à la fin, *duabus enim dotibus ab eadem ſubſtantia debitis, ex tempore prærogativam manere volumus, & nov.* 91, ch. 1. Le pupille n'a pas le même privilége pour le reliqua de ſon compte, Deſpeiſſes, *ibid.* nomb. 46; Cambolas, liv. 5, chap. 11.

2°. Ceux qui ont prêté leurs deniers pour acheter un fonds ou une maiſon, ou pour la réparer, paſſent avant la femme, quand leur créance eſt antérieure à elle, *nov.* 91, chap. 3.

3°. Ceux qui ont prêté de l'argent au mari pour acheter un office paſſent avant la femme, quand même ils ſeroient poſtérieurs, pourvu que dans le contrat il ſoit déclaré que leurs deniers ont été fournis à cet effet, d. n. chap. 4.

4°. Le vendeur d'un fonds eſt préféré à la femme ſur ce même fonds, d'Olive, liv. 3, chap. 35; Deſpeiſſes, *ibid.* nomb. 68.

5°. Celui qui ayant acquis une maiſon du mari, y a fait des réparations, eſt préféré pour les réparations, Deſpeiſſes, *ibid. in fine.*

6°. La femme n'eſt pas préférée au fiſc, *pari paſſu ambulant*, l. 2, *Cod. de privil. fiſci*; Deſpeiſſes, *ibid.* n. 65; d'Olive, liv. 3, chap. 35.

7°. La femme ne paſſe point avant les créanciers des pere & mere de ſon mari; ſçavoir, à l'égard du pere, quand il n'a pas reçu la dot de ſa belle-fille, ou qu'il n'a pas conſenti que ſon fils la reçût, ou qu'elle n'a pas tourné à ſon profit, Deſpeiſſes, *ibid.* n. 33; d'Olive, chap. 35; & Catelan, chap. 10.

A l'égard des créanciers de la mere, quand même elle auroit obligé tous ſes biens pour la ſûreté de la dot de ſa bru, cette dot ne paſſe pas avant les créanciers de la mere, Maynard, liv. 2, chap. 52; Deſpeiſſes, *ibidem*, nomb. 58, ſinon qu'elle eût reçu elle-même la dot de ſa belle-fille, d'Olive, *eod.*

Tout ce qui eſt dit en cet endroit du pere, doit s'entendre quand ſon fils eſt en ſa puiſſance; car s'il eſt émancipé, ou qu'il l'émancipe par le contrat de mariage, alors il n'eſt pas reſponſable de la dot, & ſa belle-fille n'a aucun privilége ſur ſes biens, Catelan, *eod.* chap. 10. Le privilége de la femme paſſe avant les donations faites par le mari dans le contrat de mariage, aux enfans qui en naîtront, Catelan, *ibid.* ch. 43.

Les femmes hérétiques ne jouiſſent pas de ce privilége, nov. 109, ch. 1 : graces à Dieu, cette queſtion eſt inutile en France.

BIU Cujas

DES BESTIAUX, S'ILS SUIVENT LA NATURE DU FOND.

QUESTION CENT-CINQUANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sujet de la conteſtation.*
2. *Moyens pour ſoutenir que les beſtiaux ſont immeubles.*
3. *Moyens pour établir qu'ils ſont de la même nature que l'héritage auquel ils ſont attachés.*
4. *Avis de l'auteur pour ce dernier parti.*
5. *Dans les pays de droit écrit, les beſtiaux n'entrent point en communauté.*
6. *Les beſtiaux ſont meubles, & ſont compris dans le legs des meubles.*
7. *Arrêt du parlement de Grenoble, qui juge que le legs d'un domaine, comprend les beſtiaux qui s'y trouvent du jour du décès du teſtateur.*
8. *Deux arrêts du parlement de Paris, qui jugent que les baux à châtel de beſtiaux ſont meubles.*
9. *Il y a deux différentes ſortes de chaptel de beſtiaux.*
10. *Origine du contrat de chaptel. Auteurs & coutumes qui en parlent.*

QUESTION CLIX.

Si le mari & la femme ayant ſtipulé une communauté de meubles, les beſtiaux des domaines ſont cenſés y être entrés.

QUOIQUE cette queſtion ſoit pendante en la cour de parlement à Paris, au ſujet de la ſucceſſion des ſeigneur & dame de Montagnat, nous ne laiſſerons pas de la traiter & d'en dire notre ſentiment.

1 Pour le fait, il ſuffit de ſuppoſer que ledit ſeigneur de Montagnat avoit pluſieurs domaines garnis de beſtiaux néceſſaires pour la culture d'iceux. Ayant donc, par ſon contrat de mariage avec dame Anne de Roſtain, convenu qu'ils ſeroient communs pour les meubles & effets mobiliers, qu'ils pouvoient avoir ou auroient lors de leurs décès; il s'agit de ſçavoir ſi les beſtiaux des domaines ſont part de cette communauté, & doivent entrer au partage.

2 On peut dire d'une part, qu'ils ſont meubles, & doivent ſortir nature de meubles: qu'ils ne ſont pas tellement attachés aux domaines, qu'ils n'en puiſſent être ſéparés, vendus ou changés. Que dans le droit il n'eſt point dit que le legs d'un héritage emporte le beſtail, s'il n'y eſt compris, ou expreſſément, ou par clauſe équipolente. Il faut que *fundus legatus ſit ut eſt inſtructus*, ſuivant le titre *de fundo inſtructo vel inſtrumento legato*; ce qui montre bien que le beſtail n'en eſt point abſolument dépendant ni une ſuite néceſſaire. Par conſéquent, que puiſque la communauté a été ſtipulée des meubles en termes généraux, & ſans aucune reſtriction, que tout y doit être compris, *locatio enim indefinita æquipollet univerſali.*

3 Au contraire, on peut dire, qu'encore que régulièrement les beſtiaux ſoient cenſés meubles, & comme tels ſoient dans le commerce, on en doit excepter le beſtail arable & deſtiné pour la culture des domaines, dont ils ſont cenſés faire part, ſuivant le titre préallégué, & la loi ſeconde, *C. de verbor. ſignificat*: que puiſqu'il eſt dit en cette loi, que non-ſeulement les beſtiaux du labourage, mais encore *pecora ſtercorandi vel paſcendi ibi conſtituta, vel ut fundus ſit inſtructus fideicommiſſo cedunt*, c'eſt une conſéquence qu'ils ſont cenſés faire part des domaines. Qu'en ce cas, & par cette dépendance, on les doit juger de même nature, & plutôt immeubles que meubles.

Qu'autrement un domaine ſeroit comme un corps ſans ame; & en vain auroit-on des héritages, s'il n'y avoit du beſtail pour les cultiver & faire valoir, *velut membra fundorum, quid enim ſine iis prodeſſent fundi*, diſoit un ancien, que ſerviroit-il d'avoir des héritages, s'ils ne produiſoient des fruits; & comment les pourroient-ils produire ſans culture & ſans beſtail?

Que Caton ayant dit autrefois, *neve villa fundum, neve fundus villam deſideraret*, & qu'il falloit exercer plus la charue que le balay, il ſuppoſoit bien par-là que le beſtail étant néceſſaire pour cultiver l'héritage, il en étoit une dépendance, & en faiſoit une partie, ſuivant la loi *fundi*, § *Labeo*, *ff. de actionib. empti*, où il eſt dit que par une régle générale, *ea quæ perpetui uſûs causâ in ædificiis ſunt, ædificii eſſe.* Car encore que les beſtiaux ſe puiſſent ôter & changer, c'eſt toujours à cette condition, qu'on y en ſubroge d'autres; de ſorte que par cette ſubrogation, il eſt vrai de dire que c'eſt toujours le même beſtail, & qu'il y a été mis *perpetui uſûs causâ*, c'eſt-à-dire, comme l'explique Godefroy, *eâ mente*, qu'il y ait toujours du beſtail, & qu'un domaine n'en puiſſe être dégarni.

A quoi l'on peut ajouter ce qui eſt dit en la loi 3, *ff. de diverſis & temporal. præſcript.* que *longæ poſſeſſionis præſcriptio locum habet tàm in prædiis quàm in mancipiis*; ce qui comprend les beſtiaux, & fait voir qu'ils tiennent de l'immeuble, parce qu'autrement il n'auroit fallu qu'un moindre tems, *ſiquidem mobilia anno vel triennio præſcribuntur.*

Et l'on peut encore ajoûter le titre du code, *de agricolis & cenſitis*, & autres ſemblables, où il eſt dit que *mancipii adſcripti erant, addicti glebæ*, & par conſéquent les animaux, y ayant identité de raiſon, c'eſt-à-dire, que faiſant une partie de l'héritage, ils ne s'en pouvoient détacher.

Et c'eſt par cette raiſon qu'en la loi *pecoris*, *ff. de ſervitu tib. ruſticor. prædior.* il eſt dit que les beſ-

BIU Cujas

tiaux qui ſont mis dans un domaine, pour en recueillir les graiſſes à fumer les terres, ſont cenſés faire partie de ce domaine, *& potiùs prædii ſunt, quàm perſonæ.* Comme encore en la loi *jubemus nulli*, § *de ſacroſ. Eccleſiis*, il n'eſt pas ſeulement défendu aux titulaires des bénéfices d'aliéner les héritages, mais encore *colonos, vel mancipia conſtituta in his prædiis.*

Que ſi l'artillerie, les arquebuſes à croc, & autres choſes ſemblables, qui ſervent à la fortification & défenſe d'un château, ſont cenſés immeubles, & faire partie du fonds, par l'art. 4 du titre, leſquelles choſes ſont réputées meubles par la coutume de Berry, & par celle de Touraine, article 227; de Hainaut, article 107, & pluſieurs autres; & ſi l'on a jugé le même pour les ornemens de la chapelle, on doit établir la même régle pour les beſtiaux. Et de fait, Coquille, ſur l'article 6 du titre, quels biens ſont meubles, de la coutume de Nivernois; & Chopin, ſur celle d'Anjou, liv. 1, ch. 29, ſemble favoriſer ce parti.

Mais quand on accorderoit que les beſtiaux, quoique arables, quoique comme inſéparables des domaines, doivent être réputés meubles, toujours il faudroit ſe régler par l'intention des parties, & juger s'il y a eu apparence qu'un mari ait entendu comprendre les beſtiaux dans la communauté, & en dépouiller ſes héritages, ou plutôt, s'il n'a pas cru, que comme le beſtail en fait une partie, il a entendu qu'il y demeurât.

A quoi l'on peut appliquer la loi 6, *ff. de pignorib.* en laquelle il eſt dit que, *ſub obligatione generali rerum quas quis habuit, habiturus ne ſit ea non continebuntur veriſimile eſt quemquam ſpecialiter obligaturum non fuiſſe, utpote ſupellex, mancipia quæ in eo uſu habebit, ut certum ſit eum pignori daturum non fuiſſe.* A quoi le juriſconſulte ajoute, *proinde de miniſteriis perquàm neceſſariis, vel quæ ad affectionem ejus pertineant.*

Que ſi le débiteur, obligeant généralement tous ſes biens, la loi ne juge pas qu'il ait obligé les choſes que vraiſemblablement il n'a pas entendu y comprendre, ou par la néceſſité, ou par l'affection d'icelles, ne doit pas inférer de là avec autant ou plus de raiſon, que dans la communauté de meubles le mari n'a pas entendu comprendre les beſtiaux de ſes domaines, parce qu'étant néceſſaires pour la culture d'iceux, il a cru qu'ils en faiſoient une partie, & en étoient comme inſéparables.

A quoi nous voulons ajouter, que pour cet effet la loi force bien ſouvent la naturelle ſignification des mots, afin d'empêcher qu'on ne ſépare des choſes conjointes, *ut in l. liberorum*, § *ſed & Papirius*, *ff. de verb. ſignific. & in l. uxorem*, § *concubinæ*, *ff. de legat. 3*; & enfin *in l. quæſitum*, § *Trebatius de fundo inſtructo, quia duram ſeparationem teſtatorem injunxiſſe credendum non eſt.*

C'eſt le parti que nous voudrions prendre, en attendant d'en voir un arrêt. 4

OBSERVATIONS.

Si les beſtiaux ſuivent les fonds.

L'Auteur examine ici, ſi dans une communauté de biens ſtipulée entre conjoints en pays de droit écrit, les beſtiaux étant dans les domaines du mari, doivent entrer en communauté. Il réſout que non, & pour ſoutenir ſon opinion il établit, que les beſtiaux ſont partie du domaine, *ſunt membra fundorum.*

Je ſuis de l'avis de l'auteur; mais c'eſt par une autre raiſon. Dans les pays de droit écrit les communautés conjugales ne comprennent pas les meubles que les conjoints poſſédent au jour du mariage, mais ſeulement ceux qu'ils acquierent depuis le mariage, ainſi que notre auteur l'a remarqué lui-même, dans ce liv. 4, queſt. 57. 5

Mais je ne crois pas que les beſtiaux qui ſont dans les domaines, faſſent partie du fond, & ſoient par ce moyen réputés immeubles. Ils ſont toujours compris dans la diſpoſition des meubles, de quelque nature qu'elle ſoit; je l'ai ainſi décidé dans ma famille. Etiennette Gautier mon ayeule maternelle, par ſon teſtament, ayant fait M. Chriſtophe Bretonnier, docteur en médecine & aggrégé au collége des médecins de la ville de Lyon, mon frere aîné, ſon héritier univerſel, & ayant légué à Marie & Charlotte Bretonnier mes deux ſœurs tous ſes meubles, il fut queſtion de ſavoir ſi ce legs devoit comprendre les beſtiaux qui étoient dans les domaines. Mon frere & mes ſœurs m'ayant fait l'honneur de s'en rapporter à moi, je décidai en faveur de mes ſœurs, quelque inclination que j'euſſe pour mon frere, pour lequel j'ai une eſtime très-ſincere, & une affection très-cordiale; je dois cette juſtice à ſon mérite & à l'amitié étroite & conſtante qui a toujours été & ſera toujours entre nous: en effet, elle a duré juſqu'à ſon décès arrivé au mois d'octobre 1725, juſques alors nous n'avons jamais manqué de nous écrire toutes les ſemaines. 6

M. Baſſet, tom. 2, liv. 8, tit. 6, ch. 6, cite un arrêt rendu en la chambre de l'édit de Grenoble le 16 mars 1607, par lequel il a été jugé que le legs d'un domaine comprend les beſtiaux qui s'y trouvent au jour du décès du teſtateur, mais cette eſpéce eſt bien différente de celle que je viens de rapporter. 7

Des chaptels de beſtiaux.

Depuis j'ai vu deux arrêts, l'un du 23 juillet 1667, l'autre du premier juin 1681, par leſquels la cour a jugé, que les baux à chaptel des beſtiaux qui ſe trouvent dans les 8

BIU Cujas

terres délaiſſées par les débiteurs à leurs créanciers, ſont réputés meubles. Ces deux arrêts ſont raportés en forme dans le journal des audiences, tome 4, livre 8, chapitre 19.

9 Il y a deux ſortes de chaptels, l'un conſiſte dans les beſtiaux que le propriétaire d'un domaine, d'une terre, d'une ferme, ou grange, donne à ſon fermier, métaier, ou grangier, à la charge de prendre ſoin de leur nourriture, de s'en ſervir pour la culture & amélioration des héritages, & à condition d'en partager le profit ou croît. L'autre, quand on donne des beſtiaux à un particulier pour faire valoir ſes propres héritages, à condition de partager avec lui les profits. Dans la province du Lyonnois & les pays circonvoiſins, l'on appelle cette eſpéce de chaptel, *commande.*

10 L'origine de ce contrat vient de la loi, *ſi paſcenda pecora*, 8, au code, *de pact.* Cujas dans ſon commentaire ſur cette loi, explique doctement la nature & les effets de ce contrat. Mornac, ſur cette même loi, en parle fort ſçavamment; Coquille dans ſon commentaire ſur la coutume de Nivernois, titre *des croîts & chaptels des bêtes*, & dans ſes inſtitutions au droit François, titre dernier, explique l'uſage & les régles de ce commerce.

Il y a pluſieurs coutumes qui parlent de cette matiere, mais il y en a trois qui ſont voiſines du Lyonnois & du Forez qui en ont des titres exprès, ſavoir Bourbonnois, titre 35, Berry, titre 17, & Nivernois, tit. 21.

* Maître René Chopin, *privil. ruſt.* liv. 2, part. 2, ch. 1, traite la queſtion, ſi les beſtiaux qui ſont dans un domaine, ſont cenſés meubles ou immeubles : il décide qu'ils ſont de la nature des meubles: *Alia eſt conditio pecorum, gregiſque animalium, ſeu animatorum fundi inſtrumentorum, quæ animalia verius æſtimantur. Haud uſquaque, boves & armenta immobilibus cedunt, nec eodem idcirco jure æſtimantur.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

SUR la premiere queſtion, l'auteur a dit que les beſtiaux qui ſont dans les domaines ſont meubles; mais il n'a point rapporté d'autorité pour établir mon opinion. Depuis j'ai vu Tiraqueau *de retractu gent.* § 1, gl. 7, nomb. 119, & Chopin, *de privileg. ruſt.* liv. 2, part. 2, ch. 1, qui établiſſent que les beſtiaux, quoique deſtinés pour la culture du fond, ſont meubles.

A l'égard de la ſeconde queſtion touchant le chapitre des bêtes, j'ai omis d'obſerver que le bail à chaptel eſt auſſi en uſage dans les provinces de Breſſe & de Bugey. Maître Charles Revel, avocat au bailliage de Bourg-en-Breſſe, dans ſon traité des uſages de Breſſe, Bugey, Valromey & Gex, en parle amplement & doctement; il appelle ce contrat *commande*, ce chapitre eſt intitulé *des commandes des beſtiaux.*

Il en donne d'abord l'étymologie; il dit que c'eſt un contrat par lequel on remet du bétail à un paſteur ou laboureur, eſtimé à un certain prix, qui s'appelle le *chatail* de la commande, à la charge que ce paſteur le nourrira duement & le gouvernera en bon pere de famille, & qu'au bout d'un certain tems il le repréſentera, pour être ſur icelui relevé par le bailleur de chatail, & le ſurplus que l'on appelle le *croiſt*, être partagé entre le bailleur & le preneur : enſuite il rapporte la formule de ce contrat.

Dans la remarque 45, il examine ſur qui tombe la perte du bétail; il dit, que s'il périt par accident ou par caducité, la perte tombe ſur le propriétaire; mais s'il périt par la faute du preneur, la perte tombe ſur lui. Il examine de quelle faute il eſt tenu; pour cela il entre dans l'examen de l'eſpece du contrat, ſçavoir, ſi c'eſt une vente, ou une ſociété, ou un louage: il ſe détermine pour ce dernier parti; ſur ce fondement dans une addition qui eſt faite à la page 305, il dit que le bailleur a droit de ſuite ſur ſon bétail, lorſque le preneur l'a aliéné ſans ſon conſentement, quand même il auroit été vendu dans les foires & marchés publics.

Il faut dire la même choſe, ſi les beſtiaux ſont ſaiſis ſur le preneur à la requête de ſes créanciers, le bailleur peut les revendiquer, comme étant ſa choſe.

Dans la remarque 46, il parle de l'exigie, il dit que ce mot vient du mot latin *exæquare*, qui eſt le partage qui ſe fait entre le bailleur & le preneur, à la ſaint Michel, ou à la ſaint Martin.

Je croirois plutôt que ce mot vient d'*exigere*, c'eſt-à-dire, en quel tems le preneur peut exiger le partage du croît ou profit. Cet auteur dit, que le croît ne ſe partage qu'après le chatail prélevé, ou plutôt déduit, & que cela ſe fait par prud-hommes, c'eſt-à-dire, par des experts: il ajoute que ſi les parties ne veulent pas ſe tenir au partage des prud-hommes, elles en viennent aux miſes, c'eſt-à-dire, aux encheres.

Dans la remarque 47, il dit que le bailleur ne peut pas pour ſon uſage particulier ſe

BIU Cujas

ſervir des beſtiaux par lui donnés à chatail ; ſi ce n'eſt toutefois que cela eût été ainſi convenu dans le bail : il prétend que cette convention ne ſeroit pas valable, ſi elle répugnoit à la nature du contrat, c'eſt-à-dire, ſi elle empêchoit le preneur de ſe ſervir des beſtiaux pour la culture de ſes héritages.

Dans la remarque 48, il examine ſi le preneur peut ſe ſervir des beſtiaux à d'autres uſages que pour la culture de ſes héritages, s'il peut les louer à d'autres, & s'en ſervir pour faire des voitures pour autrui ; il ſe détermine pour la négative, parce que cela ruineroit les beſtiaux.

Dans la remarque 49, il examine ſi le preneur peut demander quelque récompenſe pour la nourriture des beſtiaux, dans les tems fâcheux & difficiles, ou il a été obligé d'acheter du fourage. Il diſtingue entre les beſtiaux qui rendent ſervice, comme les bœufs, les chevaux & les ânes, & ceux qui n'en rendent point, comme les pourceaux, les chevres & les moutons. A l'égard des premiers, il dit que le preneur ne peut demander aucune récompenſe, mais qu'il eſt en droit d'en demander pour les autres.

Dans le chapitre 50, ſi le bailleur peut outre le croît ſtipuler, que le preneur lui payera tous les ans une certaine quantité de bled pour le louage des beſtiaux, que l'on appelle *boage* ou *moiſſon*. Il réfute l'opinion de ceux qui prétendent qu'une ſemblable convention eſt uſuraire ; il combat auſſi la juriſprudence de ſon préſidial, qui arbitre une ſemblable redevance au juſte intérêt du prix du chatail ; il ſoûtient que c'eſt le profit du louage, & non pas l'intérêt du prix des bœuf, *fructus operarum, non vero uſura capitalis, ſeu valoris boum.* Il ajoûte que ce droit de boage n'eſt plus dû, quand les bœufs ſont morts, ou qu'ils ont été échangés contre de jeunes taureaux, ou vaches capables de labourer.

Dans les provinces du Lyonnois, Forez & Beaujolois, une ſemblable convention eſt légitime ; outre le croît, le preneur paye tous les ans au bailleur une certaine ſomme pour l'intérêt du chatail, c'eſt-à-dire, de l'achat des beſtiaux : il donne auſſi quelque choſe pour les menus profits qui ne ſe partagent pas, comme le lait, le beurre, le fromage provenant des vaches, & pour la toiſon des brebis. Je crois toutes les conventions qui ſe font dans ce contrat légitimes, *pacta dant legem contractui ;* mais quand le profit que tire le bailleur eſt exceſſif, il bleſſe la charité, & par conſéquent il doit être modéré.

DES ABSENS, DU TEMS NÉCESSAIRE POUR LES FAIRE Préſumer morts.

QUESTION CENT-SOIXANTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Dans le droit, un homme n'eſt préſumé mort qu'après cent ans.*
2. *Les coutumes d'Anjou & du Maine, après ſept ans d'abſence, permettent aux héritiers de ſe mettre en poſſeſſion des biens de l'abſent.*
3. *Les arrêts ont limité ce tems à neuf années.*
4. *Contrariété d'arrêts ſur cette queſtion.*
5. *Opinion de Bartole, qui deſire outre la longue abſence, des conjectures pour faire préſumer la mort.*
6. *Eſpece du fait, ſur lequel l'arrêt qui ſuit eſt intervenu.*
7. *Sentence du bailli de Montbriſon, qui a jugé que ſept ans d'abſence ne ſont pas ſuffiſans pour faire préſumer la mort.*
8. *Arrêt du 13 juillet 1654, qui confirme la ſentence.*
9. *Nouvelle conteſtation ſur ce ſujet après dix ans.*
10. *Moyens des héritiers, pour établir que dix ans ſont ſuffiſans pour fairr préſumer la mort d'un abſent.*
11. *Moyens pour établir le contraire.*
12. *Avis & raiſons de l'auteur, pour montrer que dans cette eſpéce il n'y avoit pas lieu d'admettre les héritiers de l'abſent à un partage proviſionnel.*
13. *Pour ſavoir en quel tems un abſent eſt réputé mort, il faut diſtinguer les différens cas & les différentes perſonnes.*
14. *A l'égard des femmes, il faut diſtinguer entre le lien du mariage, & les*

BIU Cujas

conventions. Dans le premier cas, le mari abſent n'eſt point réputé mort ſans preuve. Dans le ſecond cas, après dix ans la femme peut demander ſes conventions matrimoniales.

15. *A l'égard des enfans de famille, ils peuvent ſe marier après trois ans d'abſence de leur pere.*

16. *Un fils de famille abſent eſt réputé vivant, par rapport au teſtament de ſon pere, & à ſa légitime.*

17. *A l'égard des créanciers, le débiteur eſt toujours réputé vivant.*

18. *A l'égard des héritiers, après dix ans d'abſence ils peuvent demander le partage des biens de l'abſent, en donnant caution, laquelle demeure déchargée après trente ans.*

18. *L'abſent eſt réputé mort du jour de ſon départ, ou de la derniere nouvelle.*

20. *Le Brun eſt d'un ſentiment contraire.*

21. *Eloge des arrêts de M. le premier préſident de Lamoignon, & de ceux qui y ont travaillé.*

22. *Arrêts du parlement de Toulouſe, qui ont jugé que l'abſent eſt réputé mort du jour de ſon abſence.*

23. *Quand l'abſent a fait un teſtament, la jouiſſance doit être donnée à l'héritier inſtitué, s'il eſt héritier préſomptif, ſinon à l'héritier légitime.*

24. *L'héritier légitime ne doit avoir la jouiſſance que pendant dix ans.*

25. *L'héritier légitime eſt obligé de rendre les fruits, quand l'héritier inſtitué juſtifie de la mort de l'abſent.*

26. *Pendant l'abſence, le plus proche héritier peut demander la caſſation des actes préjudiciables à l'abſent.*

27. *La fin de non-recevoir des dix ans, ne court pas contre l'héritier inſtitué.*

28. *Arrêt du 23 mars 1688, du parlement de Paris, qui juge qu'un abſent eſt réputé mort du jour de ſon départ, & que les héritiers qu'il avoit pour lors ſont cenſés lui avoir ſuccédé, & tranſmettent leur droit à leurs héritiers.*

QUESTION CLX.

Par quel tems l'abſence peut faire préſumer la mort, & donner lie u np artage proviſionnel.

1 S'il falloit décider ce point purement par notre droit, il ſemble que l'abſence ne peut pas ſuffire, & qu'il faut une preuve de la mort. C'eſt parce que communément un homme eſt préſumé vivre cent ans, & qu'on ne peut auparavant le réputer mort, ſans en avoir quelque certitude. Ce tems eſt appellé *longiſſimum vitæ tempus in l. ut inter, C. de ſacroſ. Eccleſiis;* & quoique peu de perſonnes y parviennent, il ſuffit qu'ils y puiſſent parvenir, *l. an uſus-fructus, ff. de uſufructu.*

Quoi qu'il en ſoit, en la loi 5, *C. ſoluto matrimonio*, les empereurs ne permettent de répéter la dot d'une femme priſe par les ennemis, *niſi diem functa ſit, & frater ejus hæreditatem poſſit vindicare.* Mais plus expreſſément en la loi 4, *C. de poſtliminio reverſis*, les empereurs ne veulent pas que le fils même puiſſe prendre l'hoirie de ſa mere, *cùm incognitum erat an ab hoſtibus interfectam, an captam eſſe*, dont ils rendent cette raiſon générale, *quoniam eorum bona qui in hoſtium poteſtatem redigunzur, eo demum tempore ſucceſſionis jure acquiri poſſunt, cùm captos apud hoſtes mortuos eſſe cognoſcitur.* Ils ajoutent encore que, *nec ſuper facultatibus ejus cujus incerta vita ac fortuna fuit tranſigi vel judicari potuit.*

2 Notre uſage eſt pourtant contraire; car nous avons deux coutumes, ſçavoir, celle d'Anjou, en l'article 269, & celle du Maine, en l'article 287, qui décident, *que ſi aucun a été abſent du pays par ſept ans continuels, tellement que ſa femme ou ſes enfans, ou ceux qui ſeroient ſes proches héritiers n'en euſſent oui nouvelles, & ſans qu'il fût aucunement mémoire de lui, ceux qui doivent être ſes héritiers ſe peuvent enſaiſiner des choſes de la ſucceſſion.* C'eſt ainſi que parlent ces coutumes, ſauf à rendre en cas de retour.

Mais au lieu que ces deux coutumes ne demandent que ſept ans, & celle de Hainaut encore moins, 3
en l'article dernier du titre intitulé, *coutume de fiefs*, les arrêts & préjugés rapportés par Chenu & autres arreſtographes deſirent du moins neuf ans. Mais après cet intervalle, la cour a permis aux héritiers plus proches d'entrer dans la jouiſſance des biens, & même de les partager en baillant reſpectivement caution de rendre les fruits, ſi l'abſent retourne.

Dans le journal des audiences il y a deux arrêts 4
qui ſemblent contraires. En l'eſpece du premier, nonobſtant que Jérôme Tielemant eût été abſent & hors du royaume quatorze ans, ſans qu'on en eût oui aucune nouvelle, & qu'à ce moyen les Tielemans ſes freres prétendiſſent qu'il dût être préſumé mort, & partant, n'avoir pu recueillir la ſucceſſion de la mere, depuis décédée; néanmoins ils furent chargés de prouver ſon décès, & ſa portion fut proviſion adjugée à ſes créanciers. Meſſieurs des requêtes du palais avoient ordonné qu'avant rendre droit, les Tielemans vérifieroient que leur frere étoit décédé auparavant leur mere. La cour, par ſon arrêt du 7 juillet 1629, les chargea de la même choſe, ſauf aux créanciers à vérifier le contraire, ſi bon leur ſembloit; & paſſant plus avant, ordonna que les créanciers recevroient la part & portion de Jérôme, en baillant caution. C'eſt au chapitre 10 du livre 2 que cet arrêt eſt inſéré.

BIU Cujas

En l'eſpece du ſecond arrêt cotté au chapitre 118 du même ſecond livre, le lundi 2 janvier 1634, il fut jugé qu'un jeune homme ne paroiſſant plus, & duquel on n'avoit point oui de nouvelles il y avoit plus de dix ans, étoit réputé décédé dès l'inſtant ou moment qu'il s'étoit retiré, ou avoit ceſſé d'être vu. En conſéquence de quoi, ſon ayeule, qui avoit ſurvécu deux ans depuis qu'il n'avoit point paru, étoit réputée avoir recueilli ſa ſucceſſion, quant aux meubles & acquêts, & furent les héritiers collatéraux, quant à préſent, déclarés non-recevables en leur demande, c'eſt-à-dire, juſqu'à ce qu'il fût apparu, & qu'ils euſſent vérifié qu'il étoit encore vivant lors du décès de l'ayeule.

Le ſieur du Freſne tâche de concilier ſes arrêts, & dit que ce jeune homme ayant été envoyé en la ville de Paris, pour demeurer chez un procureur, & à quelque tems de-là n'ayant plus paru, il falloit qu'il eût été tué par quelque mauvaiſe rencontre, ces accidens n'étant que trop fréquens dans Paris, & le plus ſouvent y ayant moins d'aſſurance que dans un bois ou dans un grand chemin. Cet auteur ajoute que ſi la cauſe des créanciers étoit favorable, la faveur de l'ayeule devoit auſſi prévaloir au droit des collatéraux.

5 De-là réſulte que cette queſtion que nous propoſons eſt aſſez douteuſe, & qu'en effet elle a été réſolue diverſement par nos interprétes. Barthole, qui l'a traitée plus amplement qu'aucun autre, tient bien que la longue abſence fait préſumer la mort, mais pour établir cette préſomption, il veut qu'elle ſoit accompagnée de conjectures puiſſantes. Par exemple, que l'abſent ſe ſoit engagé dans une armée, qu'il y ait eu bataille, & que depuis il n'ait point paru. Qu'il ſe ſoit embarqué ſur mer, qu'il y ait eu tempête & naufrage, & que même on ne ſçache pas ce que le vaiſſeau eſt devenu. Il en marque d'autres circonſtances, ſans leſquelles il ne veut pas que l'abſence ſoit trop facilement préſumée. C'eſt *in tractatu teſtimoniorum in verbo mortuum*, où il agite, *an vita vel mors præſumatur*, & encore ſur la loi ſeconde, § *ſi dubitetur*, *ff. quemadmodum teſtam. aperiantur.* Qui n'y voudra recourir, en pourra voir l'abrégé au commentaire de maître Antoine Mornac, ſur la loi 23, *C. de ſacroſ. Eccleſ.* On peut encore voir *Boerius*, en ſa déciſion 88, & Chopin, ſur la coutume d'Anjou.

6 Cette même queſtion fut agitée en notre ſiége en l'année 1653, au ſujet d'un nommé Bernardin Pupier, prêtre, mais qui étoit tombé dans une démence; & depuis s'étant rendu vagabond, s'étoit abſenté, ſans qu'on en eût eu aucunes nouvelles il y avoit ſept ans paſſés.

Les héritiers préſomptifs ayant fait aſſigner la veuve de l'héritier de la maiſon, en qualité de mere & tutrice de ſes enfans, pour leur relâcher la portion contingente de l'abſent; elle ſoutint que c'étoit à eux de faire preuve de ſa mort, vû même que l'abſence de ſept ans ne ſuffiſoit pas. Les héritiers préſomptifs ayant inſiſté au contraire, par ſen-
7 tence de ce ſiége, il fut dit que par faute de vouloir entrer en preuve du décès dudit Bernardin Pupier, ils étoient quant à préſent déclarés non-recevables.

En ayant appellé & baillé requête à la cour pour l'évocation du principal, il fut dit que ſans y avoir égard, ce dont eſt appel ſortiroit ſon plein & entier effet par l'arrêt qui ſuit.

Extrait des regiſtres de parlement.

8 ENTRE maître Baltazard Pupier, châtelain de Chezelle, & André Pupier ſon neveu, tant en ſon nom, que comme ſoi-diſant avoir droit par tranſport d'Antoine & Antoinette Pupier ſes oncle & tante, appellant d'une ſentence rendue par le ſénéchal de S. Eſtienne de Montbriſon, le 16 juin 1653, d'une part; & damoiſelle Antoinette de la Fayolles, veuve de défunt Jean Pupier, vivant, conſeiller & procureur du roi en l'élection de Forez, au nom & comme mere & tutrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle, intimée, d'autre: & entre ledit Balthazard & André Pupier, demandeurs en requête par eux préſentée à la cour le 30 mai 1654, à ce qu'il plaiſe à la cour évoquer en icelle le principal différend d'entre les parties pendant pardevant ledit ſénéchal de la ſénéchauſſée de Saint-Eſtienne, transférée à Montbriſon; ordonner qu'en venant par leſdites parties plaider ſur ledit principal, & y faiſant droit, les ſupplians, comme héritiers *ab inteſtat* dudit défunt maître Bernardin Pupier, ſeront maintenus en la poſſeſſion des parts & portions à eux appartenantes en la ſucceſſion dudit défunt Bernardin Pupier, ſçavoir, ledit Balthazard Pupier en la ſixiéme part & portion à lui avenante, & neuviéme part & portion héréditaire dudit défunt Bernardin, ès ſucceſſions deſdits défunts maître André Pupier & damoiſelle Antoinette Rodon, ſes pere & mere, ledit André audit nom, les troiſiéme & ſixiéme part & portion à lui avenantes, & neuviéme part & portion héréditaire dudit défunt Bernardin Pupier ès ſucceſſions deſdits maître André Pupier & Antoinette Rodon, & ladite Antoinette de la Fayolles condamnée leur rendre les fruits & intérêts d'icelles portions depuis le décès dudit défunt maître André Pupier, ſauf néanmoins à déduire ſur leſdits fruits & intérêts ce qui ſe trouveroit avoir été payé de lad. portion dudit défunt Bernardin Pupier; & en outre lad. de la Fayolles condamnée aux dépens, d'une part; & ladite de la Fayolles audit nom ci-deſſus, d'autre, ſans que les qualités puiſſent préjudicier aux parties. Après que Langlois pour les appellans & demandeurs, & Gomont pour l'intimée & défendereſſe ont été ouis, & Bignon pour le procureur général: La cour, ſans s'arrêter à la requête à fin d'évocation du principal ſur l'appel, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens. Fait en parlement le 13 juillet 1654.

Depuis, & en l'année préſente mil ſix cent cin- 9
quante-ſept, les mêmes héritiers préſomptifs ayant formé même demande, on leur oppoſa la même fin de non-recevoir, & les préjugés de ce ſiége & de la cour.

Les demandeurs pourtant ſoutenoient qu'ils n'é- 10
toient pas aux mêmes termes; que lors de ces préjugés il n'y avoit que ſept ans d'abſence, & qu'à préſent elle étoit de plus de dix ans. Par conſéquent, que la préſomption étant plus forte, elle devoit ſuffire, vû même l'état & condition de celui qui étoit demeuré abſent un ſi long tems, ſans qu'on en ait eu aucunes nouvelles. Que lors de ſon départ étant notoirement privé de ſon jugement, il falloit croire que d'autant plus facilement il s'étoit perdu & jetté dans les dangers que courent ceux qui voyagent.

La défendereſſe au contraire ſoutenoit que l'ab- 11
ſence de dix ans ne ſuffiſoit pas pour faire préſumer la mort, & qu'il en falloit quelque preuve; vû même qu'on n'étoit pas dans les circonſtances que Barthole deſire pour cela: qu'il n'y avoit point eu de bataille, point de naufrage, ou d'autre pareil accident, & qu'auſſi l'abſent n'étoit pas de la condition pour s'engager dans ces dangers. Que tant s'en faut que ſa démence pût fortifier l'abſence & la préſomption qu'on en tire, qu'au contraire elle la rendoit moins

BIU Cujas

conſidérable : qu'il ne falloit pas s'étonner ſi celui qui s'étoit oublié ſoi-même & ſa raiſon, avoit pu oublier ſa patrie & ſes parens. Qu'il eſt certain que ſemblables perſonnes vivent d'ordinaire un long âge, & que les incommodités qu'ils ſouffrent ne ſervent qu'à leur rendre le corps plus robuſte.

Que l'eſprit, qui preſque toujours mine le corps, ne leur donnant point d'inquiétudes, le corps en duroit auſſi davantage. Enfin, que l'arrêt de la cour faiſoit obſtacle à l'intention des demandeurs, quelque tems qui ſe fût depuis écoulé.

La cauſe ayant donc été plaidée en ce ſiége avec aſſez d'appareil, & le ſieur d'Huguet y ayant fait éclater ſon éloquence ordinaire, nous dîmes pour le procureur du roi, après avoir ſommairement repris les raiſons alléguées de part & d'autre :

12 Que pluſieurs choſes s'oppoſoient à l'intention des demandeurs : que l'arrêt confirmatif du jugement du ſiége ſembloit leur faire quelque obſtacle, par ce que lors de cet arrêt l'abſence etant de plus de huit ans, il y avoit lieu de croire que ſuivant d'autres arrêts, l'abſence de neuf ans entiers devoit ſuffire, il falloit croire que la cour auroit autrement prononcé. Que voyant qu'il n'y manquoit qu'environ un an, elle auroit évoqué le principal; & y faiſant droit, ordonné qu'en cas de plus longue abſence, & étant icelle de neuf ans accomplis, les demandeurs ſeroient déchargés de la preuve du décès.

Que n'ayant donc pas voulu évoquer le principal, & ayant purement & ſimplement confirmé la ſentence, elle avoit par-là préjugé que la ſeule abſence ne ſuffiſoit pas, ou que du moins il falloit qu'elle fût d'un tems bien plus long. Qu'en effet, quoique Jérôme Tielemant eût été abſent plus de quatorze ans, ſans qu'on en eût de nouvelles, la cour n'avoit pas laiſſé de le réputer vivant, & de l'admettre à la ſucceſſion de la mere, par faute de vouloir prouver par ſes freres qu'il fût décédé avant elle.

Que ſi quelques arrêts avoient jugé qu'aprés neuf ans d'abſence, les parens plus proches pouvoient jouir des biens de l'abſent, & même de les partager par proviſion, c'eſt qu'en l'eſpece de ces arrêts, il y avoit des héritages, & que l'un n'ayant pas plus de droit d'en jouir que l'autre, il étoit bien raiſonnable qu'ils en jouiſſent conjointement, ou en fiſſent un partage, en ſe donnant reſpectivement caution de rendre les fruits en cas de retour. Mais qu'en cette rencontre il n'y avoit point d'héritage, & qu'il ne s'agiſſoit que d'un ſimple droit de légitime, qui n'eſt pas encore bien certain & moins liquide.

Qu'en effet le pere ayant qualifié ſon fils imbécile d'eſprit, ne lui avoit aſſigné par ſon teſtament qu'une penſion viagere, & avoit voulu qu'après la mort de ce fils elle fût éteinte, & que le principal d'icelle demeurât dans ſon hoirie. Par conſéquent qu'il n'y avoit pas apparence d'inſiſter à un partage proviſionnel contre la teneur d'un teſtament, qui ſubſiſte juſqu'à ce qu'on l'ait fait déclarer injurieux & inofficieux.

Que ce n'étoit pas ſans doute, ſi ces termes pouvoient tenir lieu d'une ſubſtitution exemplaire, ou ſi le fils, ou autre pour lui & le repréſentant, s'en ponvoient plaindre. Que de droit l'exhérédation d'un fils, qui ſe fait *bonâ mente providoque ac prudenti conſilio*, n'étoit point vicieuſe : qu'en la loi 18, *ff. de liber. & poſthum.* le juriſconſulte dit que *multi non notæ causâ exhæredant filios, nec ut eis obſint, ſed ut eis conſulant.* Que le même eſt décidé en la loi 12, paragraphe ſecond, *ff. de bonis libertor.* Mais plus formellement pour le ſujet de la cauſe, en la loi 16, parag. 2, *ff. de curatore furioſi*, que le pere peut inſtituer ſes petits-enfans & exhéréder ſon fils, *eique quod ſufficeret alimentorum nomine, ab eis certum legaſſet, additâ causâ neceſſitateque judicii ſui.*

Qu'il ne falloit pas croire que ces textes ayent été corrigés par la novelle 115, parce qu'elle ne ſe doit entendre que de l'exhérédation qui ſe fait par un pere irrité, *malâ mente cum notæ cauſa*, ainſi que nos interprétes l'ont remarqué, & même Cujas, ſur la loi *multi*, *ff. de liberis & poſthum.* & après eux *Joannes à Sande*, qui rapporte qu'il avoit été ainſi jugé au ſénat de Friſe, & cite encore pour cela Carondas, en ſes mémorables.

Enfin, nous dîmes qu'y ayant un donataire de l'abſent, qui étoit intervenu & avoit fait pareille demande, il faiſoit obſtacle à l'intention des demandeurs. Et même que c'étoit une queſtion préjudiciable; car encore qu'on pût débattre cette donation entre-vifs, faite par un imbécille d'eſprit, c'étoit un point qu'il falloit juger, & que juſqu'à ce l'acte ſubſiſtoit; conſéquemment, que la défendereſſe ne pouvoit pas reconnoître les demandeurs pour parties capables, qu'ils n'euſſent levé cet obſtacle. Que les inſtances, en tout cas, devoient être jointes, afin que la défendereſſe ſçût ſi elle devoit conteſter, ou avec des héritiers ou avec un donataire.

Qu'au ſurplus il nous ſembloit que la preuve qu'on vouloit faire de l'abſence de dix ans, étoit comme fruſtratoire. Qu'outre qu'il y avoit lieu de douter ſi elle pouvoit ſuffire, c'étoit choſe aſſez notoire, & qui n'étoit pas autrement conteſtée. Que ſi lors de la ſentence du ſiége, rendue en l'an 1653, il y avoit ſept ans, il y en devoit avoir à préſent plus de dix. Par conſéquent, que ſans s'attacher à un partage proviſionnel, & pour lequel la matiere ne ſe trouvoit pas diſpoſée, il falloit entrer au fonds, & que comme pendant la conteſtation principale, l'abſence ſeroit plus longue elle ſeroit auſſi plus avantageuſe.

Nous requîmes donc à ce que la requête tendante à un partage proviſionnel, fût jointe au principal, auquel toutes les parties ſeroient réglées à conteſter plus amplement; & ainſi fut ordonné le dernier avril 1657, en l'audience des ſénéchauſſées.

OBSERVATIONS.

En quel tems les abſens ſont réputés morts.

13 L'Auteur traite ici une queſtion d'abſence, ſavoir en quel tems les abſens ſont réputés morts. Il dit que la juriſprudence des arrêts a varié ſur cette queſtion. Plut à Dieu que ces variations ne fuſſent pas ailleurs plus fréquentes ni plus irrégulieres! Dans cette matiere il faut diſtinguer les différentes eſpéces : *Diſtingue caſus, & conciliabis jura.*

14 A l'égard des femmes, il faut diſtinguer entre les liens du mariage, & les conventions matrimoniales. Dans le premier cas, les abſens ne ſont jamais réputés morts, ſuivant

BIU Cujas

vant la disposition du droit canonique & la jurisprudence des arrêts rapportés par M. le Prêtre cent. 1, chap. 1. Nous avons sur cela l'arrêt fameux de Jean Maillard qui est rapporté dans le journal du palais, part. 4, quest. 1, & dans le journal des audiences, tom. 3, liv. 4, chap. 5. Il faut justifier du décès du mari, comme l'auteur l'a établi dans la question 96, de ce liv. 4. Pour ce qui est des conventions, la femme peut les demander après dix ans d'absence.

A l'égard des enfans de famille, après trois ans d'absence de leur pere, ils peu- 15
vent se marier sans avoir besoin d'attendre son consentement, suivant la disposition des loix 10 & 11, *de rit. nupt.*

Un fils de famille, quoiqu'absent depuis dix ans, est réputé vivant du jour du décès 16
de son pere quant à sa légitime, qui doit appartenir à ses freres, au préjudice de l'héritier institué; ainsi jugé au parlement de Toulouse le 23 mai 1661, remarqué par Albert, let. A. nomb. 8, mais il faut observer que l'héritier institué étoit étranger. La difficulté seroit plus grande, si l'héritier institué avoit été un des enfans. Un fils, quoiqu'absent depuis dix ans, doit être institué par le testament de son pere, sinon son retour annulle le testament, Peleus, *quest.* 64.

A l'égard des créanciers, un débiteur absent est toujours réputé vivant à leur égard; 17
ils peuvent toujours représenter, & recueillir en sa place les successions qui lui échéent pendant son absence. C'est l'espece des arrêts des Tielemans & des Langlet, qui sont rapportés dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 14, & dans le journal du palais, part. 1, pag. 169.

Mais a l'égard des héritiers présomptifs, après dix ans l'absent est réputé mort, à l'effet 18
de partager entre eux ses biens par provision, en baillant caution de rapporter les fruits en cas de retour. Ils sont aussi en droit d'obliger le tuteur de l'absent de leur rendre compte des biens du mineur & de leur en payer le reliqua, en lui donnant caution de le faire décharger par le mineur en cas de retour. *Idem*, à l'égard d'un procureur étranger. Boyer, quest. 88, & Chenu, quest. 77. Dans tous ces cas la caution demeure déchargée après trente ans.

Quand l'absent ne revient point, il est réputé mort du jour de son départ, ou de la 19
derniere nouvelle que l'on en a eu; ensorte que sa succession est réputée ouverte dès ce tems-là, & les héritiers qu'il avoit pour lors, sont présumés l'avoir recueillie dès ce moment; & quoiqu'ils décedent avant les dix années d'absence, ils ne laissent pas de transférer leur droit à leurs héritiers. Cela a été jugé de la sorte à l'audience de la grand'-chambre de relevée, par un arrêt qui sera ci-après transcrit, rendu le 23 mars 1688, suivant les conclusions de Monsieur le président de Lamoignon, pour lors avocat général, moi plaidant pour dame Marie le Breton, femme du sieur Chomel, médecin du roi, & M. Guyot, pour Marguerite Guenichat, femme de Claude Guenois, procureur de la cour.

M. le Brun, dans son traité des successions, liv. 1, ch. 1, est d'avis contraire; il traite 20
fort bien la question.

Cette matiere est très bien expliquée dans les arrêtés de M. le premier président de 21
Lamoignon, au titre *des absens*. C'est un excellent ouvrage, qui fera à jamais l'éloge de cet illustre & savant magistrat, & des célebres avocats qui y ont travaillé, entr'autres de Auzannet, qui étoit chargé de l'ordre & de l'arrangement des matieres, & de M. de Fourcroy, qui étoit le secrétaire de l'assemblée, lesquels l'on peut comparer à Théophile & à Dorothée, par les soins desquels le corps du droit a été composé, & dont Justinien fait l'éloge dans la préface de ses institutes. * Ces arrêtés de M. le premier président de Lamoignon, sont imprimés avec les œuvres de M. Auzanet, & donnés au public sur l'original écrit de la main de M. de Fourcroy.

Depuis j'ai vu le recueil d'arrêts de M. Catelan, conseiller au parlement de Toulouse. 22
Dans le tom. 1, liv. 2, ch. 57, il cite deux arrêts des 5 avril 1677, & 23 mars 1679, par lesquels il a été jugé, que la succession d'un absent appartient à ses plus proches parens vivans au tems qu'on l'a cru mort; c'est-à-dire, au jour qu'il a disparu, ou depuis que l'on n'a plus entendu parler de lui, & qu'ils transmettent leur droit à leurs héritiers: ainsi la jurisprudence du parlement de Toulouse, est conforme à l'arrêt du parlement de Paris que je rapporte ici. Quand je trouve une question décidée de la même maniere par ces deux augustes sénats, je crois la décision infaillible.

Ce même auteur propose une espece qui peut se présenter souvent dans le pays du 23
droit écrit, où les jeunes gens avant leur départ, ne manquent guères de faire des testamens; savoir, si la jouissance des biens de l'absent doit être donné à l'héritier institué, ou à l'héritier légitime. Il cite un arrêt du 2 juin 1650, qui a jugé en faveur de l'héritier légitime; cela est sans difficulté, lorsque l'héritier institué est étranger: mais lorsqu'il est un des héritiers présomptifs, la difficulté est grande. Je crois qu'en ce cas il doit avoir la pro-

BIU Cujas

vision; parce qu'outre la faveur de la loi, il a pour lui la volonté de l'absent, qui l'a jugé le plus digne de lui succéder, & par conséquent, de jouir de ses biens par avance. Ce qui me fortifie dans cette pensée, est un arrêt du parlement de Toulouse du mois de mai 1564, rapporté par M. Mainard, l. 7, ch. 95, par lequel il a été jugé, qu'un absent qui avoit trois freres, ayant laissé une procuration à l'aîné pour administrer ses biens, les deux autres n'étoient pas recevables à demander le partage provisoire des biens de leur frere absent; parce que quand le droit est égal, la possession doit être laissée à celui qui l'a, *melior est causa possidentis.* * La même chose a été jugée au parlement de Bordeaux, par un arrêt du 21 janvier 1700, rapporté dans les nouvelles notes sur les décisions de Lapeyrere, let. P. nomb. 6, M. Boyer, quest. 88, nomb. 3, est de même avis. M. Chenu, quest. 77, cite un arrêt du parlement de Paris, qui a jugé à-peu-près la même chose. * M. le Brun, des succeſſ. liv. 1, chap. 1, nomb. 6, est aussi de ce sentiment.

24 M. Catelan, au même endroit fait une distinction très-judicieuse sur le tems de la jouissance entre l'héritier légitime, & l'héritier testamentaire. Il estime, qu'il faut donner la jouissance au premier pendant dix ans, à compter du jour de la derniere nouvelle, & après les dix ans, à l'héritier institué, pour ne pas lui faire perdre entierement le fruit de son institution.

Cette distinction est fort judicieuse, mais le tems de la jouissance, que ce sage Magistrat accorde à l'héritier du sang, semble trop court, sur-tout au parlement de Paris, où les héritiers présomptifs ne peuvent demander la jouissance & le partage des biens de l'absent, qu'après dix ans d'absence; ainsi je crois qu'il faudroit étendre la jouissance des héritiers légitimes jusqu'à vingt ans, à compter du jour de l'absence ou de la derniere nouvelle, & après ce tems, la tranferer à l'héritier testamentaire; car alors il y a un juste sujet de réputer mort un homme, duquel on n'a point eu de nouvelles depuis vingt ans.

25 Mais soit que l'on donne aux héritiers légitimes la jouissance des biens de l'absent pendant dix ou vingt ans, si l'héritier testamentaire peut dans la suite justifier, que l'absent est mort aussi-tôt qu'il a disparu, ou peu de tems après, il sera bien fondé à demander la restitution des fruits contre les héritiers légitimes; parce que les biens lui ont appartenu du jour du décès du testateur, la maxime, *le mort saisit le vif*, ayant lieu dans les pays de droit écrit en faveur des héritiers testamentaires.

26 M. Catelan, à la fin de ce même chapitre, cite un arrêt du 27 avril 1669, qui a jugé, que le plus proche parent de l'absent, peut demander la cassation de la vente des biens faite par cet absent avant son départ, pour cause de lésion, minorité, ou autrement; parce que le plus proche parent est regardé comme l'administrateur, ou le procureur né de l'absent. Mais la difficulté est de sçavoir en quel tems ce parent doit se pourvoir, ou du jour de l'absence, ou du jour que la loi lui permet de demander la jouissance des biens de l'absent. Dans cette conjoncture, je ne crois pas que le délai de l'ordonnance soit fatal, si ce n'est que l'absent fût mineur au jour de son départ, & que son tuteur fût son héritier présomptif, sa qualité l'obligeant à veiller à la conservation des biens de son mineur, il est juste qu'il souffre de sa négligence.

27 A l'égard de l'héritier testamentaire, je n'estime pas qu'on puisse lui objecter la fin de non-recevoir après le tems prescrit par l'ordonnance; parce qu'il n'a pas été en état d'agir avant le tems défini pour réputer l'absent mort, *non valenti agere, non currit præscriptio.*

Extrait des regiſtres du parlement.

28 Entre maître Claude Guenois, procureur en la cour, & Marguerite Guenichat sa femme, habile à se dire héritiere de Nicolas de la Ruelle son neveu, appellans d'une sentence rendue aux requêtes du palais le 9 septembre 1686, & demandeurs en requête par eux présentée à la cour le 8 février dernier, à ce que les sieur & dame Chomel fussent condamnés à rendre & restituer les sommes par eux reçues en exécution des sentences des requêtes du palais, provenantes de la succession dudit Nicolas de la Ruelle, qui étoient entre les mains de M. Billard, conseiller & secrétaire du roi, & de M. le Roux, avocat, avec les intérêts du jour de la réception, & aux dépens, à ce faire contraints par toutes voies dues & raisonnables, & défendeurs, d'une part; & M. Jean-Baptiste Chomel, conseiller-médecin ordinaire du roi, & dame Anne-Françoise le Breton sa femme, fille de défunt Chrétien le Breton, & de damoiselle Magdeleine Sauvercis ses pere & mere; lesdits sieur & dame Chomel donataires entre-vifs & créanciers de défunt Charles le Breton, conseiller-médecin ordinaire de M. le Prince, & docteur-régent en la faculté de médecine à Paris: & encore entre ladite dame Chomel, héritiere-bénéficiaire pour les deux tiers, tant de son chef, que comme donataire entre-vifs, & créanciere dudit Charles le Breton & de François le Breton ses oncles, les-

BIU Cujas

quels étoient héritiers chacun pour un cinquiéme, avec demoiſelle Marguerite Radegonde le Breton, femme de maître Michel Edeline, procureur au châtelet, François Guenichat, & ladite Marguerite Guenichat, femme dudit Guenois, héritiers dudit Nicolas de la Ruelle, leur neveu abſent, qui étoit fils de Touſſaint de la Ruelle & de Marie le Breton, intimés & demandeurs en requête à fin d'évocation du principal, du 29 novembre 1686, & encore entre leſdits ſieur & dame Chomel, eſdits noms, demandeurs en requête dudit jour 29 novembre 1686, à ce que l'arrêt qui interviendroit ſur l'appel interjetté par leſd. Guenois & ſa femme de ladite ſentence du 9 ſeptembre 1686, ſeroit déclaré commun avec leſd. Edeline & Marguerite-Radegonde le Breton ſa femme, & ledit Guenichat, & pour voir dire, qu'à leur égard le principal ſeroit évoqué, & que faiſant droit ſur le tout, l'appel & ce dont avoit été appellé à l'égard de la ſentence du 9 ſeptembre 1686, ſeroit mis au néant; émandant, évoquant le principal & y faiſant droit, que la ſentence du 5 février 1686, ſeroit exécutée ſelon ſa forme & teneur, avec dépens, d'une part; leſdits Edeline & ſa femme, & ledit Guenichat, défendeurs, d'autre. Après que Guyot pour Guenois & ſa femme, & Bretonnier pour Chomel & ſa femme, ont été ouis pendant trois audiences; enſemble de Lamoignon, pour le procureur général du roi : La cour, ſans s'arrêter à la requête & demande de la partie de Guyot, a mis & met les appellations reſpectives, & ce dont a été appellé, au néant; émandant, évoquant le principal, & y faiſant droit, ordonne que la partie de Bretonnier, comme repréſentant ſes oncles, aura part à la ſucceſſion de Pierre de la Ruelle, en donnant par elle bonne & ſuffiſante caution, ſi fait n'a été, qui ſera reçue pardevant M. Jean le Boindre, conſeiller, de reſtituer en cas que ledit Pierre de la Ruelle revienne; dépens compenſés. Fait en parlement, le 23 mars 1688. *Signé*, JACQUES.

DE LA QUALITÉ DE NOBLES,

Si elle équipole à celle d'Ecuyer.

QUESTION CENT-SOIXANTE-UNIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sujet de la conteſtation.*
2. *A préſent la qualité de noble eſt commune aux officiers de juſtice, & aux avocats.*
3. *Dans les ſiécles précédens, les gentilshommes ne prenoient que la qualité de nobles.*
4. *Arrêt de la cour des aides, du 2 mars 1657, qui ordonne qu'il ſera fait une enquête par turbes, comme la qualité de noble dans le pays de Forez a été priſe au lieu de celle d'écuyer, depuis 1450, juſqu'en 1550.*
5. *Avis général des turbiers, que dans les deux ſiécles précédens la qualité de noble étoit la même que celle d'écuyer.*
6. *Avis particulier de l'auteur, mais plus étendu.*
7. *Nouvelle conteſtation faite par les traitans, aux avocats & medecins de la ville de Lyon, au ſujet de la qualité de nobles.*
8. *Recueil des piéces du procès.*
9. *Ancienne conteſtation faite aux avocats du dauphiné ſur le même ſujet.*
10. *Arrêt du conſeil du 4 janvier 1699, qui décharge les avocats & les medecins de Lyon des aſſignations à eux données, ſans que la qualité de noble puiſſe leur attribuer la nobleſſe.*
11. *Arrêt du conſeil d'état, du 15 mai 1703, portant que la qualité de noble eſt une qualification de nobleſſe dans le Lyonnois, Forez & Beaujolois & autres provinces.*
12. *Réflexion judicieuſe ſur la conduite des intendans.*
13. *Arrêt du conſeil de 1706, en faveur des officiers de Montbriſon.*
14. *Cenſure contre la conduite des traitans.*

BIU Cujas

QUESTION CLXI.

Si la qualité de noble a été autrefois priſe pour celle d'écuyer, & ſi elle équipole; & de la forme des enquêtes par turbes.

1 MICHEL Chappuis, ſeigneur de Villete & de Trezettes, ayant obtenu de S. M. lettres de relief, de nobleſſe, après avoir articulé & vérifié ſes faits de généalogie & de nobleſſe, & que ceux deſquels il tire ſon origine & deſcendance avoient vécu noblement; que par tous les titres & actes publics qu'il a rapporté ils étoient qualifiés nobles, meſſieurs de la cour des aides ont douté que la qualité de noble pût ſuffire.

2 Comme à préſent elle eſt commune, & que non-ſeulement les officiers, mais encore les avocats la prennent, elle pouvoit auſſi avoir été priſe par les auteurs dudit ſieur de Villette, quoiqu'ils ne fuſſent pas gentils-hommes. On leur a bien fait connoître qu'il falloit diſtinguer les tems, & que ſi à préſent cette qualité de noble n'eſt que trop commune, il n'en étoit pas de même aux deux ſiécles précédens; par conſéquent, que la choſe
3 venant de loin, & y ayant cent cinquante ans des titres produits, il ne falloit pas douter que ceux qui en ce tems-là avoient été qualifiés nobles, ne le fuſſent véritablement, néanmoins meſſieurs de la cour des aides en ont voulu avoir un plus grand éclairciſſement; & c'eſt pour ce ſujet que par l'arrêt interlocutoire que nous donnons au public, ils ont ordonné qu'il ſeroit fait enquête par turbes, comme le mot de noble & qualité de noble depuis l'année 1450, juſqu'en l'année 1550, a été priſe au lieu de la qualité d'écuyer.

Enſuite de cet arrêt, monſieur de conſeiller en la cour des aides, rapporteur & commiſſaire, s'étant tranſporté en cette ville de Montbriſon au mois d'avril 1656, il procéda au fait de ſa commiſſion, comme s'enſuit.

Le ſieur d'Huguet, procureur du roi en l'élection de cette ville, comme ſubſtitut de monſieur le procureur général, ayant nommé les témoins, on jugea à propos d'en faire trois turbes, chacune de dix témoins, parce que chaque turbe ne tenant lieu que d'un témoin, on a voulu ſuivre ce dire commun, que *in ore duorum vel trium, ſtat omne verbum.*

Les témoins ont été pris de divers corps, & les turbes compoſées d'eccléſiaſtiques, de gentils-hommes & de gens de robe. Ayant donc tous été aſſignés & comparu au bureau de l'élection, & les claſſes diſtinguées, monſieur le commiſſaire leur déclara le ſujet de ſa commiſſion & la teneur de l'arrêt, en fit faire la lecture, & après avoir pris le ſerment deſdits témoins, & fait donner à l'un de chaque turbe un extrait de l'arrêt, il leur ordonna d'en conférer enſemble, pour dans un jour ou deux, rendre leur témoignage & dépoſition.

Enſuite de quoi chaque turbe ayant comparu, & par la bouche d'un ſeul fait ſa déclaration & dépoſition, en la préſence de tous, monſieur le commiſſaire les ouït encore en particulier, pour ſçavoir ſi leur dire avoit été conforme, & s'ils étoient demeurés d'accord de ce qu'un ſeul avoit rapporté pour tous, mais en leur préſence, comme dit eſt.

Cela s'étant fait par forme de répétition, ou de recol, la plupart ne firent que perſiſter, & quelques-uns, & ſelon la différence des profeſſions, ajouterent ce qui pouvoit être de leur connoiſſance particuliere.

Extrait des regiſtres de la cour des aides.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de navarre, au premier des huiſſiers de notre 4
cour des aides, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis : Salut. Comme ce jourd'hui vû par notredite cour des aides l'inſtance pendante en icelle, entre Michel Chappuis, ſieur de Villette, Treizette & autres lieux, demandeur en entérinement de lettres de relief de nobleſſe, par lui de nous obtenues le 13 avril 1654, d'une part; & notre procureur général en notredite cour, & les maire & échevins, & habitans de la ville de Montbriſon en Forez, défendeurs, d'autre. Et encore entre Pierre Chappuis, ſieur de Foris*, notre conſeiller, lieutenant particulier, aſſeſſeur criminel au bailliage de Forez, ſénéchauſſées de Roanne & Saint-Eſtienne, demandeur en requête par lui préſentée à notredite cour le
jour d'août 1656, à ce qu'il fût reçu partie intervenante en la ſuſdite inſtance de lettres de relief de nobleſſe, d'entre ledit Michel Chappuis, d'une part; notredit procureur général & les échevins & habitans de Montbriſon, d'autre. Ce faiſant, que l'arrêt qui interviendroit en ladite inſtance fût déclaré commun avec ledit demandeur, lequel jouiroit des mêmes priviléges & droits de nobleſſe que ledit Michel Chappuis, d'une part; & notre procureur général en icelle, ledit Michel Chappuis, & leſdits échevins & habitans de ladite ville de Montbriſon, défendeurs, d'autre. L'arrêt de notredite cour du 28 avril 1654, par lequel, auparavant faire droit, elle auroit ordonné que ledit Michel Chappuis articuleroit les faits de généalogie & nobleſſe, tant avec notredit procureur général, que les habitans de la paroiſſe de ſa demeure, feroit preuve d'iceux par titres & témoins, & leſdits habitans au contraire, ſi bon leur ſembloit, & ce dans trois mois, pardevant, &c. Concluſions de notre procureur général; & tout conſidéré: Notredite cour, auparavant que faire droit ſur ladite inſtance, a ordonné & ordonne que ledit de Villette vérifiera plus amplement dans ſix mois ſes faits de généalogie & nobleſſe, dans lequel délai enquête ſera faite par turbe pardevant le rapporteur du préſent arrêt, qu'elle a commis pour cet effet; & les témoins nommés par le ſubſtitut de notre procureur général ſur les lieux, comme le mot de noble & qualité de noble, dans le pays de Forez, depuis l'année 1450, juſqu'en l'année 1550, a été priſe au lieu de la qualité d'écuyer, pour le tout fait, rapporté, communiqué & vu par notred. cour, être ordonné ce que de raiſon. Si te mandons, qu'à la requête dudit de Villette, tu mettes le préſent arrêt à dûe & entiere exécution, ſelon ſa forme & teneur; de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris, en notredite cour des aides, & prononcé le deuxiéme jour de mars, l'an de grace 1657, & de notre régne le quatorziéme. *Signé*, BOUCHER.

Après avoir inſéré l'arrêt, nous avons jugé à propos d'ajouter la dépoſition de chaque turbe & celle des particuliers; parce que c'eſt choſe qui n'eſt pas commune, & que pluſieurs ſeroient bien aiſe d'apprendre, comme auſſi de ſe ſervir d'un témoignage pareil. Mais pourtant nous croyons qu'il ſuffit d'en rapporter la ſubſtance.

BIU Cujas

5 Le dire & témoignage des turbiers confirmoit qu'aux deux siécles précédens, la qualité de noble étoit ce qu'à présent est celle d'écuyer; que c'etoit la qualité la plus commune que les gentils-hommes, & même les seigneurs considérables prenoient. Qu'ils l'avoient ainsi appris non-seulement par tradition, mais encore par plusieurs titres, contrats de mariage, testamens & terriers des anciennes maisons de la noblesse de ce pays, & encore par diverses épitaphes qui se trouvent en quelques égliſes. En conséquence de quoi, lesdits turbiers auroient assuré qu'il n'y pouvoit avoir que cent ans que les gentils-hommes avoient pris la qualité d'écuyer plutôt que celle de noble, parce que celle-ci étoit devenue trop commune; mais qu'auparavant l'usage étoit contraire

Voici ma déposition particuliere.

6 Lequel a dit, que si conjointement avec les autres turbiers, il a déposé que jadis & aux deux précédens siécles, la qualité de noble étoit plus commune que celle d'écuyer, & que selon l'usage plus fréquent de ce tems-là, les gentils-hommes & seigneurs de cette province, & encore des autres voisines, prenoient plutôt la qualité de noble que d'écuyer: il l'a dit & assuré avec connoissance de cause, pour l'avoir appris de feu son pere, décédé il y a trente ans, à l'âge de quatre-ving-douze ans, & qui avoit été procureur du roi en l'élection de Forez, & le pouvoit mieux sçavoir. Comme encore pour avoir appris cet usage par plusieurs épitaphes anciennes & des années 1420, 1459 & 1460, & pareillement par plusieurs contrats de mariage, testamens, terriers & autres titres anciens des maisons nobles de ce pays, même de celles de Cozan, de Chalmazet, & de Sugny, lesdits titres ayant passé plusieurs fois par ses mains aux procès & différends qu'il a jugés ou consultés. Et enfin c'est un usage qu'il dit avoir appris par la lecture de quelques auteurs qui ont écrit aux deux siécles précédens, & il y a plus de cent ans, même de M. Jean Papon, lieutenant général & juge de Forez, lequel, parlant d'un seigneur de Chappes, ne le qualifie dans ses arrêts que noble homme; & de Guy Pape, président au parlement de Grenoble, lequel, parlant des seigneurs & gentils-hommes, ne leur donne autre qualité que de *Vir nobilis*, non plus que le sieur Expilly, avocat général au même parlement, ne les qualifie que nobles. Ce qui marque bien qu'autrefois, & aux siécles derniers, la qualité de noble étoit ce qu'est à présent celle d'écuyer; & que si dès ce tems-là quelques-uns se qualifioient *Domicelli*, ou bien écuyers, néanmoins la qualité de noble étoit la plus commune, & dans un usage plus fréquent; même que l'on en faisoit plus d'état: & de fait Loyseau, au traité qu'il a fait des ordres de ce royaume, au chapitre cinquiéme, parlant de la noblesse, il assure qu'autrefois la qualité de noble ou noble-homme étoit plus considérable & plus relevée que celle d'écuyer; & qu'on les distinguoit, ensorte que le noble ou noble-homme avoit un rang préférable à l'écuyer. Enfin, qu'alors le nom d'écuyer étoit plutôt un nom de service qu'un nom de dignité; ce que le même auteur prouve par des autorités authentiques. Et c'est pourquoi le déposant croit que les gentils-hommes n'ont quitté la qualité de noble qu'ils prenoient jadis, que depuis qu'il y a eu tant d'officiers, & qu'iceux ont voulu prendre la même qualité. Qui est tout ce qu'il a dit & déposé.

OBSERVATIONS.

L'AUTEUR rapporte ici un arrêt de la cour des aydes, qui a ordonné une enquête par Turbes, pour sçavoir si dans le pays de Forez, la qualité de noble avoit la même signification & le même effet que celle d'écuyer: l'auteur fut du nombre des témoins: il rapporte sa déposition qui tend à dire, que dans les siécles précédens les gentils-hommes prenoient la qualité de noble plutôt que celle d'écuyer; mais que depuis qu'il y a eu tant d'officiers qui ont pris la qualité de noble, les gentils-hommes l'ont abandonné pour prendre celle d'écuyer; en sorte qu'il y a près d'un siécle que la qualité de noble est différente de celle d'écuyer.

Cependant dans la derniere recherche de la noblesse, l'on a prétendu que les officiers de justice, les avocats & les médecins qui avoient pris la qualité de nobles, devoient être traités comme usurpateurs de noblesse; le traitant d'abord ne fit assigner que des avocats qui ne faisoient pas la profession, & qui n'étoient pas en état de se défendre; mais les avocats du présidial de Lyon qui sont habiles, pénétrant le dessein du traitant, qui étoit d'obtenir différentes condamnations contre des avocats qui n'en avoient que le nom, afin d'avoir des préjugés contre tous les autres, présenterent en corps une requête à M. d'Herbigny, pour lors intendant de la généralité de Lyon, afin d'être reçûs parties intervenantes en l'instance, & à prendre le fait & cause de ceux qui avoient été assignés. Les médecins de la ville de Lyon firent la même chose. M. d'Herbigny trouvant la cause des avocats & des médecins très-juste, & néanmoins ne voulant pas décider contre le traitant, une question générale qui devoit produire beaucoup d'argent, renvoya l'affaire au conseil, où l'instance a duré pendant deux années entieres, pendant lesquelles les avocats & les médecins ont eu à Paris chacun un député; sçavoir M. Gillet pour les avocats, & M. de la Moniere pour les médecins, tous deux gens de mérite, qui à la fin leurs travaux ont été récompensés: ils ont obtenu l'arrêt qui suit. 7

Je ne m'arrêterai point ici à parler de la noblesse des avocats; l'honneur que j'ai d'être de cette profession me rendroit suspect. D'ailleurs tout ce que l'on peut dire de plus glorieux, a été recueilli dans les requêtes présentées au conseil du roi par les avocats

BIU Cujas

& les médecins de Lyon, qui ont été imprimées par les ſoins de M. Gillet dans un petit
8 in-quarto, qui porte pour titre, Recueil de toutes les piéces concernant le procès des avocats & médecins de la ville de Lyon, contre le traitant de la recherche des faux nobles, lequel a été imprimé à Lyon chez Plaignard, libraire, rue Merciere, au grand Hercule, il contient des choſes fort curieuſes qui méritent d'être lûes.

9 J'obſerverai ſeulement qu'il y a environ 60 ans que l'on fit la même querelle aux avocats du parlement de Dauphiné; leur cauſe fut plaidée devant M. Dugué, intendant de la province, par M. Guy Baſſet, leur doyen & ſyndic; ſon plaidoyer eſt par lui rapporté dans ſes plaidoyers, chapitre dernier. M. Dugué fit comme M. d'Herbigny, il renvoya l'affaire au conſeil où elle fut bien diſcutée de part & d'autre, les moyens des parties ont été recueillis par M. Gueret, qui les a rapportés dans le journal du palais, tom. 6, pag. 287, où il parle dignement d'une profeſſion qu'il a fait avec beaucoup d'honneur & de mérite, je puis en rendre un témoignage fidèle; il me faiſoit la grace de m'aimer, & il a eu la bonté de me donner de bons avis, quand j'étois jeune avocat: mais pour revenir aux avocats de Dauphiné, il n'y eut point d'arrêt rendu. Meſſieurs du conſeil trouverent plus à propos d'ordonner au traitant, de rendre à tous les avocats qui avoient été aſſignés, leurs aſſignations, & de faire rayer leurs préſentations des regiſtres, ce qui fut exécuté.

ARRÊT DU CONSEIL.

Les commiſſaires généraux députés par le roi, pour l'exécution de ſa déclaration du 4 ſeptembre 1696, & arrêts du conſeil rendus en conſéquence contre les uſurpateurs du titre de nobleſſe.

10 VU notre jugement du 12 avril 1698, rendu ſur la requête à nous préſentée par les avocats & les médecins de la ville de Lyon, pour être déchargés de la demande à eux faite en condamnation d'amende pour avoir pris la qualité de noble, par M. Charles de la Cour de Beauval, chargé de la recherche des uſurpateurs du titre de nobleſſe: Par lequel aurions ordonné que leſdits avocats & médecins de la ville de Lyon, & ledit de la Cour de Beauval écriroient & produiroient par-devant nous ce que bon leur ſembleroit ſur leurs demandes & prétentions, pour au rapport du ſieur de Caumartin, conſeiller d'état ordinaire, intendant des finances, icelles être jugées & terminées, ainſi qu'il appartiendroit; au bas eſt la ſignification d'icelui faite le 19 dudit mois d'avril à maître le Noir le jeune, avocat dudit de Beauval. Les exploits d'aſſignations données le 25 & 26 janvier, 5, 25 & 27 février 1697, à la requête dudit de la cour de Beauval par-devant le ſieur d'Herbigny, intendant à Lyon, à Jean Guyot de Pravieux, Jacques de la Fonds, Pougelon, François du Fournel de Peſſelaye, Guillaume du Fournel, Jacques Daverdi, Benoît du Fournel, au ſieur Hedoin, Pierre Piegai, au ſieur Chauvin, Chriſtophe Bretonnier, avocats & médecins de la ville de Lyon pour apporter leurs titres & piéces, en vertu deſquelles ils prennent la qualité de noble, ſinon & à faute de ce être condamnés comme uſurpateurs, en deux mille livres d'amende chacun, & aux deux ſols pour livre. Vû auſſi les deux requêtes à nous préſentées, l'une par les avocats en la ſénéchauſſée, ſiége préſidial & autres cours de la ville de Lyon, & l'autre par les médecins aggregés au collége de ladite ville de Lyon, tendantes à ce que pour les cauſes & raiſons contenues il nous plût les décharger de toutes taxes prétendues par ledit de la cour de Beauval, pour raiſon de la qualité de noble qu'on eſt en uſage de leur donner, & condamner ledit de Beauval en tous leurs dépens, dommages & intérêts. Leſdites requêtes ſignées Bronod, avocat ès-conſeils, & Gillet, l'un des avocats de Lyon ayant charge d'eux. Au bas ſont les ordonnances dudit ſieur de Caumartin, de ſoient leſdites requêtes communiquées du 24 avril 1698, & les ſignifications d'icelles audit maître le Noir du lendemain 25 deſdits mois & an. La requête dudit de la Cour de Beauval à ce qu'il nous plût lui donner acte de ce qu'il employe le contenu en icelle, & ce qu'il a déja écrit & produit: Ce faiſant, ordonner que ceux des avocats & des médecins de Lyon, enſemble tous ceux de ladite ville & généralité de Lyon, qui ſans être gentils-hommes ont pris la qualité de nobles ſeront déclarés uſurpateurs du titre de nobleſſe: Et comme tels condamnés en l'amende de 2000 l. en telles ſommes qu'il appartiendra pour leurs indues jouiſſances, aux deux ſols pour livre de ces ſommes & aux dépens, ce faiſant, condamner dès-à-préſent maîtres Pierre Piegai, Benoît du Fournel, Guillaume du Fournel, François du Fournel de Peſſelaye, Jacques de la Fond de Pougelon, Jean Guyot de Pravieux, Claude Paire, Guillaume Decomtes, Joſeph Antoine de la Forge, Joſeph Mazan, Jean Daverdi, Philippes Barlet, An-

BIU Cujas

dré Quinſon, Pierre Aubert & Antoine Galliat avocats; & Ignace Leal, Pierre Chauvin, Claude Hedoin, Chriſtophe Bretonnier & Jean Panteau médecins aſſignés, faute par eux d'avoir rapporté leurs prétendus titres de nobleſſe, comme uſurpateurs, chacun en deux mille livres d'amende, en telle ſomme qu'il nous plaira pour leurs indues jouiſſances, aux deux ſols pour livre & aux dépens, ladite requête ſignée le Noir le jeune, avocat eſdits conſeil; au bas eſt l'ordonnance de ſoit communiquée du premier juin 1698, & la ſignification d'icelle à maître Bronod du lendemain; les titres deſdits avocats & médecins de Lyon, ſçavoir, quatre atteſtations des officiers des Elections de Beaujolois, Forez, Lyon & Roannes, des 12, 15, 28 juin & 5 juillet 1697, portant que quoique les avocats & médecins ſoient en uſage de prendre la qualité de noble dans les actes publics, néanmoins cette qualité leur eſt inutile, ne leur produiſant aucun privilége ni exemption de taille, qu'ils ont été compris dans toutes les impoſitions auxquelles les autres taillables de ces élections ont été ſujets, & que la qualité de noble ne fait point dans leurs élections ſouche de nobleſſe, n'y ayant que les qualités d'écuyer & de chevalier. Deux autres certificats des lieutenans-généraux & procureurs du roi de Forez & Préſidial de Lyon, des 18 & 28 juin 1697, portant que les avocats & médecins ne ſont point compris dans les rôles du ban & arriere-ban de leurs ſénéchauſſées, quoique dans la plûpart des actes on leur donne la qualité de noble, laquelle jointe à celle de leur profeſſion ne leur donne aucun privilége ni exemption, & ne forme point un titre de nobleſſe. Un certificat des quarante notaires de la ville de Lyon du 10 juin 1697, qui atteſte qu'ils ſont en uſage de donner aux conſeillers, avocats & medecins indifféremment la qualité de noble ou celle de M. Me: Et que cet uſage étoit déja obſervé du tems de leurs devanciers, ainſi qu'il leur eſt apparu en parcourant les protocoles dont ils ſont ſaiſis: Certificat du ſieur Damas, doyen & comte de Lyon du 3 janvier 1698, portant que la ſimple qualité de noble priſe dans les teſtamens & contrats ne faiſant pas une preuve de nobleſſe dans la province de Lyonnois, on n'y a point d'égard dans l'examen des titres de ceux qui ſe préſentent pour être reçûs chanoines: Autre ſemblable certificat du ſieur de Saint-Georges, grand bailli de Lyon, chevalier de Saint-Jean de Jéruſalem & commandeur de Montferrand, du 2 avril 1698, portant la même choſe: Quatre extraits tirés des regiſtres de l'Hôtel-Dieu de Lyon des premier mars, 24 juin 1507, 21 & 29 janvier 1590, par leſquels il paroît que la qualité de noble a été donnée aux avocats dénommés dans les délibérations, qui étoient adminiſtrateurs: Vingt extraits de reconnoiſſance & déclarations paſſées par des avocats & médecins depuis l'année 1580 juſqu'en 1654, tant à l'archevêché qu'au chapitre de Lyon, des biens qu'ils poſſédoient dans leur cenſive, par leſquels il paroît que la qualité de noble a été donnée auxdits avocats & médecins: Le procès-verbal de compulſoire fait le 25 mars 1598, en vertu de l'ordonnance du ſieur d'Herbigny, intendant à Lyon, en préſence du commis dudit de la cour de Beauval, de tous les actes ci-deſſus rapportés, portant qu'après perquiſition de toutes les reconnoiſſances qui ſe ſont trouvées dans les terriers de l'archevêché & des ſieurs comtes de Lyon, il s'eſt trouvé que dans toutes celles paſſées par les avocats & médecins de Lyon, la qualité de noble leur a été donnée; & que dans celle où la qualité de Me. étoit ſeulement employée, elles étoient paſſées par des procureurs, par des greffiers, par des notaires ou par des huiſſiers: Arrêt de la cour des aydes de Paris, du 19 juin 1610, par lequel, en infirmant la ſentence des élûs de Chartres, il fut permis à Jean Meunier de prendre la qualité de noble, attendu ſa qualité d'avocat; ſans que néanmoins cette qualité pût lui attribuer aucune exemption de tailles, ou les autres priviléges dont les nobles & les gentilshommes jouiſſent en France: Une enquête par Turbes faite en mil ſix cent cinquante-ſept, en exécution d'un arrêt de la cour des aydes du deuxiéme mars audit an, au ſujet des qualités de noble & d'écuyer, priſes dans le pays de Forez, depuis mil quatre cent cinquante, juſques en 1550: Déſiſtement paſſé par Viger, commis à la recherche des uſurpateurs du titre de nobleſſe dans la ville de Grenoble, du 26 janvier 1670, des pourſuites par lui faites contre les avocats de Grenoble, pour raiſon de la qualité de noble, ledit déſiſtement fait en conſéquence des ordres & lettres des ſieurs commiſſaires du conſeil: Déclaration faite le 20 octobre 1698, par-devant notaires, par Jean Gachot, ſieur de la Beluiſe, prépoſé lors de la précédente recherche en la généralité de Lyon, portant qu'il eût ordre du ſieur Dugué, lors intendant en ladite province, de ne point inquiéter, ni faire aſſigner ceux des habitans des provinces de Lyonnois, Forez & Beaujolois, qui n'avoient pris que la qualité de noble: Pluſieurs extraits d'actes au nombre de cinquante-un, paſſés depuis 1578, juſques en 1650, dans leſquels il ſe trouve ſoixante-douze avocats qualifiés nobles: Autres extraits d'actes paſſés par des avocats, dans leſquels ils ſont qualifiés maîtres: Pluſieurs extraits d'actes des gentilshommes de la province de Lyonnois, dans leſquels ils ſont qualifiés meſſires, chevaliers ou écuyers, requête deſdits du Fournel,

BIU Cujas

Daverdi, Piegai, de Pravieux, de la Fonds, de Pougelon, avocats au parlement, & en la ſénéchauſſée & ſiége préſidial de Lyon : Claude Hedoin, Chriſtophe Bretonnier, & Pierre Chauvin, docteurs en médecine & aggrégés au collége des médecins de Lyon, tendante à ce qu'il nous plût les recevoir parties intervenantes dans le procès pendant entre le traitant de la nobleſſe, & la compagnie des avocats, & le collége des médecins de la ville de Lyon, & leur donner acte de ce que pour tous moyens d'intervention & de défenſes, ils employent ce qui a été dit, écrit & produit de la part deſdits avocats & médecins, en conſéquence après la déclaration de n'être nobles, ni prétendre ſoutenir nobleſſe, & de n'avoir jamais joui d'aucune exemption des nobles, & de renoncer en tant que de beſoin à cette vaine qualité de noble, qui depuis plus d'un ſiécle n'eſt d'aucune conſéquence dans la généralité de Lyon, les décharger de l'amende portée par la déclaration du 4 ſeptembre 1696, & condamner ledit de la Cour de Beauval aux dépens, & en tous leurs dommages & intérêts : Ladite requête ſignée Chalopin, au bas eſt l'ordonnance du ſieur Caumartin de *ſoient reçus parties intervenantes, & ſoit communiquée* du 17 ſeptembre 1698, & la ſignification d'icelle à Me le Noir le jeune, avocat du traitant, du 19 deſdits mois & an : Teſtament de noble Jean Drivon, avocat au parlement & ès-cours de Lyon, du 29 mars 1651, par lequel apert qu'il avoit trois enfans, Pierre, qualifié noble avocat, & Jean, & Clément, auxquels il n'a été donné aucune qualité, parce qu'ils n'étoient point avocats : Deux actes des 10 mai 1558 & 24 décembre 1668, dans leſquels Jean Drivon, fils dudit Jean Drivon teſtateur, n'eſt qualifié que de ſieur : le teſtament du ſieur Antoine de la Moniere, fils de feu M. Me Jean de la Moniere, vivant docteur en médecine, du 14 ſeptembre 1681 : Deux actes de 24 juin 1679 & 30 janvier 1698, par le premier deſquels Antoine Bouge, docteur en médecine, aggrégé au collége de Lyon, eſt qualifié noble, & dans le dernier ledit Antoine Bouge, alors décédé, n'eſt qualifié que Me, & ſon fils Gabriel, qui n'étoit ni avocat, ni médecin, eſt ſimplement qualifié ſieur : Extrait du contrat de mariage de Pierre Greuſe, bourgeois de Lyon, fils légitime de feu M. Me Jacques Greuſe, avocat au parlement & ès-cours de Lyon, du 15 octobre 1697 : Cinq extraits d'actes & reconnoiſſances dont la derniere de 1632, eſt paſſée par Gaſpard Trunel, avocat ès-cours de Lyon, qualifié noble ; & les quatres autres paſſées par les pere & ayeux dudit Gaſpard Trunel, auxquels n'a point été donné la qualité de noble, parce qu'ils n'étoient ni avocats ni médecins. Deux extraits de reconnoiſſances des 11 mars 1609, & 12 mars 1633, paſſées par Etienne Meſſonnier, avocat ès-cours de Lyon, qualifié noble : Sentence du 7 mars 1636 : Obligation du 3 avril audit an : Quittance du 19 mai 1627, & une obligation du 27 janvier 1630, dans leſquels Aimé de la Sabliere, avocat, eſt tantôt qualifié M. & tantôt noble, même en préſence d'Antoine la Sabliere ſon frere, qui n'eſt qualifié que ſieur : Deux extraits d'actes, le premier, du 15 novembre 1601, paſſé par Julien de la Moniere, ſans aucune qualité, & le ſecond, du 23 avril 1641, paſſé par Jean de la Moniere, fils dudit Julien, où il eſt qualifié noble, docteur-médecin : Ordonnance rendue par le ſieur de Beruelle, intendant à Lyon, le 17 ſeptembre 1690, par laquelle il a été ordonné que Joſeph-Antoine de la Forge, avocat, & l'un des aſſignés, jouiroit des exemptions & priviléges attribués aux bourgeois de Lyon, & en conſéquence que la taxe d'office ſur lui faite en la paroiſſe de Donzi, ſeroit rayée pour l'année 1691, ſentence rendue le 6 juillet 1693, en l'élection de Lyon, par laquelle Chriſtophle Bretonnier, docteur en médecine, a été déchargé des tailles après avoir acquis le droit de bourgeoiſie par une habitation de dix ans, & juſques-là il avoit payé la taille : Quittance ſignée Milliere, receveur des tailles de Lyonnois, du premier avril 1698, de la ſomme de trois livres payée par le ſieur Hedoin, docteur en médecine, pour ſa cotte des tailles, faute par lui d'avoir nommé un granger pour ſon domaine de Flurieu en Lyonnois : Pluſieurs actes & contrats dans leſquels leſdits avocats & médecins de Lyon ſont qualifiés maîtres. Deux extraits & comparutions faites au ban & arriere-ban par les gentilshommes & autres, poſſédans des fiefs dans le Lyonnois, dans leſquels il ſe trouve deux cens treize gentilshommes, tous qualifiés écuyers, meſſires & chevaliers, vingt-cinq échevins, qualifiés ſimplement nobles échevins, treize fils d'échevins, qualifiés écuyers, quatre avocats & médecins nobles de race, qualifiés écuyers, quinze avocats qualifiés maîtres : Autres ſemblables extraits de comparutions pour le ban & arriere-ban, des années 1674, 1689, & 1697 & autres : L'inventaire deſdits titres & piéces : Requête dudit de la Cour de Beauval, ſervant de réponſe & contredits aux requêtes & piéces deſdits avocats & médecins de Lyon, à laquelle ſont jointes les piéces ſuivantes ; ſçavoir, un certificat du ſieur Dugué, intendant à Lyon, du 3 octobre 1667, portant que Jean & Antoine de Rochebonne freres, lui ont préſenté leurs titres de nobleſſe qu'il a trouvé ſuffiſans & valables, ledit certificat étant enſuite d'un jugement rendu par les commiſſaires pour le régalement des tailles, qui contient tous les titres de cette famille, dans tous leſquels

leſquels, à l'exception de deux, la qualité de noble leur a été ſimplement donnée. Jugement dudit ſieur Dugué du 22 décembre 1667, qui maintient le ſieur Soulas dans ſa nobleſſe, dans le vû duquel il y a pluſieurs titres énoncés, contenans la ſeule qualité de noble, un entre autres de 1640 : Autre ſemblable jugement dudit ſieur Dugué, du 23 avril 1668, qui déclare le ſieur Blanchet noble, ſur la repréſentation de ſes titres, dans la plûpart deſquels il n'y a que la qualité de noble : Autre jugement dudit ſieur Dugué, du 12 janvier 1669, en faveur du ſieur Gazelle, qui demandoit à être maintenu en la qualité de noble par lui priſe & par ſes prédéceſſeurs : Arrêt du conſeil du 27 juillet 1671, qui maintient les ſieurs Allard en leur nobleſſe, quoique la plûpart de leurs titres ne leur donnaſſent à eux & à leurs auteurs que la qualité de noble : Arrêt de la cour des aydes du vingtiéme janvier 1694, qui maintient Antoine Bollioud en la qualité de noble & d'écuyer : Quarante extraits de contrats & autres actes paſſés depuis vingt ans par des gentilshommes, dans leſquels ils ont ſeulement pris la qualité de nobles, & non celle d'écuyers : ordonnance du ſieur d'Herbigni, du 22 février 1697, qui fait défenſes à la cour de Beauval d'inquiéter les recteurs & adminiſtrateurs de l'aumône générale de la ville de Lyon, pour raiſon des actes par eux paſſés en commun, dans leſquels il y a qualité de noble, ſans néanmoins tirer à conſéquence pour les actes que leſdits recteurs auront paſſés en leur nom particulier : Un extrait des dix premieres lignes tirées du recueil de Henris, tome ſecond, queſtion 47, livre 4, par leſquelles il marque que dans tous les titres de Chappuis, il n'y avoit que la qualité de noble, & que la cour des aydes douta qu'elle pût ſuffire : Arrêt du conſeil du 27 mai 1701, qui maintient ledit Chappuis en la qualité de noble & d'écuyer, ſur la repréſentation de ſes titres, dans pluſieurs deſquels il n'y a que la qualité de noble : Réglement fait le 4 juin 1663, lors de la derniere recherche pour la province, par lequel, article premier & ſecond, il eſt parlé des qualités de noble & d'écuyer : L'inventaire deſdits titres & piéces contenant les inductions d'icelles : Contredits fournis par leſdits avocats & médecins de Lyon auxdites piéces dudit de la Cour de Beauval : Réponſe dudit de Beauval auxdits contredits : Concluſions du ſieur procureur-général du roi : Oui le rapport du ſieur de Caumartin, conſeiller d'état ordinaire, intendant des finances, l'un de nous : & tout conſidéré.

Nous commiſſaires généraux ſuſdits, en vertu du pouvoir à nous donné par ſa majeſté, avons déchargé & déchargeons les avocats & médecins de la ville de Lyon, des aſſignations qui leur ont été données à la requête dudit de la cour de Beauval, les 25 & 26 janvier; 5, 25 & 27 février 1697, ſans que les qualités de nobles qu'ils ont priſes ci-devant, & prendront ci-après conjointement avec celle d'avocats & médecins, leur puiſſent acquérir, & à leurs enfans & ſucceſſeurs, le titre de nobleſſe, à moins qu'ils ne l'ayent de race & d'ancienneté. Fait en l'aſſemblée deſdits ſieurs commiſſaires-généraux, tenue à Paris le 4 janvier 1699 : Collationné, HERSANT.

Cet arrêt ayant maintenu les avocats & les médecins de Lyon dans la poſſeſſion de 11
prendre la qualité de nobles, il y avoit lieu de croire que les officiers de juſtice avoient le même droit, puiſqu'ils réuniſſent en leur perſonne la qualité d'avocat & la dignité de Juge. Cependant les traitans de la nobleſſe ayant fait rendre au conſeil d'état un arrêt le 15 mai 1703, ſervant de réglement pour la recherche de la nobleſſe, portant que la qualité de noble eſt une qualification de nobleſſe dans les provinces de Flandres, Hainaut, Artois, Franche-Comté, Dauphiné & Provence, il y firent comprendre le Lyonnois, Forez & Beaujolois. Le commis des traitans fit aſſigner pluſieurs officiers, entre autres ſix conſeillers du bailliage de Montbriſon, & le ſieur Henrys, préſident en l'élection de Forez, neveu de notre auteur, par-devant M. Guyet, pour lors intendant de la généralité de Lyon, & depuis intendant des finances, pour être déclarés uſurpateurs du titre de nobleſſe, & comme tels, être condamnés chacun en l'amende de 2000 livres. M. Guyet, à l'exemple de M. d'Herbigny, renvoya l'affaire au conſeil, (il ſemble que meſſieurs les intendans n'ayent pouvoir que de condamner & non pas d'abſoudre) où elle fut inſtruite de part & d'autre avec beaucoup de chaleur, M. Paire de l'Argentiere, avocat au conſeil, a occupé pour les officiers de Montbriſon, ſous le nom de M. Barbot, ſon beau- 12
pere, ancien avocat au conſeil, homme d'une grande expérience, & d'une probité reconnue, ſon gendre marche ſur ſes traces; il a conduit cette affaire, avec beaucoup de prudence & d'habileté, il a eu l'avantage d'obtenir un arrêt favorable à ſes parties, & à toute ſa patrie; je le nomme ici pour rendre juſtice à ſon mérite, & pour lui faire honneur, parce qu'il eſt petit neveu, du côté de ſa mere, de notre auteur.

BIU Cujas

Arrêt du conſeil, du 25 Février 1706.

14 LES commiſſaires-généraux du conſeil, députés par le roi pour l'exécution de ſes déclarations des 4 ſeptembre 1696, 3 mai 1702, & 30 janvier 1703, & arrêts du
15 conſeil rendus en conſéquence contre les uſurpateurs du titre de nobleſſe. Vu l'ordonnance du ſieur Guyet, intendant de la généralité de Lyon, du 9 mai 1704, rendue entre François Ferrand, chargé de la recherche des uſurpateurs du titre de nobleſſe, & François de la Pierre de Saint Hilaire, Pierre Boyer, Claude Martin, Gilbert Poncet, Jean Caze, François Chirat de Montrouge, Claude Pupier, conſeiller au bailliage & ſénéchauſſée de Forez, Antoine Henrys, préſident en l'élection de Montbriſon, & Antoine Caze, lieutenant en la châtellenie de ladite ville, par laquelle les parties ont été renvoyées au conſeil, pour leur être rendu droit ainſi qu'il appartiendroit, à eux ſignifiée le 31 deſdits mois & an, avec aſſignation à deux mois, pour procéder ſur ledit renvoi. Vu auſſi la requête à nous préſentée par François de la Pierre de Saint Hilaire, Pierre Boyer, Claude Martin, Gilbert Poncet, Jean Caze, François Chirat de Montrouge, Claude Pupier, conſeiller du roi au bailliage & ſénéchauſſée de Forez, & Antoine Henrys, préſident en l'élection de Montbriſon, tendant à ce que pour les cauſes & raiſons y contenues, il nous plût leur donner acte de ce que pour avertiſſement, ils employent le contenu en la requête imprimée, & adreſſée audit ſieur Guyet, ſous les noms des officiers du bailliage de Forez, & ceux de l'élection de Montbriſon, ce faiſant les décharger des aſſignations qui leur ont été données pour avoir pris la qualité de noble, ſans néanmoins que cette qualité qu'ils ont priſe ci devant, & prendront ci-après conjointement avec la qualité de conſeiller du roi au bailliage de Forez ou élection de Montbriſon, puiſſe leur acquérir & à leurs enfans & ſucceſſeurs, le titre de nobleſſe, à moins qu'ils ne l'ayent de race & d'ancienneté; le tout conformément à l'arrêt du 4 janvier 1699, rendu en faveur des avocats & médecins de Lyon, lequel à cet effet ſera déclaré commun avec eux; & pour l'indue véxation, condamner ledit Ferrand aux dépens, ladite requête ſignée Barbot, avocat ès-conſeil du roi : au bas eſt l'ordonnance du ſieur du Harlay, du 2 ſeptembre 1704, de ſoit communiqué, & la ſignification d'icelle faite le lendemain à M. le Noir le jeune, avocat dudit Ferrand : Vu pareillement les piéces jointes à ladite requête, qui ſont l'imprimé de ladite requête adreſſée audit ſieur Guyet, intendant de Lyon, ſous les noms des officiers du bailliage de Forez, & de ceux de l'élection de Montbriſon; certificat des notaires de Montbriſon du 11 mars 1704, portant que les officiers du bailliage & ſénéchauſſée de Forez, ceux des autres ſiéges dudit pays, même les avocats & médecins ont été & ſont encore en uſage de prendre la qualité de nobles dans les actes ſtipulés en leurs noms: comme auſſi que les gentils-hommes ne prennent jamais cette qualité de noble, mais bien celle de chevalier, meſſire, ou écuyer. Obligation du 12 janvier 1592, dans laquelle Louis Berthaud, lieutenant en l'élection de Forez, n'eſt qualifié que de noble: Quittance du dernier mars 1593, où le même Berthaud n'eſt qualifié que de noble. Teſtament du 13 février 1599, du même Louis Berthaud, par lequel il eſt qualifié noble: Contrat de mariage du 9 janvier 1618, de Louis Caze, contrôleur du domaine du roi, & de la reine mere, au comté de Forez, réſident à Montbriſon, par lequel il eſt qualifié noble. Tranſaction du 19 octobre 1618, dans laquelle ledit Caze eſt qualifié noble: Quittance du 17 mars 1630, dans laquelle Jean Pupier, procureur du roi en l'élection de Montbriſon, eſt qualifié noble, auſſi-bien qu'André pupier ſon pere : Sentence arbitrale du 16 décembre 1649, par laquelle Louis Caze, contrôleur du domaine de Forez, eſt qualifié noble: Autre acte du premier juin 1636, dans lequel Denis Caze eſt qualifié noble: autre du 19 novembre 1651, par lequel ledit Caze eſt qualifié noble : autre acte du 4 mars 1671, par lequel ledit Caze eſt qualifié noble: Tranſaction du 6 février 1646, entre Claude Henrys, conſeiller & avocat du roi au bailliage & préſidial de Forez, & Vital Henrys, écuyer, ſieur de Greſieu, par laquelle ledit Claude eſt qualifié noble: Quittance du 8 octobre 1648, par laquelle Louis Pupier, conſeiller au bailliage de Forez, eſt qualifié noble: Tranſaction du 21 mars 1649, dans laquelle Gaſpard Vial, conſeiller au bailliage, & Pierre Allard, aſſeſſeur audit bailliage, ſont qualifiés nobles: autre acte du 5 juin 1662, par lequel Louis Pupier, conſeiller au bailliage de Forez, eſt qualifié noble : Sentence rendue, le 11 mai 1680, par laquelle Juſtin Bois ſecrétaire du roi, eſt qualifié écuyer, & Jean Papon, lieutenant en ladite châtelenie, eſt qualifié noble: Quittance du 10 ſeptembre 1673, par laquelle le ſieur Giraud a reçu de Louis Pupier, conſeiller au bailliage de Forez 18 livres, 7 ſols pour ſa cotte de l'année 1672, cahier contenant extrait des rôles des tailles de la ville de Montbriſon des années 1677, 1678, juſqu'en 1703, par leſquels il paroît que leſdits officiers du bailliage de Montbriſon ſont impoſés dans

BIU Cujas

leſdits rôles des tailles chacun pour leur part & portion : Extrait du rôle des taxes pour l'arriere-ban convoqué en 1692, faites aux poſſeſſeurs des fiefs, arriere-fiefs & rentes nobles ; par lequel appert que les officiers dudit bailliage y ont été compris chacun pour leur part comme roturiers : Livre imprimé contenant tout le procès des avocats & médecins de la ville de Lyon, enſuite duquel eſt notre ordonnance, du 4 janvier 1699, qui décharge leſdits avocats & médecins de Lyon des aſſignations à eux données, ſans que les qualités de nobles qu'ils ont priſes ci-devant, & prendront ci-après conjointement avec celles d'avocats & médecins, leur puiſſent acquérir & à leurs enfans, le titre de nobleſſe, à moins qu'ils ne l'ayent de race ou d'ancienneté : Inventaire de production deſdites piéces ; raiſons dudit Ferreau, ſervant de contredit aux requête & piéces deſdits officiers du bailliage de Forez & élection de Montbriſon, ſignifiés le 26 janvier 1705, audit M. Barbeau : Requête à nous préſentée par leſdits officiers, tendante à ce que pour les cauſes & raiſons y contenues, il nous plût leur donner acte de ce que pour réponſes aux contredits dudit Ferreau, ils employent le contenu en lad. requête aux piéces y jointes, en conſéquence leur permettre d'ajouter à leur production leſdites piéces aux inductions qu'ils en ont tirées ; ce faiſant, leur adjuger les fins & concluſions par eux priſes en l'inſtance, & condamner ledit Ferreau aux dépens ; ladite requête ſignée dudit M. Barbeau, au bas de laquelle eſt l'ordonnance dudit ſieur de Harlay, du 26 février 1705, de ſoit communiqué, & la ſignification d'icelle faite le 2 mars 1705, audit le Noir le jeune : Les piéces jointes à la requête ſont une rente & une penſion paſſée le 30 mars 1642 & 29 mai 1644, par noble Gaſpard Vial, conſeiller à Montbriſon, au profit de Claude Chaſſin, receveur des tailles de Forez, qualifié noble : Quittance du 4 mai 1659, paſſée devant notaires, dans laquelle Louis Pupier conſeiller au bailliage de Forez, eſt qualifié noble : Nomination du 26 décembre 1666, d'échevins de Montbriſon, à laquelle ont aſſiſté Claude de la Mure, Louis Pupier, & Joſeph Pouderoux conſeiller de ladite ville, qui ſont qualifiés nobles : Procuration du 18 février 1667, paſſée par Antoine Grata, fils de Geoffroi Grata, conſeiller au bailliage de Forez, qui eſt qualifié noble : Bail fait le 30 mars 1677, par François Chaſſin, où il eſt qualifié noble : Cahier contenant un contrat paſſé au profit de Claude Duguet, premier avocat du roi au bailliage de Montbriſon, du 17 août 1685, où il n'eſt qualifié que de noble : Un teſtament dudit Claude Duguet, du 30 ſeptembre 1697, dans lequel il prend la qualité d'écuyer, parce qu'il avoit pris des lettres de nobleſſe : Un contrat paſſé le 21 octobre 1686, au profit d'Antoine Duguet avocat du roi, fils dudit Claude, où il eſt qualifié de noble : & un bail paſſé le 16 janvier 1700, par le même Antoine Duguet, où il eſt qualifié d'écuyer, & non pas de noble, attendu que ſon pere avoit acquis des letttes de nobleſſe : autre cahier contenant une vente faite au profit de Louis Punctis, ſieur de la Tour, conſeiller & lieutenant criminel au pays de Forez, le 29 mars 1681, où il eſt qualifié de noble : Une obligation du 25 avril 1681, où il eſt auſſi qualifié de noble : Un bail du 5 octobre 1701, où ledit ſieur de la Tour eſt qualifié d'écuyer : & un autre bail paſſé par le même, le 5 décembre 1703, où il eſt qualifié d'écuyer, parce qu'il avoit pris des lettres de nobleſſe : autre cahier de lettres de nobleſſe accordées par ſa majeſté aux mois de juin & de ſeptembre 1606, avril 1697, & octobre 1699, à Louis de Punctis ſieur de la Tour, Jean-Claude Ramey, Claude Duguet & Jacques Staron, officiers de Montbriſon : Dires dudit Ferreau, étant au bas de ladite requête, du 2 mars 1705, ſervant de réponſe à icelle, & pour contredits contre les piéces produites pour production nouvelle, qu'il perſiſte à ce qu'il a ci-devant dit, écrit & produit : Requête à nous préſentée par leſdits officiers du bailliage & de l'élection de Montbriſon, tendante à ce que pour les cauſes & raiſons y contenues, il nous plût leur permettre d'ajouter à leur production les deux piéces y jointes aux inductions qu'ils en ont tirées ; ce faiſant, leur adjuger les fins & concluſions, au bas de laquelle eſt l'ordonnance dudit ſieur de Harlay, du 24 mars 1705, portant qu'elle ſera ſignifiée au traitant, & communiquée au procureur général de la commiſſion. Vu pareillement leſdites piéces qui ſont une copie de notre ordonnance, du 29 novembre 1703, par laquelle nous avons déchargé Joſeph & François Xavier Barrel, pere & fils, des aſſignations à eux données, ſans que les qualités de nobles qu'ils ont priſes ci-devant, & prendront ci-après conjointement avec pluſieurs avocats, leur puiſſent acquérir & à leurs enfans, le titre de nobleſſe, à moins qu'ils ne l'ayent de race & d'ancienneté : Lettres d'avocats du ſieur Henrys, préſident en l'élection de Montbriſon, produites pour faire voir audit Ferreau que ledit Henrys étant avocat outre & par-deſſus ſa qualité de juge préſident, il eſt du moins dans un cas auſſi favorable que les ſimples avocats : Dires dudit Ferreau, ſervant de réponſe à ladite requête de production nouvelle, du 24 mars 1705, & qu'il perſiſte aux concluſions par lui ci-devant priſes : Requête dudit Ferreau, tendante à ce que pour les cauſes & raiſons y conte-

BIU Cujas

nues, il nous plut lui permettre de produire par production nouvelle notre ordonnance du 9 juillet 1705, aux inductions qu'il en a tirées, & procédant au jugement de l'inſtance, lui adjuger les concluſions qu'il a priſes avec dépens, au bas eſt l'ordonnance dudit ſieur de Harlay, du 12 ſeptembre 1705, de ſoit communiqué au procureur général de la commiſſion & de la ſignification d'icelle, faite le 19 deſdits mois & an, à laquelle requête eſt attachée une copie de notre ordonnance, du 9 juillet 1705, par laquelle en conſéquence des offres faites par Antoine Broal & Vincent de Forre, & leurs déclarations qu'ils n'entendoient ſoutenir leur nobleſſe; nous les avons condamnés chacun en la ſomme de deux mille livres, & les deux ſols pour livre : Requête deſdits officiers du bailliage & élection de Montbriſon, tendante à ce que pour les cauſes & raiſons y contenues, il nous plût leur donner acte, de ce que pour réponſes & contredits à la production nouvelle dudit Ferreau, ils employoient le contenu en ladite requête : Requête dudit Ferreau, tendante à ce que pour les cauſes & raiſons y contenues, il nous plût lui permettre de produire par production nouvelle notre jugement rendu le 18 juin 1705, aux inductions qu'il en a tirées par ladite requête, au bas de laquelle eſt l'ordonnance dudit ſieur de Harlay, du 15 novembre 1705, de ſoit ſignifié au procureur général de la commiſſion, & la ſignification d'icelle, faite le 17 deſdits mois & an audit Barbot, à laquelle requête eſt attachée notre ordonnance du 18 juin 1705, rendue au profit dudit Ferreau contre Charles Baſſet, maire de Roanne, par laquelle l'ordonnance dud. ſieur Guyet intendant de Lyon, qui déclare led. Baſſet uſurpateur du titre de nobleſſe, & le condamne en l'amende de 2000 livres a été confirmée : Dires deſdits officiers, ſervant de réponſe à la production nouvelle dudit Ferreau à eux ſignifiés le 17 novembre 1705, par leſquels ils perſiſtent à leurs concluſions avec dépens, ſignifiés le 15 décembre 1705, audit le Noir le jeune : Concluſions du procureur général du roi en la commiſſion : Oui le rapport dudit ſieur de Harlay, conſeiller d'état ordinaire, l'un de nous, & tout conſidéré : Nous commiſſaires généraux, en vertu du pouvoir à nous donné par le roi, avons donné & donnons acte auſdits François de la Pierre, Pierre Boyer, Claude-Martin, Gilbert Poncet, Jean Caze, François Chirat, Claude Pupier, & Antoine Henrys de leurs déclarations portées par leur requête, ſignifiée le 3 ſeptembre 1704, qu'ils ne prétendent point que la qualité de noble qu'ils ont priſes & prendront ci-après, conjointement avec celle de conſeiller du roi au bailliage de Forez, & de préſident en l'élection de Montbriſon, leur puiſſe acquérir ou à leurs enfans & ſucceſſeurs le titre de nobleſſe, à moins qu'ils ne l'ayent de race ou d'ancienneté : Ce faiſant, les déchargeons des aſſignations qui leur ont été données à la requête dudit Ferreau, ſans que les qualités de nobles qu'ils ont priſes ci-devant, ou pourront prendre ci-après, conjointement avec celle de conſeiller au bailliage de Forez, & préſident en l'élection de Montbriſon, leur puiſſe acquérir, & à leur enfans & ſucceſſeurs le titre de nobleſſe, à moins qu'ils ne l'ayent de race ou d'ancienneté ; & ſur le ſurplus de leurs demandes, les avons mis hors de cour. Fait en l'aſſemblée deſdits ſieurs commiſſaires généraux, tenue à Paris le 25 février 1706. Collationné, *ſigné* HERSANT.

14 Après ce ſecond arrêt, qui n'auroit cru que l'avidité du traitant auroit été refroidie? Mais ces gens-là ne ſe rebutent point. J'ai appris que nonobſtant cet arrêt, ils n'ont pas laiſſé d'inquiéter différens particuliers qui n'étoient pas en état de ſe défendre; *quantæ audaciæ, quantæ temeritatis ſint publicanorum factiones, nemo eſt qui neſciat, l. 12, de public.* Ces paroles ne ſont pas d'un petit avocat qu'un zele indiſcret fait parler, elles ſont d'un grand juriſconſulte, d'un ſuprême magiſtrat, qui réuniſſoit en ſa perſonne toutes les plus grandes dignités, chancelier, connétable, chef des conſeils, & premier miniſtre? Que n'ai-je l'art de Python pour évoquer ſon eſprit, & rappeller au moins ſon ombre parmi nous.

BIU Cujas

DE LA PRESCRIPTION DE DIX ANS,
Si elle eſt empêchée par le vice du vendeur.

QUESTION CENT-SOIXANTE-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Eloge de Mornac.*
2. *L'uſufruitier ne peut point preſcrire.*
3. *L'engagiſte ne peut preſcrire contre le propriétaire.*
4. *Arrêt contre l'évêque de Clermont.*
5. *Raiſons & autorités pour ſoutenir cet arrêt.*
6. *Opinion de Mornac, que celui qui a acheté de bonne foi d'un uſufruitier ne peut preſcrire contre le propriétaire.*
7. *Opinion de l'auteur, qu'un ſemblable acquéreur peut preſcrire contre tous.*
8. *Quand il y a un vice réel en la choſe, l'acquéreur ne peut preſcrire.*
9. *L'acquéreur des biens du mineur ne peut preſcrire, quand la vente a été faite par fraude de la part du tuteur.*
10. *Le ſecond acquéreur peut preſcrire, nonobſtant le vice réel.*
11. *Celui qui a acheté d'un accuſé, ne peut preſcrire que par trente ans.*
12. *Ce n'eſt que dans les choſes dérobées ou poſſédées par violence, que le vice réel paſſe aux ſucceſſeurs.*
13. *Cela n'a lieu qu'à l'égard des meubles.*
14. *A l'égard des immeubles, l'acquéreur de bonne foi du poſſeſſeur par violence peut preſcrire.*
15. *Exception contre les ſeigneurs qui ont uſurpé un héritage par violence.*
16. *Auteurs qui ont traité la queſtion,* an mala fides defuncti noceat hæredi.
17. *En France en matiere de preſcription nous ſuivons le droit civil, plutôt que le droit canonique.*
18. *Quand le titre vient à paroître, s'il ſe trouve vicieux, il détruit la preſcription.*
19. *Une ville, une communauté peut preſcrire, quoique ceux qui les premiers ont acquis, ne fuſſent pas dans la bonne foi.*
20. *L'on a coutume de diſtinguer entre le ſucceſſeur univerſel, & le ſucceſſeur à titre ſingulier.*
21. *Il faut diſtinguer ſi celui qui objecte la preſcription, veut ſe ſervir de la poſſeſſion de ſon auteur; en ce cas la mauvaiſe foi de ſon auteur lui nuit.*
22. *Ces diſtinctions n'ont lieu que pour la preſcription de dix & vingt ans, & non pour celle de trente ans.*

QUESTION CLXII.

De la preſcription du tiers-acquéreur par dix ou vingt ans, & ſi le vice de ſon auteur y fait obſtacle.

CE qui nous oblige à traiter encore cette matiere, de laquelle nous avons ci-devant parlé, eſt la remarque que nous avons faite, ſur ce que maître Antoine Mornac donne pour regle certaine en ſon Commentaire ſur la loi 15, *ff. qui ſatis dare cogantur.* Le doute étant aſſez important, & tombant ſouvent dans l'uſage, nous avons crû qu'il méritoit d'y faire quelque réflexion.

1 Cet auteur qui a beaucoup mérité du public par la lumiere qu'il donne à notre juriſprudence, dit en premier lieu, que celui qui n'eſt qu'uſufructuaire & ne jouit qu'à ce titre, ne peut jamais preſcrire, ni par la preſcription s'acquérir l'héritage duquel
2 il jouit. C'eſt parce que *non poſſidet civiliter, ſed tantum naturaliter, l. naturaliter, ff. de acquir. poſſeſſ.* Ou pour mieux parler, *non propriè poſſidet, ſed tenet tantum*, il eſt plutôt détempteur que poſſeſſeur, *l.* 1, § 4, *ff. quod legatorum.* Or, eſt-il que ſans la poſſeſſion naturelle, c'eſt-à dire, établie ſur l'un des moyens, *quibus de jure acquiri poteſt aliquid*, l'uſucapion & preſcription de dix ans ne peut avoir lieu, *l. ſine poſſeſſione, ff. de uſucapion.* Et d'ailleurs comme l'uſufructuaire ſçait bien que l'héritage n'eſt pas à lui, & qu'il eſt même obligé d'en jouir en bon pere de famille, *l. uſufructuar. quemadm. caveat, & l. neque fructuarium, C. de uſufr.* auſſi ne peut-il preſcrire contre ſa propre ſcience ni contre ſon titre.

Tout cela paſſe ſans difficulté, & il en faut in- 3
férer que l'engagiſte ne peut pas preſcrire la propriété du fond qui lui a été engagé contre le propriétaire, par quelque tems que ce ſoit, *neque per mille annos*, ainſi que dit M. Charles du Moulin, en ſon conſeil 91, & ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 26 mars 1620, remarqué par Brodeau ſur M. Loüet, en la lettre H, nombre 9, quoiqu'en l'eſpece de cet arrêt la preſcription fût de cent ans.

BIU Cujas

4 Auquel on peut ajouter le fameux arrêt donné pour le comté de Clermont contre l'évêque de cette ville, duquel arrêt feu M. Papon a fait mention en son recueil, au titre des prescriptions, & auparavant lui *Lucius*. En l'espece d'icelui les évêques de Clermont avoient joui de la comté l'espace de trois ou quatre cens ans, & néanmoins elle leur a été ôtée, parce qu'on a montré qu'ils ne l'avoient possédée que comme dépositaires & à titre de dépôt.

Il y avoit pourtant quelque chose à dire : car si la possession du premier évêque, & même de son successeur, pouvoit être vicieuse, ce vice pouvoit avoir été purgé en la personne des dernier évêques, par l'ignorance présumée du dépôt, & pour avoir cru que cette comté leur appartenoit, & dépendoit de l'évêché, ainsi qu'ailleurs on voit que les évêques sont comtes & seigneurs des villes.

5 Mais pourtant comme on n'a considéré tous les évêques qu'en la qualité d'évêques, & comme une même personne, aussi le vice de la possession a été continué en tous les successeurs. Et c'est pourquoi, comme de droit, *nemo sibi mutare potest causam possessionis, nisi ejusdem rei ex alia causa possessionem nanciscatur, l.* 19, §. 1. *ff. de acquir. poss.* c'est avec raison qu'on a jugé que la possession des évêques avoit toujours eu la même cause, & par conséquent qu'ils n'en avoient pas joui comme maîtres, *& animo domini*, tout ainsi qu'en la loi 22, § 1. *ff. de noxalib. actionib.* il est dit, que *qui pignori accepit servum, licet justè illum possideat, non tamen opinione domini possidet.* A cause que *pignoris dominium est penes debitorem, & in ejus bonis permanet, l.* 8, *C. de pignorat. act. Et qui pignori rem dat, usucapit quamdiu res est apud creditorem*, & la détention & la jouissance de ce créancier sert au vrai maître, *quia non sibi, sed alteri possidet, l.* 33, § 4, *ff. de usucapion.*

Et ne peut faire obstacle à cet arrêt de Clermont, ce que ledit Mornac avance après *Zasius*, qu'il est vrai que l'usufructuaire ni son héritier ne peut prescrire, qu'en ce cas, *quamdiu mala fides est in authore, non procedit usucapio in successore.* Mais si cet usufructuaire qu engagiste vend l'héritage à quelqu'un, & que cet acquéreur en ait joui de bonne-foi par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, il peut prescrire. Car cela ne se peut appliquer aux évêques de Clermont, ils étoient plutôt héritiers ou successeurs qu'acquéreurs, & ainsi n'ayant point de nouveau titre, leur possession a toujours été précaire, & la continuation d'icelle *cum sua causa*, a toujours eu le même vice.

6 Mais pour entrer en notre remarque sur ledit sieur Mornac, nous ne pouvons pas bien goûter ce qu'il ajoûte. Car après avoir supposé que celui qui de bonne-foi achete d'un usufructuaire, peut prescrire par dix ou vingt ans, suivant la loi derniere, *C. de præscriptione longi temporis*, qui le décide expressément, il restraint cette prescription, & ne veut point qu'elle ait lieu contre le maître & propriétaire, mais seulement à l'égard des créanciers. Qu'en effet, la loi derniere, *C. de præscript. longi temporis*, ne se doit entendre que pour les actions hypotéquaires, & non pour le droit de propriété, qui ne peut se prescrire que par trente ans.

Le même Mornac ajoute, que ce point ayant été agité entre un fameux avocat du parlement & lui, M. Louis Buisson fut appellé pour tiers, & qu'il décida la chose suivant le sentiment dudit sieur Mornac.

7 C'est ce qu'il faut examiner : car en premier lieu nous ne croyons pas qu'il ne faille entendre ladite loi derniere *C. de prescript. longi temporis*, que de la prescription des actions hypothécaires, & non du droit de propriété. Nous avons dans le Code deux titres pour cela; le premier *de præscriptione longi temporis* : le second, *si adversus creditorem præscriptio opponatur.* Au premier il est parlé de la prescription de la propriété, au second des hypothéques : & ainsi si la loi derniere ne se devoit entendre que des actions hypothéquaires, il l'eût fallu mettre plutôt au titre second qu'au premier. Etant donc insérée dans ce premier titre, auquel il est parlé de la prescription de la propriété : il s'ensuit que si l'argument *de rubro ad nigrum* est valable, il faut entendre cette loi derniere, du moins aussi pour le droit de propriété, que pour les actions hypothéquaires.

Mais quand elle ne pourroit être entendue que selon le sentiment dudit sieur Mornac, toujours ne s'ensuivroit-il pas qu'elle dût servir de régle, ou fournir quelque exception; parce que nous avons pour le même sujet une autre décision que nous devons suivre, sçavoir la Novelle 119, cap. 7. Car en cette loi l'empereur désire deux choses pour établir la prescription de dix ans en faveur de celui qui a acquis de bonne-foi, mais d'un injuste possesseur. Il veut donc que cet acquéreur soit en bonne-foi, & qu'il présume que celui qui lui vend soit le vrai maître. Et de plus il veut que celui au préjudice duquel la chose a été usurpée, ait connoissance de son droit & de l'aliénation, & pourtant demeure dans le silence : car en ce cas la prescription de dix ans suffit, tant à cause de la bonne-foi de l'acquéreur, que de la négligence de l'autre.

Mais si cette négligence cesse, *sin autem ignorat verus rerum alienatarum dominus, & quia res ei competunt, & quia alienatio facta est*, en ce cas l'empereur veut qu'il ne puisse être exclus de son droit que par la prescription de trente ans, *non valente dicere eo qui res hoc modo possidet quia ipse bonâ fide possidet quando ipse à mala fide possidente hoc accipit;* raison pourtant un peu trop générale, & à laquelle l'empereur devoit ajoûter, & parce que cette possession procédant d'une cause vicieuse en son origine, n'a pû nuire à celui qui ignoroit aussi bien le droit qu'il avoit, que l'aliénation.

Quoi qu'il en soit, cette Novelle 119 est la derniere constitution que nous ayons sur ce sujet, & c'est d'elle qu'a été tirée l'Autentique *malæ fidei possessore*, insérée par Irnerius au titre du Code *de præscript. longi temporis.* C'est donc par elle qu'il se faut régler, & il nous semble que le sieur Mornac a dû plûtôt suivre la distinction faite ci-dessus, qu'établir indistinctement, que qui achete d'un possesseur de mauvaise foi ne peut prescrire la propriété que par trente ans. Nous assurons d'autant plus hardiment le contraire aux conditions susdites, que nous en avons rapporté un arrêt confirmatif en notre premier recueil, que nous nous contentons d'employer ici.

Nous ajouterons ce qui en est décidé par le droit François : voici comme parle la coutume de Paris en l'article 113. *Si aucun a joui & possédé héritage ou rente à juste titre & bonne-foi, tant par lui, que par ses prédécesseurs, dont il a le droit & cause franchement & sans inquiétation par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, il acquiert prescription dudit héritage & rente.* Ce qui semble un peu ambigu, car on pourroit dire que la coutume desire le juste titre & la bonne-foi, aussi-bien au prédécesseur qu'au dernier possesseur. Mais il faut croire que quand elle a parlé des prédécesseurs, elle n'a pas entendu parler d'un vendeur, mais des auteurs auxquels on succede par droit successif, & à titre d'héritier ou de donataire universel.

Il est vrai que la coutume de Mante, en l'ar-

BIU Cujas

ticle 91 du chapitre 6, parle plus clairement, & eſt plus rigoureuſe pour la preſcription ; car elle dit que le colon ou conducteur ne peut intervertir la poſſeſſion du ſeigneur propriétaire, & que le Seigneur peut intenter complainte contre celui auquel le colon l'auroit vendu, encore qu'il en ait joui avec titre & bonne-foi, & que tel acheteur ne peut preſcrire contre le ſeigneur, de ſorte qu'elle fait paſſer le vice perſonnel du vendeur en la perſonne de l'acquéreur : mais cette coutume *ſuo clauditur territorio*, & ne peut pas déroger à une conſtitution ſi expreſſe qu'eſt la Novelle 119, & l'autentique qui en a été tirée.

8 A quoi ne fait préjudice ce qui eſt dit en la loi 11, *ff. de diverſis temporal. præſcription.* que le vice de l'auteur paſſe au ſucceſſeur & fait obſtacle à la preſcription, *neque enim rectè defendetur, cum exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur :* parce que cette loi parle en l'eſpece d'un ſucceſſeur univerſel, & d'un héritier *qui in jus omne defuncti ſuccedit*, & par conſéquent, *etiam ignorans in vitia defuncti ſuccedit, liv. 4, §. 15, ff. de uſucapion.*

Au reſte il faut remarquer qu'il y a un vice réel qui eſt attaché à la choſe, & qui la ſuit en quelques mains qu'elle paſſe, *quia rei cohæret ;* c'eſt ce qui a lieu *in re furtiva, in re vi capta*, y ayant eu pour cela des loix ſpéciales, ainſi que Juſtinien l'a remarqué *in* § 2, *inſtitutionib. de uſucapionib.* ce qui eſt confirmé *in l. 33,* § *ſi dominus, ff. de uſurp.* & plus particulierement *in l. ultima ff. de vi bonorum raptorum*, où il eſt dit, *quod vi poſſeſſum, raptumve ſit, uſucapi lex vetat.*

9 Par identité de raiſon, ſi un tuteur par un monopole, par une intelligence frauduleuſe faiſoit vendre les biens de ſon mineur pour en profiter, ce ſeroit un vice réel, *rei cohærens*, qui ſuivroit les acquéreurs ; ce ſeroit *vis privata*, laquelle eſt quelquefois plus dangereuſe & odieuſe que *vis armata*, en tant qu'on ſe peut moins défendre d'un maître que d'un ennemi, & d'un ennemi couvert que d'un ennemi connu. Il y a quelque choſe d'approchant au recueil de M. Bouguier ſur le défaut d'inſinuation d'une ſubſtitution.

10 Mais pourtant il faut remarquer que ce vice réel ne ſuit pas tous les poſſeſſeurs, & que s'il nuit au premier acquéreur, il ne nuit pas au ſecond ; c'eſt parce que celui-ci acquiert la choſe d'un poſſeſſeur légitime, la loi, *ſi vi, C. de his quæ vi metuſve cauſa*, eſt formelle pour cela, car en l'eſpece d'icelle le propriétaire ayant été contraint de vendre par force un héritage, l'empereur veut qu'on le puiſſe vendiquer du ſecond acquéreur, *ſi modo qui ſecundo loco comparavit, longæ poſſeſſionis præſcriptione non fuerit munitus.*

Il y auroit à douter, ſi le texte entend comprendre celui qui par force s'eſt fait vendre par le premier acquéreur : mais pour l'ajuſter avec les loix que nous avons ci-deſſus cotées, nous eſtimons qu'au cas de ladite loi *ſi vi*, ſans comprendre cet uſurpateur & raviſſeur, l'héritage avoit paſſé à deux divers acquéreurs. Il eſt vrai que c'eſt deviner, & que la gloſe ſemble contraire, mais autrement cette loi répugneroit à ce que nous avons dit, que *uſucapio non habet locum in re vi poſſeſſa*, quelque diſtraction que la même gloſe faſſe, *inter vim compulſivam & vim compulſivam in qua eſt voluntas.*

On peut voir ſur le même ſujet *ſummam Azonis tit. de uſucap. pro emptore*, & *tit. de præſcript.* 10, *vel* 20, *annor.* au premier ayant dit qu'en quelques cas l'uſucapion ceſſe, *propter vim expulſivam & vim compulſivam ;* en l'autre il conclud que pour établir la preſcription de dix ans, il faut *bona fides, juſtus*
11 *titulus, & continuata poſſeſſio ſine vitio rei.*

M. le Bret, au livre ſixiéme de ſes déciſions, ch. 4, dit que celui qui a acheté d'un prévenu de crime capital, ne peut preſcrire par dix ou vingt ans, l'aliénation étant nulle par l'interdiction du criminel dès l'heure de ſon crime, & la bonne-foi n'y pouvant être préſumée, ſur-tout après la ſentence de condamnation & l'exécution d'icelle. Il en cote un arrêt du 25 juin 1619.

Nous ajouterons à ce que nous avons déja dit : que ce n'eſt que *in re furtiva, & in re vi capta*, 12
que le vice réel paſſe aux ſucceſſeurs. Un doute que Juſtinien fait naître en ſes inſtitutes, lorſqu'il parle de l'uſucapion : ſçavoir que quand les loix ont défendu l'uſucapion des choſes dérobées ou des choſes priſes par violence, ce n'eſt pas du larron ſeul, ou de celui qui poſſede par violence, que cela ſe doit entendre ; car comme ils ſont poſſeſſeurs de mauvaiſe foi, il répugne qu'ils puiſſent preſcrire : Qu'il faut donc entendre cela en ſorte qu'aucun autre ne puiſſe acquérir ces choſes par uſucapion, encore qu'il les ait achetées & les tienne de bonne foi. Enſuite de quoi le même Juſtinien ajoute que celui qui donne la choſe d'autrui commet un larcin.

Mais s'il eſt vrai, que quiconque vend le bien d'autrui ſciemment eſt cenſé larron, & ſe rend coupable de larcin ; s'il eſt vrai que la preſcription ne puiſſe pas avoir lieu pour choſe dérobée, comment eſt-ce que nous pourrons établir ce que nous avons déja ſuppoſé pour véritable, ſçavoir qu'encore que le vendeur ſoit poſſeſſeur de mauvaiſe foi, l'acquéreur qui l'ignore & acquiert de bonne-foi, ne laiſſe pas de preſcrire par dix ou vingt ans aux conditions que la Novelle 119 deſire ?

Notre même empereur nous ouvre le moyen de réſoudre ce doute, en ce qu'après avoir dit que *qui* 13
ſciens alienam rem vendiderit, furtum ejus committit, il donne à connoître que cela n'a lieu que pour les choſes mobiliaires, & que pour icelles le poſſeſſeur de bonne-foi ne peut pas aiſément les acquérir par uſucapion.

Enſuite de quoi il conclut que pour ce qui eſt des immeubles, encore que le poſſeſſeur ſoit en 14
mauvaiſe foi, parce qu'il ſçait qu'il a occupé le fonds d'autrui ; toutefois s'il le donne ou vend à quelque autre qui le reçoive de bonne-foi, il lui peut être acquis par une longue jouiſſance, *quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit :* d'autant, dit cet empereur, qu'on ne ſuit plus l'opinion de quelques anciens qui tenoient, qu'on pouvoit commettre un larcin pour un héritage. Il n'eſt donc pas abſolument vrai que qui vend le bien d'autrui commet un larcin ; & ce n'eſt proprement que des meubles qu'il faut l'entendre.

Nous voulons bien avouer, que ſi quelque ſei- 15
gneur par violence avoit uſurpé un héritage, & s'il étoit maintenu par la même force, & qu'après il vînt à le vendre, l'acquéreur ne pourroit pas preſcrire le droit, parce que ce ſeroit *vi poſſeſſum*, que le vice ſeroit réel, *rei cohærens*, notamment ſi la même autorité & la même crainte avoient empêché le propriétaire d'en reclamer & d'agir.

Ce qui eſt auſſi décidé *in l.* 4, § 23 & § 27, & 31, *ff. de doli mali except.* mais avec quelle ambiguité ! car en un endroit la loi ſemble établir que le vice de l'auteur nuit au ſucceſſeur, & en d'autres endroits, qu'il ne lui nuit point. Mais il faut uſer de cette diſtinction, que de *dolo autoris exceptio emptori non objicitur, niſi acceſſione autoris utatur ;* ou bien que ce ſoit plutôt un vice réel que perſonnel. Et c'eſt ainſi qu'il faut entendre ces termes du § 27, de la loi cotée, *& peræque traditur rei quidem cohærentem exceptionem etiam emptori nocere*, ainſi qu'il eſt dit, *in l.* 7, *ff. de exceptionibus rei cohærentes exceptiones etiam fidejuſſori competere.* Telle eſt l'ex-

BIU Cujas

ception *rei judicatæ, de dolo malo, de eo quod metus cauſa*, & autres ſemblables.

16 *An mala fides defuncti noceat hæredi, quominus, licet in bona fide ſit, præſcribat, agitat Fachin. lib.* 8, *cap.* 27, *controverſiar. juris*, où il tient, ſuivant la loi, *vitia, Cod. de acquir. poſſeſſ.* que *hæredi in bona fide exiſtenti, nocet mala fides defuncti*, & par conſéquent fait obſtacle à la preſcription : Parce que, dit-il, l'héritier repréſente le défunt, & eſt cenſé une même perſonne, d'où s'enſuit que la mauvaiſe foi du défunt paſſe à l'héritier, & que continuant en ſa perſonne, il ne peut pas preſcrire même par trente ans.

Vaſquius, lib. 2, *controverſ. illuſtrium, cap.* 75, eſt d'opinion contraire, parce que, dit-il, les loix qui déclarent que le vice du poſſeſſeur paſſe à l'héritier, ne ſe doivent entendre que lorſque pour établir la preſcription, l'héritier ſe veut ſervir de la poſſeſſion du défunt, *uti acceſſione temporis*, & joindre les tems. Il ajoute que ſi la mauvaiſe foi d'un détenteur eſt cenſée paſſer à ſon héritier, *hæc mala fides non eſt vera, ſed ficta*, parce qu'elle n'eſt qu'une ſuite d'une fiction précédente, en tant que l'héritier eſt réputé par la loi être une même perſonne. Or, quand le droit canon ne veut pas qu'étant en mauvaiſe foi on puiſſe preſcrire par quelque tems que ce ſoit, il faut l'entendre d'une mauvaiſe foi poſitive, certaine, véritable & non feinte. En un mot, qui bleſſe la conſcience & puiſſe cauſer la damnation ; car c'eſt le fondement de la diſpoſition canonique qui regarde le ſalut des ames. Cette raiſon & diſtinction eſt aſſez ſubtile.

Mais cette queſtion ſeroit inutile parmi nous qui 17
ſuivons le droit civil, par lequel non-ſeulement l'héritier, mais le premier détenteur peut preſcrire par trente ans ſans titre ni bonne-foi, *ne dominia rerum diu ſint in incerto*, & parce que cette poſſeſſion trentenaire fait préſumer le titre & la bonne-foi, quoiqu'il n'en paroiſſe rien. A plus forte raiſon ſi l'héritier eſt en bonne-foi & a juſte cauſe d'ignorance, la mauvaiſe foi du défunt ne lui peut pas nuire au cours de la preſcription ; mais ailleurs où la diſpoſition canonique a lieu, *in cap. ultimo de præſcription. in* 6, la queſtion eſt aſſez problématique.

Sur quoi il faut remarquer, que ſi le titre & fon- 18
dement de la poſſeſſion venoit à paroître, & qu'il ſe trouvât vicieux, en ce cas il feroit obſtacle à la preſcription, & détruiroit la préſomption qui réſulte d'une longue poſſeſſion. Et c'eſt pourquoi du Moulin dit en quelque endroit, que le titre étant vicieux il vaut mieux le ſupprimer & ſe tenir à la poſſeſſion : *utrum præſcriptio temporis hominum memoriam excedentis corruat, & vires amittat ſi conſtet. De titulo vitioſo vide Fachin. lib.* 8, *cap.* 33.

An civitas præſcribere poſſit rem alienam, quando 19
cives ab initio ſunt in mala fide, licet illis mortuis alii habeant bonam fidem. Idem. Fachin. lib. 8, *cap.* 25, c'eſt bien *idem populus, ſed fictione legis*, & partant ſi la même mauvaiſe foi continue, elle n'eſt pas poſitive ni réelle, mais dépend d'une fiction précédente.

OBSERVATIONS.

En quel cas le vice du vendeur nuit à la preſcription de l'acquéreur.

EN cet endroit l'auteur traite une queſtion importante, ſavoir ſi la mauvaiſe foi du vendeur nuit à l'acquéreur, & l'empêche de preſcrire par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens.

Notre auteur a déja parlé de cette queſtion dans ce livre 4 queſt. 19. Mais ici il la traite plus amplement ; il établit que le tiers acquereur peut preſcrire, quand il n'a point eu connoiſſance du vice de ſon auteur.

20 L'on diſtingue ordinairement entre le ſucceſſeur à titre univerſel, & le ſucceſſeur à titre ſingulier : le premier ne peut preſcrire, parce qu'il repréſente le défunt, & qu'il ſuccede à tous ſes défauts, *ſuccedit in vitia & virtutes*. L'autre au contraire ne ſuccede point au vice du vendeur, & par conſéquent la mauvaiſe foi de ſon auteur ne doit pas lui nuire. M. Lhommeau en fait deux maximes, au titre *des preſcriptions*, nomb. 249, & 250.

21 Il me ſemble que cette diſtinction n'eſt pas bonne. Je crois qu'il n'y a point de diſtinction à faire entre les qualités des ſucceſſeurs ; mais il faut diſtinguer ſi celui qui objecte la preſcription, veut ſe ſervir de la poſſeſſion de ſon prédéceſſeur. Pour lors la mauvaiſe foi de ſon auteur lui fait préjudice. C'eſt la diſpoſition de la loi Pomponius, 13, §. 1, *de ad. vel. amitt. poſſeſſ. Cum quis utitur adminiculo ex perſona auctoris, uti*
22 *debet cum ſua cauſa, ſuiſque vitiis.*

Cette régle doit être bornée à la preſcription de dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, dont la bonne-foi eſt l'ame ; mais elle ne doit pas être étendue à la preſcription de trente ans qui n'étoit pas connue du tems des juriſconſultes, & qui ne deſire ni titre, ni bonne-foi, & par conſéquent il eſt inutile de diſtinguer, ſi celui qui a commencé la preſcription étoit de bonne-foi.

Cette maxime peut être établie ſur la novelle 119, ch. 7, d'où eſt tirée l'autentique, *Malæ fidei, cod. de præſc. long. temp.* Dans ce ch. Juſtinien décide, que ſi le poſſeſſeur de mauvaiſe foi aliéne la choſe à l'inſçu du véritable prépriétaire, l'acquéreur de bonne foi peut preſcrire pendant dix ou vingt ans ; mais ſi le propriétaire n'a pas connoiſſance de l'aliénation, l'acquéreur ne peut preſcrire que par l'eſpace de trente ans. Par-là il décide que la preſcription de trente ans a lieu nonobſtant la mauvaiſe foi du vendeur, & la connoiſſance de l'acquéreur.

Notre

BIU Cujas

Notre auteur traite à la fin de ce livre la queſtion, ſi la preſcription de trente ans a lieu, quoique le poſſeſſeur ſoit de mauvaiſe foi, où je me réſerve à faire quelques obſervations.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LES diſtinctions dans la premiere obſervation ne ſont pas exactes.

1°. La diſtinction entre les ſucceſſeurs à titre univerſel, & les ſucceſſeurs à titre ſingulier eſt bonne. Les premiers ne peuvent pas preſcrire, ſi leur auteur étoit un poſſeſſeur de mauvaiſe foi. Cela ne ſouffre point de difficulté à l'égard de l'héritier; parce qu'il repréſente la perſonne du défunt: en effet cela eſt nettement décidé par le juriſconſulte Papinien dans la loi, *cùm hæres* 11, *ff. de diverſ. temp. præſcript. cùm hæres in jus omne defuncti ſuccedit, ignoratione ſua defuncti vitia non excludit, veluti cum ſciens alienum illum illo vel precario poſſedit.* Il y a là une faute, au lieu de *illum illo*, il faut mettre *vel vi*, ainſi que M. Cujas l'obſerve dans ſon commentaire ſur cette loi.

Mais la difficulté peut être à l'égard des autres ſucceſſeurs à titre univerſel, qui ne repréſentent pas la perſonne du défunt, comme les donataires & les légataires univerſels, & tous les poſſeſſeurs des biens à titre univerſel. Cependant il faut dire la même choſe à leur égard, qu'à l'égard des héritiers, ainſi qu'il eſt décidé dans la loi 14, § 1, *ff. de diverſ. temp. præſcr.* dans la loi 3. *Cod. commun. de uſucap.* dans la loi 11, *Cod. de acq. & ret. poſſeſſ.* & dans le § 12, aux inſt. *de uſucap.* C'eſt auſſi le ſentiment de M. Cujas ſur la loi 11, *de diverſ. temp. præſc.* ſur la fin.

2°. La diſtinction du poſſeſſeur qui veut ſe ſervir de la poſſeſſion de ſon auteur, ou de celui qui ne veut pas s'en ſervir, n'eſt pas bonne à l'égard de l'héritier; car quand il ne voudroit pas ſe ſervir de la poſſeſſion de ſon auteur, il ne pourroit pas preſcrire de ſon chef, ſi ſon auteur étoit un poſſeſſeur de mauvaiſe foi, ſuivant la doctrine de Cujas, ſur la loi *hæres* 43, *de uſucap.* & de Fachin, *controverſ. jur.* liv. 8, ch. 27.

3°. La diſtinction eſt bonne à l'égard du ſucceſſeur à titre ſingulier: il faut joindre à la loi *Pomponius*, qui a été citée, la loi *apud* 4, § 27, *de dol. & inſt. except. de autoris dolo exceptio emptori non objicitur; ſi autem acceſſione autoris utitur, æquiſſimum viſum eſt ei qui ex perſona autoris utitur acceſſione, pati dolum autoris.*

4°. Il faut dire la même choſe des donataires & des légataires particuliers; *an vitium autoris, vel donatoris, ejuſve qui mihi rem legavit, mihi noceat, ſi fortè autor meus juſtum initium poſſidendi non habuit, videndum eſt, & puto neque nocere, neque prodeſſe.*

5°. J'ai dit que la preſcription de 30 ans ne déſire ni titre, ni bonne-foi; cela eſt vrai: mais je n'ai pas cité les loix qui le décident, ainſi je crois le devoir faire ici.

Nous avons deux loix dans le code qui ſont préciſes pour cette queſtion. 1°. La loi premiere *de annal. except.* §. 1, *verſ. nemo*, dans laquelle l'empereur Juſtinien ordonne que toutes ſortes d'actions demeurent éteintes par l'eſpace de 30 ans, même l'action qui naît du larcin & de l'uſurpation par violence. *Nemo itaque audeat.... neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cujuſcumque perſonalis actionis vitam longiorem triginta annis interpretari.*

La ſeconde eſt la loi derniere, *unde vi*, où le même empereur décide la même choſe. Or, il eſt certain qu'un voleur & un raviſſeur ſont ſans titre & toujours dans la mauvaiſe foi: car leur injuſte poſſeſſion leur met toujours devant les yeux leur crime; cependant la loi a jugé à propos d'autoriſer une ſemblable preſcription, pour empêcher le déſordre & la confuſion dans la ſociété civile, qui ſeroit troublée par une recherche importune après un ſi long-tems, qui efface la mauvaiſe foi du poſſeſſeur, auſſi-bien que le défaut de ſon titre, & le vice de ſa poſſeſſion.

M. Chorier, dans la juriſprudence de Guy Pape, page 333, dans ſes notes ſur l'article 17, qui parle de la preſcription de dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, dit que cette preſcription n'a pas lieu en Dauphiné, que l'on n'y eſt aſſuré dans ſa poſſeſſion, que par celle de trente & quarante ans. J'avoue que j'ai été extrêmement ſurpris d'un ſemblable uſage reçû dans un parlement qui ſe picque d'avoir toujours été régi par le droit romain, comme le prouve M. Salvain, dans ſon traité de l'uſage des fiefs, chapitre premier, ſur la fin: Cependant il n'y a point de maxime plus certaine dans tout le droit, que celle qui établit la preſcription de dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, & cette maxime a paru ſi juſte & ſi utile, qu'elle a été embraſſée par toutes les nations; elle eſt devenue le droit commun de toute l'europe, elle eſt regardée comme la patrone du genre humain.

Revel, ſur les ſtatuts de Breſſe, dit qu'en Breſſe l'on ne reconnoît que la preſcription de 30 ans: mais Collet qui a écrit depuis lui ſur les mêmes ſtatuts, rapporte dans le livre 2, pag. 308 & 309, pluſieurs arrêts du parlement de Dijon, qui ont jugé, que dans cette province, & dans toutes celles de ſon reſſort, régies par le droit écrit,

BIU Cujas

la preſcription de 10 ans entre préſens, & 20 ans entre abſens, doit avoir lieu. Ces différens uſages m'obligent de renouveller encore ici mes vœux, afin qu'il plaiſe à Dieu d'inſpirer au roi de faire ceſſer le ſchiſme dans la juriſprudence, comme il a fait dans l'égliſe. La diverſité des ſentimens n'eſt pas moins dangereuſe dans l'une que dans l'autre; car ſi l'une trouble la conſcience, l'autre trouble le repos des familles; ſi l'une partage les cœurs, l'autre diviſe les eſprits; ſi l'une renverſe l'ordre de la hierarchie, l'autre gâte l'œconomie de l'état politique; enfin ſi l'un reſſent l'impiété & le libertinage, l'autre marque l'inconſtance & la légereté que l'on reproche à notre nation: mais je crains fort que mes vœux ne ſoient impuiſſans; car pour former un parfait légiſlateur, il faut un miracle, il faut trouver un homme conſommé dans la ſcience de la juriſprudence univerſelle, animé du zele de la juſtice, dégagé de toute paſſion, ſans prévention, ſans intérêt, ſans entêtement, ſans humeur, ſans amour-propre, qui n'ait en vue que le bien public, l'honneur de la nation, la gloire de ſon prince, & le repos de ſes concitoyens, en un mot, un véritable ſage, un vrai philoſophe, *veram philoſophiam, non ſimulatam affectantes, l.* 1, § 1, *ff. de Juſt. & Jur.*

DES INCENDIES.

QUESTION CENT-SOIXANTE-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Opinion d'André Gail, que c'eſt au propriétaire à établir que c'eſt par la faute du locataire que l'incendie eſt arrivé.*
2. *Récit du fait, qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Moyens du propriétaire.*
4. *Moyens du locataire.*
5. *Plaidoyer de l'auteur, à la fin duquel il conclut à ce que les parties ſoient miſes hors de cour.*
6. *Sentence du bailliage de Montbriſon, du 25 mai 1652, qui met les parties hors de cour.*
7. *Arrêt du 28 août 1654, qui condamne le locataire à la ſomme de quatre cent livres pour tous dépens, dommages & intérêts.*

QUESTION LXIII.

Vicinus an vicino de incendio teneatur?

Comme cette queſtion eſt aſſez amplement traitée par André Gail, & que nous prétendons nous ſervir de ſes raiſons, nous lui avons voulu donner le même titre qu'il lui donne au livre ſecond de ſes obſervations, au chap. 22.

Nous avons traité ailleurs, ſi le locataire peut être reſponſable d'un incendie, & s'il faut préſumer que c'eſt par ſa faute qu'il eſt arrivé, parce qu'en effet la loi dit qu'ils arrivent *plerumque culpa inhabitantium.* Mais encore que ce ſoit le plus ſouvent, ce n'eſt pas toujours, & ainſi la queſtion eſt conjecturale & dépend des circonſtances.

Néanmoins depuis nous avons vu ce qui en eſt dit & a été jugé au journal des audiences, ſçavoir, que la préſomption étant contre le locataire ou ſon domeſtique, *quorum culpam præſtare debet*, c'eſt à lui à vérifier que l'incendie a procédé d'ailleurs, & que c'eſt un cas fortuit, autrement qu'il en doit répondre.

L'Auteur que nous venons de citer a traité amplement cette queſtion, au chapitre précédent celui qui a été cotté. Il n'eſt pas de même ſentiment, & il tient au contraire que pour charger le locataire, il faut qu'on prouve qu'il y ait de ſa faute ou de ſes domeſtiques: même que pour fonder une condamnation ſur cette préſomption générale qui ſe tire de l'habitation, il faut établir la faute d'une perſonne certaine & déterminée, qu'autrement ſur l'incertitude il n'y peut écheoir condamnation, *quia ſententia debet eſſe certa, l. licet, § finali, ff. nautæ, caupones & ſtabular. & in § curare inſtitut. de actionib.* Ce qui nous ſemble pourtant plus ſubtil que ſolide, parce que le locataire demeurant reſponſable des ſiens, & chacun d'eux étant cenſé réſider en ſa perſonne, il y a une perſonne aſſez certaine contre laquelle on puiſſe donner la ſentence.

La même ſubtilité ſe rencontre en la diſtinction que le même André Gail fait après Salicet, que régulierement le pere de famille ne peut être reſponſable de la faute de ſes domeſtiques qu'à l'égard de la charge qui leur eſt commiſe, *circa officium ſibi commiſſum*, & pour l'emploi qu'il leur donne, & non pour les autres fautes qu'ils peuvent commettre hors leur charge. Par exemple, que ſi le valet d'étable y met le feu pour y avoir laiſſé une chandelle allumée, ou par quelque autre imprudence, ſon maître en doit répondre. Mais que ſi ce valet met le feu ailleurs que dans l'étable, le maître n'en eſt pas reſponſable, *quia extra officium ſibi deputatum deliquit, l. ſi vendita, ff. de periculo & commodo rei venditæ, & l. ſi ſervus ſervum, § ſi fornicarius, ff. ad l. Aquiliam.*

Mais comment eſt-ce qu'on pourroit ſçavoir l'emploi particulier que chaque domeſtique peut avoir, & encore moins qui d'eux à mis le feu, & en quelle façon. Si c'eſt dans ſon propre emploi ou non; vu même que le plus ſouvent les domeſ-

BIU Cujas

tiques eux-mêmes ne le ſçavent pas, ou s'ils le ſçavent, ils n'ont garde de le déclarer.

2 Or, pour venir à la queſtion propoſée, en voici une hypothèſe. Le dernier jour d'août 1651, le feu s'étant mis dans la maiſon du ſieur Philippes Charry, marchand de Montbriſon, & ayant conſumé partie de ſes bâtimens, il s'étendit dans ceux du ſieur Eſcotay, & en conſuma même une partie. Ledit ſieur Eſcotay prétendant qu'il avoit ſouffert ce dommage par la faute de Charry, ſe pourvut contre lui, & par la requête qu'il préſenta, conclud à ce qu'il fût condamné à le réparer. Et même enſuite de la permiſſion qu'il en obtint, il fit eſtimer les réparations par experts.

3 La cauſe ayant été plaidée le vingt-cinq mai mil ſix cent cinquante-deux avec aſſez d'appareil, maître Thomas Gonin, après avoir allégué les textes de droit qui pouvoient établir l'intention du demandeur, & quelques autorités qui la pouvoient confirmer, conclud à ce que le défendeur fût condamné en tous les dommages & intérêts ſoufferts par ledit demandeur, & aux dépens, ou en tout cas qu'il fût reçû à la preuve de ſes faits & autres qu'il pourroit articuler.

Ces faits conſiſtoient en ce que le défendeur avoit conſtruit un four dans ſa cour pour y refondre de la poix dans une chaudiere : que ce four n'avoit aucun fourneau ni cheminée pour recevoir la fumée du feu & de la poix bouillante dans la chaudiere. Que cette fumée comme elle étoit grande, pouvoit être agitée des vents qui la tranſportoient à la rue, que les voiſins s'en étoient plaints, à cauſe même de la puanteur qui les incommodoit. Que ce four & la chaudiere n'étoient qu'à neuf ou dix pas loin de la porte : qu'au-deſſus il y avoit des fagots & des bouillons de poix : qu'il n'y avoit pas trois ou quatre pieds de hauteur de la chaudiere aux fagots : enfin qu'elle n'étoit pas beaucoup éloignée de l'étable, où il y avoit quantité de foin, & que ceux que le défendeur avoit employés ce jour-là, étoient tous remplis de vin, & qu'à cauſe de cela le neveu du défendeur s'étoit offert d'aller coucher ſur le lieu pour y prendre garde.

4 Me Antoine Flachier, avocat du défendeur, ſoutint au contraire, qu'il n'y avoit point de texte formel qui pût fonder l'intention du demandeur. Qu'outre que les loix faiſoient diſtinction entre le propriétaire & le locataire : qu'outre qu'elles préſumoient plus favorablement pour le propriétaire, que pour le locataire, elles requéroient que la faute fût connue, & qu'elle fût telle qu'elle tînt lieu de dol ; parce qu'autrement ſi c'eſt par une faute legere, *venia indiget*, ainſi qu'il eſt dit *in l.* 11, *ff. de incendio & ruina*, où le juriſconſulte ajoute, *niſi tam lata culpa fuerit, ut luxuriæ aut dolo ſit proxima.*

Quant aux faits propoſés par le demandeur, on ſoutenoit que la chaudiere de la teneur de deux ou quatre ſeaux, étoit placée ſur une maçonnerie de pierre au milieu d'une cour aſſez vaſte & contre une muraille de vingt toiſes de hauteur, éloignée de la porte où le feu s'étoit d'abord allumé, de huit ou dix pas. Qu'il y avoit quinze ou vingt années que le défendeur avoit au même endroit pratiqué la même choſe ſans aucun péril : par conſéquent que le feu étant de la ſorte reſtraint *ne evagaretur*, les charbons n'en pouvant ſortir, ni la fumée qui s'évapore dans l'air, produire un incendie, il n'y avoit pas apparence d'en imputer la faute au défendeur, & qu'il falloit plutôt croire que la cauſe en étoit occulte.

Et partant auroit ledit Flachier conclud, à ce que ſans s'arrêter aux faits articulés, à la preuve deſquels comme impertinens & irrélevatoires, le demandeur ſeroit déclaré non-recevable, le défendeur fût délaiſſé de l'inſtance avec dépens.

Après que les avocats eurent plaidé, nous fûmes ouïs, & comme notre plaidoyer ſe trouve joint à la ſentence de ce ſiége, nous avons jugé à propos de l'inſérer ici pour plus grande intelligence du fait.

Henris, avocat du roi, pour le procureur du roi, a dit que la queſtion qui ſe préſente à juger 5
eſt véritablement du nombre de celles qui ſont conjecturales, & qui dépendent des circonſtances du fait ; c'eſt pour ce ſujet que ceux qui la traitent la propoſent d'abord pour douteuſe & difficile ; car de vouloir ſoutenir que régulierement, l'incendie d'une maiſon doit être imputée à ceux qui y demeurent, ſoit qu'ils ſoient propriétaires, ou qu'ils ne ſoient que locataires, c'eſt ce qui n'a point de fondement certain : la conſéquence en ſeroit dangereuſe, & bien ſouvent le maître d'une maiſon après l'avoir perdue & tous ſes meubles, ſeroit injuſtement puni d'un mal qu'il n'auroit pas fait, & ce ſeroit ajoûter affliction ſur affliction. Auſſi tous les textes que les avocats ont cottés ne diſent rien de précis, & il n'y en a pas un qui rende le propriétaire ou l'inquelin abſolument reſponſable d'un embraſement, s'il ne paroît qu'il ſoit provenu par ſa faute ou négligence, mais il faut que cette faute ſoit telle qu'elle tienne en quelque façon du dol : il eſt vrai qu'en la loi, 3, *ff. de officio Præfecti vigilum*, le juriconſulte ſemble établir pour regle, que *plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium* : mais outre qu'on peut expliquer cela plutôt des locataires que des maîtres & propriétaires, ainſi qu'il ſera dit ci-après ; & parce qu'en effet ceux-là ont toujours moins de ſoin & de précaution que ceux-ci. Toujours faut-il avouer que le juriſconſulte n'en donne point de regle aſſûrée : puiſqu'il dit que c'eſt *plerumque*, ce n'eſt pas toujours ; & ſi c'eſt le plus ſouvent, il ſe peut auſſi que quelquefois ils en ſoient exempts & que la cauſe provienne d'ailleurs. Or comme on préſume plutôt en bonne qu'en mauvaiſe part, & plus favorablement pour un propriétaire que pour un locataire ; auſſi faut-il inférer de-là qu'encore que le juriſconſulte ait dit que *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*, il ne s'enſuit pas qu'il le faille préſumer, & que la préſomption ſoit plutôt contre le propriétaire ou locataire que pour lui, ou que ſur ce ſimple ſoupçon on le doive condamner. Car quand même il y auroit lieu de préſumer contre lui, cette préſomption étant ſi vague & générale, ſeroit toujours trop foible pour y établir un jugement de condamnation ; & il faudroit de néceſſité y joindre d'autres conſidérations & en faire preuve. C'eſt parce qu'il ſe peut faire *quod incendium ſine culpa Patris-familias contigerit*, ainſi qu'il eſt dit en la loi, *ſi vendita ff. de periculo & commodo rei venditæ*, ou que s'il y a de ſa faute, elle ſoit ſi légere, qu'elle ne puiſſe pas lui être imputée, & l'obliger à réparer le dommage, ſuivant la doctrine formelle de la gloſe ſur le § *præterea inſtitut. quibus modis re contrahitur obligatio.*

Et fait encore pour cela la déciſion de la loi, *ſi quibus domum*, au § 3, *ff. locati.* Car encore qu'il eût été preſcrit par le bail aux locataires, *ut ignem innocentem haberent*, le juriſconſulte réſout pourtant qu'ils ne doivent pas répondre de l'incendie, s'il n'y a de leur faute : que ſi nonobſtant cette convention ou plutôt prohibition, *ne ignem innocentem haberent*, il faut qu'on montre que l'incendie ſoit arrivé *culpa conductoris*, il s'enſuit qu'on doit auſſi-tôt préſumer en ſa faveur qu'à ſon

BIU Cujas

préjudice. Que ſi par une loi ſubſéquente du même titre ayant été convenu *ne ignem haberet*, cela ſeul le rend reſponſable, c'eſt parce que *non debuit ignem habere*, & que y ayant contrevenu il eſt par ce moyen *in culpa* : mais cela ceſſant, & ne paroiſſant pas qu'on puiſſe blâmer le maître & propriétaire, le doute qu'on a, veut qu'on penche plutôt pour l'abſolution que pour la condamnation. Auſſi preſque tous nos interpretes qui ont traité cette queſtion, avouent qu'il n'y a point en droit de regle certaine pour la décider, & que ſa déciſion dépend des circonſtances du fait & des preuves qu'on peut faire ; outre les auteurs qu'on a cités, *Menochius de arbitrariis judiciis, caſu* 390, *Andr. Gaill. lib.* 2, *practicar. obſervat. cap.* 21, & après eux, *Fachineus lib.* 1, *cap.* 87, veulent qu'on s'arrête aux circonſtances ; & s'il en faut croire Chopin & d'autres modernes, preſque autant de fois que ce doute a été agité aux cours ſouveraines, les parties ont été miſes hors de cour & de procès, au défaut, comme il le faut croire, d'avoir pû montrer qu'il y eût de la faute de la part des locataires : que ſi après avoir fondé le ſentiment des étrangers, il faut voir quel eſt celui de nos praticiens, nous n'en avons point lû qui en ait parlé plus au long & plus pertinemment qu'Argentré. Quoique ce docte interprete de la coutume de Bretagne, ſur l'article 598, ſemble s'oppoſer à l'opinion plus commune, & tenir qu'on doit préſumer que l'embraſement a procedé par la faute de ceux qui habitent la maiſon : il n'en fait pas néanmoins une regle générale, il diſtingue en cela les propriétaires d'avec les locataires, & ce n'eſt que contre ceux-ci qu'il établit cette préſomption. Il ſe fonde ſur ce que le propriétaire baillant à louage ſa maiſon n'eſt plus obligé d'y prendre garde, & que même il ne le peut ; car encore qu'il en ſoit le maître, néanmoins s'en étant déſaiſi par le bail, le locataire lui peut dire qu'il n'y a rien plus à voir : c'eſt par cette conſidération qu'il conclut contre le locataire, & qu'il veut qu'en cas de doute, il réponde du dommage. Mais comme cette raiſon ne milite pas contre un propriétaire, la même préſomption ne peut avoir lieu contre lui ; & c'eſt ce que ladite coutume de Bretagne décide fort nettement en l'article qui a été cotté, qui porte que *quand le feu ard la maiſon d'aucun, & la maiſon d'un autre périt par le même feu, ſi lui ne ſes adherens ne lui mettent pas pour faire dommage à celui à qui elle eſt ou à autres, il n'eſt tenu à rendre aucun dommage.* Et même l'article précédent qui parle des locataires ne veut pas que la ſeule préſomption ſuffiſe, ſi l'on oppoſe des raiſons de fait contre lui. Il ne reſte donc qu'à examiner en cette cauſe ſi l'on articule quelque choſe qui preſſe, & qui puiſſe conſtituer en faute le défendeur, & le rendre reſponſable du mal que l'incendie de ſa maiſon a cauſé à un voiſin. Tout ce qu'on objecte au défendeur, c'eſt qu'il a fait fondre de la poix dans ſa maiſon, & que cela peut avoir cauſé le feu : Or eſt-il qu'on demeure d'accord, & que c'eſt choſe notoire qu'il y a longues années qu'il a fait la même choſe, ſans qu'il en ſoit arrivé aucun accident : il a été auſſi reconnu que le défendeur n'a fait fondre de la poix qu'au milieu de ſa cour, qu'on ſçait bien être aſſez vaſte ; que c'eſt dans un fourneau fait de pierre ou de brique, *ne ignis evagaretur* ; bref, que c'eſt dans une chaudiere poſée ſur cette maçonnerie, & dont la fumée & vapeur avoit aſſez de liberté pour s'évaporer. On ne juge donc pas que cela ſoit ſuffiſant pour inférer qu'il y a eu de la faute ou négligence trop craſſe de la part du défendeur ; & puiſque c'eſt lui qui a le plus perdu en cet accident, il y a auſſi moins d'apparence de rejetter ſur lui ce qu'un voiſin peut avoir ſouffert, & de ſe fonder pour cela ſur une conjecture ſi foible : & c'eſt pourquoi ſans engager les parties en de plus grands frais, & en des preuves fruſtratoires, eſtime ledit avocat du roi qu'il y a lieu de les mettre hors de cour & de procès.

Sur quoi par nous Croppet, Allard, du Roſier, Montagne & Pupier, il eſt dit que pour les dommages & intérêts demandés, & ſur le tout les parties ſont miſes hors de cour & de procès ſans dépens. Fait en jugement, les plaids tenans le ſamedi 25 mai 1652. 6

La cour pourtant a eu un ſentiment contraire, elle a jugé le procédé du défendeur ſuſpect, & qu'il pouvoit avoir cauſé l'incendie. Qu'il y avoit lieu de préſumer plutôt contre lui qu'à ſa décharge ; mais n'y ayant qu'une préſomption, la condamnation en devoit être plus douce & plus modérée.

Extrait des regiſtres du Parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre cour de parlement, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, ſalut. Sçavoir faiſons, que le jour & date des préſentes, comparans en notredite cour Jeanne Rivart, damoiſelle veuve & héritiere de défunt Jean Eſcotay, vivant écuyer, ſieur de la Poumiere, appellante de la ſentence rendue par le bailli de Forez, ou ſon lieutenant, le 25 mai 1652, d'une part ; & Philippes Charry, marchand de la ville de Monbriſon, intimé, d'autre part : oui les procureurs des parties : & vu par ladite cour ladite ſentence dont eſt appel, dudit jour vingt-cinquiéme mai 1652, donnée entre ledit Eſcotay, demandeur aux fins de la requête du douziéme ſeptembre 1652, d'une part ; & ledit Charry, défendeur, d'autre : par laquelle auroit été dit, que pour les dommages & intérêts demandé par ledit Eſcotay, à cauſe de l'incendie excité dans les bâtimens dudit Charry, le dernier jour d'Août audit an cinquante-un ; & ſur le tout, les parties miſes hors de cour & de procès, ſans dépens : Arrêt du dix-neuvieme juin 1654, par lequel, ſur ledit appel, les parties auroient été appointées au conſeil : cauſes d'appel, réponſes, productions des parties ; & tout conſidéré : NOTREDITE COUR, a mis & met l'appellation, & ce dont a été appellé, au néant ; émendant, condamne ledit Charry envers ladite Rivart en la ſomme de quatre cens livres tournois, pour tous dépens, dommages & intérêts. Si te mandons & commettons, à la requête de ladite Rivart, le préſent arrêt mettre à due & entiere exécution ſelon ſa forme & teneur ; de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris, en notre Parlement, le vingt-huitiéme jour d'août, l'an de grace mil ſix cent cinquante-quatre, & de notre regne le douziéme. Pour la chambre. *Signé*, DU TILLET. Et ſcellé. 7

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

L'AUTEUR a traité la même queſtion dans ce liv. 4, queſt. 87, où j'ai fait pluſieurs obſervations, que je ne répéterai point ici. J'obſerverai ſeulement, que les auteurs qui ont traité la matiere par rapport aux dommages & intérêts auxquels ſont tenus les propriétaires envers les voiſins, & les locataires envers les propriétaires, ſont cités par Cæpola, dans ſon traité *de ſervit. tract.* 2; ch. 44, nomb. 11.

A l'égard de la peine des incendiaires volontaires, il en parle auſſi au même endroit, nomb. 8, 9 & 10, & cite quelques auteurs. Boërius, queſt. 26, nomb. 17, en cite pluſieurs autres.

DE L'ESTIMATION DE L'HÉRITAGE DONNÉ EN DOT.

QUESTION CENT-SOIXANTE-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Quand un héritage eſt donné au mari en dot pour un certain prix, c'eſt une eſpéce de vente qui rend le mari propriétaire, à la charge de rendre le prix.*
2. *Cela dépend des termes dans leſquels eſt conçue la clauſe.*
3. *Clauſe du contrat qui donne lieu à la queſtion.*
4. *Raiſons & autorités, pour établir que dans l'eſpéce le fond eſt demeuré dotal.*
5. *Quand un pere donne des heritages à ſa fille en payement de ſa dot, il n'eſt point dû de lods.*
6. *Il faut dire la même choſe du bail en payement fait par le frere.*
7. *Trois effets ſinguliers de la vente faite* dotis causâ. *Le premier, la moindre léſion ſuffit pous reſcinder le contrat. Le ſecond, quoique le mari en cette occaſion paſſe pour acheteur, il peut être reſtitué. Le troiſiéme, en cas d'éviction, le profit, s'il y en a, appartient à la femme.*

QUESTION CLXIV.

S'il eſt abſolument véritable, que l'héritage conſtitué en dot, ou baillé en payement pour partie d'icelle, étant eſtimé, ſoit propre au mari.

1 C'EST une regle générale, que *æſtimatio facit venditionem*, & que comme le prix eſt de l'eſſence de la vente, il la fait auſſi préſumer aux choſes qu'on conſtitue à la femme : de ſorte que cette eſtimation fait, qu'appartenant au mari, il ne peut être tenu qu'à rendre le prix. C'eſt la diſpoſition du droit *in l. 5. C. de jure dotium*, où il eſt dit, que *quotiens res æſtimatæ in dotem dantur, maritus dominium conſecutus, ſummæ velut pretii debitor efficitur* : & c'eſt par cette raiſon qu'en la loi 10 du même titre, l'empereur donne *ex emto actionem*, bien que dès-lors le profit ou la perte ne regarde plus la femme, mais le mari. Ce que Juſtinien, *in l. unica*, § *nono*, ſur la fin, *C. de rei uxoriæ actione*, décide aſſez clairement, *æſtimatarum enim rerum*, dit-il, *maritus quaſi emptor & commodum ſentiat, & diſpendium ſubeat, & periculum expectet.*

2 Mais cette regle n'eſt pas pourtant ſi certaine, qu'elle ne ſouffre quelque exception, ſelon les termes auxquels la convention eſt conçue. Voici donc une eſpece particuliere qui eſt à préſent agitée à Saint-Bonnet-le-Châtel, & ſur laquelle on a voulu prendre notre ſentiment.

3 Un pere mariant ſa fille, lui conſtitue la ſomme de trois cens livres, & pour partie d'icelle, relâche à ſadite fille, & pour elle à ſon époux, un héritage pour la ſomme de cent cinquante livres, & promet payer le ſurplus au terme préfix. Ces termes, *à ladite épouſe, & pour elle audit époux*, ſont à peſer, ayant été répétés, & même étant dit ſur la fin, que le pere *s'en devêt au profit de ſadite fille*, ſans y joindre l'époux. Quelque tems après le mariage, le mari vend cet héritage : étant décédé, la femme en reclame & prétend le ravoir.

Il ſemble d'abord que y ayant eu une eſtimation, le fonds a été fait propre au mari, qu'il eſt cenſé l'avoir acquis pour ce prix, & par conſéquent, qu'il en a pû diſpoſer, ſauf à la femme à ſe faire payer du prix ſur les autres biens que le mari a laiſſés. Que ſi ce n'avoit été l'intention des parties, le fonds auroit été conſtitué purement & ſimplement, ou bien qu'on auroit ſtipulé qu'il demeureroit propre & dotal à la femme : mais que cela ceſſant, & y ayant eu une eſtimation, elle ne pouvoit être préſumée à une autre fin, que pour en charger le mari.

Mais au contraire, comme il eſt dit en la loi *ſi ego*, § *dotis autem cauſa, ff. de jure dotium, videndum eſt an ſtatim res efficiantur mariti, & tantum ſi ſic dentur ut fiant, effici mariti ;* auſſi s'enſuit-il que quand les termes marquent le contraire, ce qui a été baillé ne peut être cenſé appartenir au mari, que pour le droit que ſa qualité lui donne. Comme en cette rencontre, nonobſtant l'eſtimation, & après elle, il n'eſt pas dit que le fond eſt délaiſſé au mari, mais bien à la fille, & pour elle à ſon époux ; ce qui n'a pas été répété ſans cauſe, & fait voir, qu'encore qu'il ait été eſtimé, on a entendu qu'il de- 4

BIU Cujas

meurât à la femme, & que c'eſt pour elle que le mari en devoit jouir.

Le mari n'y eſt donc conſidéré que comme mari, & en tant que comme tel, il eſt maître des biens dotaux, y ayant en ce cas *duplex dominium* d'une même choſe, mais *diverſo reſpectu.* Mais les loix cottées & autres textes, qui ſuppoſent que l'eſtimation fait la vente, n'ont lieu que quand c'eſt au mari qu'on laiſſe les héritages, & que c'eſt pour lui & en ſon nom propre qu'il les prend, & non quand il les prend pour la femme. C'eſt une exception que Oldrade fait en ſon conſeil 245, comme lorſqu'on dit, *cede & remet auxdits mariés*, ou bien, *cede & remet à ladite épouſe, & pour elle au futur époux.*

De ſorte qu'il faut pour acquérir le fond au mari, que la remiſe & ceſſion ſoit pure & ſimple, qu'elle ne ſoit point mixte, parce qu'autrement ſi c'eſt à tous deux qu'on le remet, ou bien à l'épouſe, & pour elle à l'époux, le fond demeure dotal, ſelon Balde, en ſon conſeil 160, *quem ſequitur Tuſcus in verbo dos. conſil.* 758, *n.* 27 & 28 : ce qui eſt confirmé par *Berous, conſil.* 204 du volume premier, où il dit que le fond demeure dotal, ſi le mari l'a reçû, *uti conjuncta perſona ſuæ uxoris ;* & qu'en ce cas l'eſtimation eſt plutôt faite pour ſçavoir quel payement cela fait, & ce qui peut reſter de la dot. On cite pour ce ſujet la déciſion 1207 de Seraph. que nous n'avons point vû.

Mais ce qui nous confirme en cette opinion, c'eſt que ſur la fin du contrat il eſt dit, que *le pere ſe dévêt du fond au profit de la femme*, ſans qu'il ſoit parlé du mari, ce qui leve encore mieux le doute. Il faut donc inférer de-là, que le mari n'ayant pas été fait maître du fond, n'en ayant eu, à proprement parler, que l'uſufruit, il n'a pas pû le vendre, & que la femme, ou ſon héritier, le peut vendiquer : bref, que c'eſt une diſtinction qu'il faut remarquer, parce que c'eſt d'elle qu'il dépend de ſçavoir ſi le lods en eſt dû ou non, & ſi la valeur du fond étant plus grande pour le cours du tems, c'eſt au profit de la femme ou du mari.

Au reſte, quoique le pere, après la conſtitution faite en deniers, baille des fonds en payement, il n'en eſt point dû de lods. Mais pour le frere il y peut avoir plus de doute, parce que c'eſt *datio in ſolutum quæ æquipollet venditioni :* outre que les fonds ont changé de condition & de nature, *paterna eſſe deſierunt.* Et c'eſt par cette conſidération que d'Argentré, en ſon traité *de Laudimiis*, au ch. *de datione in ſolutum*, tient que le lod en eſt dû. Mais pourtant M. Charles du Moulin, le Papinien de notre juriſprudence Françoiſe, tient le contraire, & après lui *Ferrerius*, ſur la queſtion 48 de Guy Pape, où il en cotte des arrêts, tant du parlement de Paris, que de Toulouſe, & cite Papon & Carondas. Après quoi il ſemble que favorablement il s'en faille tenir là, & pancher plutôt pour la libération, que pour la condamnation. 5 6

Il faut encore remarquer, qu'encore que l'eſtimation des fonds baillés en dot, tienne lieu de vente, il y a pourtant trois différences notables *inter ſimplicem venditionem, & veditionem dotis cauſa :* elles ſont marquées par le docte Cujas, *lib.* 16, *obſervat. cap.* 18 & *lib.* 17, *cap.* 1, & après lui par *Ferrerius, tractatu de morib. cap.* 14. Au lieu qu'une vente commune n'eſt point reſcindée pour la vilité de prix, ſi elle n'eſt d'outre moitié, il ſuffit *in venditione dotis cauſa*, qu'il y ait une moindre vilité du prix, de ſorte que le mariage diſſous, c'eſt au mari à rendre le fonds, ou la juſte valeur, & à ſon choix, *l.* 12, § 1, *ff. de jure dotium*, ainſi que l'acheteur a le même choix. 7

En ſecond lieu, quoique le bénéfice de la loi ſeconde, *C. de reſcindenda vendit.* ne ſoit concédé qu'au vendeur, & non pas à l'acheteur, toutefois *in venditione dotis cauſa*, le mari peut reclamer s'il a été léſé, ſoit que la léſion ſoit grande ou légere, *l. ſi circumſcripta, C. ſoluto matrim. & l. ſi res*, §. 1, *ff. de jure dotium.* Enfin l'acheteur étant évincé, ſi le vendeur lui en a payé le double, cela demeure irrévocablement acquis au vendeur. Mais ſi l'héritage baillé en dot & eſtimé vient à être évincé, le mari en ayant le double, il ne gagne pas cela, & il le doit rendre à la femme, *quod æquius melius eſt.*

OBSERVATIONS.

S'il eſt dû un lod, quand l'héritage donné en dot eſt eſtimé.

L'auteur a traité la même queſtion ci-deſſus, liv. 3, queſt. 70, où j'ai fait les obſervations néceſſaires. J'ajouterai ſeulement ici, que j'ai cité du Moulin ſur le § 78 ; mais comme les docteur ne veulent reconnoître que l'édition de Buon, il faut remarquer que c'eſt ſur le § 56, queſt. 1, n. 41, de cette édition, qu'il traite la queſtion. Il ſoutient, qu'il n'eſt point dû de droits, quand la femme ſe conſtitue en dot un héritage, quoique cet héritage ſoit eſtimé, ſi ce n'eſt que le mari, ou ſes héritiers, après le mariage diſſout retiennent l'héritage pour le prix de l'eſtimation, *non ergo debebuntur laudimia, niſi in fine poſt ſolutum matrimonium conſummata venditione per electionem pretii.*

BIU Cujas

DE L'EXEMPTION DE LA TAILLE.

QUESTION CENT-SOIXANTE-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Il n'appartient qu'au roi d'accorder l'exemption de la taille.*
2. *Les habitans d'une paroiſſe ne la peuvent point accorder.*
3. *Sujet de la conteſtation, ſur laquelle les arrêts ſuivans ſont intervenus.*
4. *Arrêt de la cour des aides du 19 août 1629, qui ordonne que le ſieur Torilhon, médecin de la ville de Montbriſon, ſera impoſé au rôle des tailles, nonobſtant l'exemption à lui accordée par les habitans; & néanmoins les échevins, & habitans, de payer à ſa décharge les taxes pour leſquelles il ſera impoſé.*
5. *Arrêt du conſeil des finances, qui caſſe l'arrêt de la cour des aides, avec défenſes d'en donner de ſemblables, & audit Torilhon de s'en aider, à peine de mille livres.*

QUESTION CLXV.

Si le conſentement des habitans, pour exempter un médecin des tailles, eſt valable.

1 COMME il n'appartient qu'au roi d'annoblir, c'eſt à lui ſeul auſſi d'exempter des tailles. Il peut attribuer cette exemption aux offices que bon lui ſemble, & c'eſt une prérogative qui doit venir de ſa majeſté : autrement il y auroit de l'abus, & pluſieurs pourroient s'exempter induement par le pouvoir qu'ils ont ſur les lieux.

2 C'eſt donc un privilége qui ne dépend pas des habitans, & depuis que l'un d'eux eſt cottiſable, & qu'il eſt compris dans les rôles, ils ne l'en peuvent pas ôter. La conſéquence en ſeroit dangereuſe, auſſi-bien au préjudice des droits de ſa majeſté, que du public.

Lorſque les habitans d'une ville appellent ou arrêtent un médecin, lorſqu'ils l'engagent à s'établir dans leur ville, ils peuvent bien convenir avec lui de la récompenſe, & même lui donner des gages; mais ils ne peuvent pas lui promettre l'immunité des tailles. Nous ne ſuivons pas en cela le droit Romain, par lequel il étoit au pouvoir des décurions & échevins des villes de faire choix des médecins, & leur accorder des charges publiques, ainſi que font foi la loi premiere, *ff. de decretis ab ordine faciendis*, & plus expreſſément la loi cinquiéme, *C. de Profeſſorib. & medicis.* Mais parmi nous, outre que les médecins n'ont jamais eu ce privilége, il ne dépend pas des habitans, ni des échevins, & il n'y a que le roi ſeul qui le donne, ainſi que l'a fort bien remarqué M. le Bret, en ſon action 22.

3 Cela ſuppoſé, l'on remarquera que feu M. Pierre Torrilhon, docteur médecin, s'étant établi dans cette ville de Montbriſon, les habitans, pour l'y attacher encore mieux, & l'obliger à ſervir le public, les pauvres & les religieux mandians, avec plus de zele, lui accorderent l'exemption des tailles par des actes d'aſſemblées. En ayant joui quelque tems, comme une ville eſt compoſée de diverſes têtes & d'humeurs diverſes, quelques échevins ne laiſſerent pas de l'impoſer & même porterent les habitans à révoquer leur conſentement.

Le ſieur Torrilhon en ayant appellé à la cour des aydes, avec la clauſe ordinaire de converſion d'appel en oppoſition, il obtint un arrêt aſſez favorable, & pourtant équitable. La cour jugea bien qu'on ne l'avoit pas pû exempter & tirer des rôles; qu'il n'appartenoit qu'au roi d'affranchir un taillable & lui donner ce privilége : mais en obligeant les habitans de le comprendre en leurs rôles, & le taxer ainſi que les autres taillables, elle condamna leſdits habitans à payer ſes cottes annuellement, en ſorte qu'il en fût quitte.

C'eſt que la cour jugea, que cette exemption lui ayant été promiſe par forme de récompenſe, & pour l'obliger à s'établir dans leur ville, les habitans y devoient ſatisfaire par équipollence, en lui payant autant que ſes cottes monteroient; que c'étoit la même choſe que ſi la ville s'étoit obligée de lui donner quelques gages, ce qu'elle auroit pû faire valablement.

Néanmoins les habitans en ayant reclamé, & s'étant pourvus au conſeil, ils obtinrent un arrêt contraire, & en termes aſſez rudes, & depuis le différend s'accommoda par quelque tempérament.

Extrait des regiſtres de la cour des aydes.

4 LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre cour des aydes, ou autre notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, ſalut : Comme ce jourd'hui vu par notredite cour l'inſtance pendante en icelle, entre M. Pierre Torrilhon, docteur en médecine, demeurant en la ville de Montbriſon, appellant de la taxe & impoſition faite de ſa perſonne aux rôles des tailles de ladite ville en l'année 1628 & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, & demandeur en lettres de converſion d'appel en oppoſition, ſuivant la clauſe appoſée par ſes lettres de relief du 19 mai audit an 1628, d'une part : Et les échevins de ladite ville de Montbriſon, intimés & défendeurs, d'autre : Et encore entre leſdits échevins, manans & habitans de ladite ville

BIU Cujas

de Montbrison, demandeurs en lettres en forme de requête civile, contre l'arrêt du dernier novembre 1624, d'une part : & ledit Torrilhon, défendeur, d'autre : L'arrêt rendu en icelle le 20 jour de septembre 1628, par lequel notredite cour, suivant le réglement général sur ledit appel, étant au rôle ordinaire, auroit appointé les parties au conseil, bailler causes & moyens d'appel dans huitaine, & produire pardevers elle dans autre huitaine, tout ce que bon sembleroit auxdites parties, pour leur être fait droit : Causes d'appel de l'appellant : Réponses à icelle desdits intimés : Productions desdites parties : autre arrêt du 14 mars 1629, par lequel notredite cour, sur l'instance des lettres, auroit appointé les parties au conseil, bailleroient les demandeurs leurs moyens de requête civile, le défendeur, ses réponses, produiroient respectivement ce que bon leur sembleroit, joint les fins de non valoir dudit Torilhon, qui étoit que ledit arrêt avoit été donné du consentement desdits demandeurs, & par eux exécuté, & que six mois passés l'on n'étoit plus recevable, & autres moyens qu'il fourniroit dans trois jours, & défenses au contraire desdits demandeurs, qui étoient qu'il s'agissoit d'une communauté d'habitans, laquelle étoit toujours restituable, ainsi que des mineurs & autres, qu'ils bailleroient aussi dans trois autres jours, sur lesquelles seroit préalablement ou autrement fait droit, & le tout joint à l'instance desdites parties, pour être le tout conjointement ou séparément ainsi que de raison, ledit arrêt du dernier novembre 1624, lesdites lettres en forme de requête civile du 3 mars 1629 : Requête à fin d'entérinement d'icelles : Requête dudit Torrilhon employée pour plus amples fins de non-recevoir, outre celles par ci-dessus par lui proposées : Requête desd. échevins, manans & habitans de Montbrison, contenant acte de ce qu'ils employent le contenu en icelle, & ladite requête civile pour tous moyens de requête civile, ensemble pour toute production en ladite instance, ce qu'ils avoient écrit & produit en l'instance principale : Réponses dudit Torrilhon audit emploi des moyens de requête civile, production par lui faite en ladite instance : Arrêt du quatriéme jour d'avril 1629, par lequel auroit été ordonné que les productions faites par lesdites parties esdites instances leur seroient communiquées, pour contre icelles bailler contredits & salvations dans le tems de l'ordonnance : Contredits par eux respectivement fournis : Salvations dud. Torrilhon : Conclusions de notre procureur-général, & tout considéré : NOTREDITE COUR, ayant égard aux lettres en forme de requête civile, & icelles entérinant, a remis les parties en tel état qu'elles étoient auparavant l'arrêt dont est question, & faisant droit sur l'instance principale a mis & converti l'appel en opposition; & sans s'arrêter à ladite opposition, ordonne que ledit Torrilhon sera imposé aux rôles des tailles de ladite ville, tant & si longuement qu'il y sera demeurant : Condamne néanmoins lesdits échevins, manans & habitans de ladite ville de Monbrison de payer à sa décharge les taxes esquelles il sera imposé aux rôles des tailles, tant & si longuement qu'il fera service à ladite ville, comme il a fait ci-devant, que les deniers qu'il a été contraint payer pour sesdites taxes lui seront rendus par les échevins, manans & habitans, par les mêmes voies qu'il a été contraint, condamne en outre lesdits habitans & échevins en la moitié des dépens : Si te mandons qu'à la requête dudit Torrilhon, appellant, tu mettes le présent arrêt à due & entiere exécution, selon sa forme & teneur, contraignant à ce faire & souffrir tous ceux qu'il appartiendra, par toutes voies dûes & raisonnables, de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notre cour des aydes, & prononcé ce dix-neuviéme jour d'août, l'an de grace mil six cent vingt-neuf, & de notre regne le vingtiéme.

Extrait des regîstres du conseil.

Sur la requête présentée au roi en son conseil par les habitans de la ville de Montbrison, tendante à ce que sans avoir égard à l'arrêt de la cour des aydes de Paris, du 9 août 1629, ordonner que maître Pierre Torrilhon, soi-disant médecin, natif de Crapone, distant dudit Monbrison de quatre lieues, sera mis & imposé purement & simplement aux rôles des tailles de ladite ville, comme l'un des habitans contribuables auxdites tailles d'icelle ville, & ce faisant décharger lesdits supplians de la garantie en laquelle ils sont condamnés envers ledit Torrilhon par ledit arrêt, ou que du moins pour le voir ainsi dire, si faire se doit, ordonner que ledit Torrilhon sera assigné au conseil dans tel délai qu'il plaira à sa majesté; & cependant faire défenses d'exécuter ledit arrêt de ladite cour des aydes du 29 août 1629 : Vû ladite requête signée de la Planche, avocat au conseil : Acte d'assemblée faite par les échevins, manans & habitans de ladite ville de Montbrison, du 30 mars 1628, par lequel lesdits habitans entre autres choses ont révoqué & révoquent tous consentemens & exceptions qui pourroient avoir été prêtés au profit dudit Torrilhon, & donnent charge & pouvoir auxdits échevins de cotiser ledit Torrilhon pour son vaillant, ainsi que les autres habitans, à peine de répondre en leurs noms des surtaux qui pourroient survenir avec raison de ce : Autres actes de révocations faits par lesdits échevins & habitans dudit Montbrison, du 14 novembre 1630, signifiés audit Torrilhon le 24 décembre audit an : Copie dudit arrêt de ladite cour des aydes de Paris du 19 août 1629, par lequel ayant égard aux lettres de requête civile, & icelles entérinant, a remis les parties en tel état qu'elles étoient auparavant l'arrêt dont est question, & faisant droit sur l'instance principale, a mis & converti l'appel en opposition, & sans s'arrêter à ladite opposition, ordonne que ledit Torrilhon sera imposé aux rôles des tailles de ladite ville, tant & si longuement qu'il y sera demeurant, condamne néanmoins lesdits échevins, manans & habitans de ladite ville de payer à sa décharge les taxes esquelles il sera imposé aux rôles des tailles, tant & si longuement qu'il fera service à ladite ville, comme il a fait ci-devant, & que les deniers qu'il a été contraint payer pour lesdites taxes lui seront rendus par lesdits échevins, manans & habitans, par les mêmes voyes qu'il a été contraint, condamne en outre lesdits échevins & habitans en la moitié des dépens : édit du roi portant réglement & retranchement des exempts des tailles, avec l'arrêt de vérification d'icelui en la cour des aydes de Paris, du 19 décembre 1614, oui le rapport de ladite requête fait par le commissaire à ce député, & tout considéré : LE ROI EN SON CONSEIL, ayant égard à ladite requête, a cassé, révoqué & annullé l'arrêt de ladite cour des aydes, du 19 août 1629, & fait inhibitions & défenses à la cour de plus donner de semblables arrêts, & audit Torrilhon de s'en aider, à peine de mille livres. Fait au conseil d'état du roi, tenu à Monceaux le 27 août 1631. *Signé*, LE RAGOIS, & dûement scellé de cire jaune à simple queue.

OBSERVATIONS.

BIU Cujas

NOUVELLES OBSERVATIONS.

L'AUTEUR établit dans cette queſtion, qu'il n'appartient qu'au roi ſeul d'accorder l'exemption des tailles, & que les habitans d'une ville ne peuvent l'accorder; ainſi nonobſtant la convention faite avec le ſieur Torrilhon, médecin, qu'il ſeroit exempt de la taille, la cour des aydes ne laiſſa pas, par l'arrêt rapporté par l'auteur, d'ordonner qu'il ſeroit impoſé au rôle des tailles: mais en même-tems cet arrêt condamne les échevins & habitans de Montbriſon, de payer à ſa décharge les taxes auxquelles il ſera impoſé, & que les deniers qu'il avoit été contraint de payer lui ſeront rendus.

Cet arrêt eſt très-équitable: car d'un côté il conſerve les droits de l'autorité royale; de l'autre il punit la perfidie des habitans, qui au préjudice de la convention par eux faite ou leurs auteurs, avoient impoſé ce médecin à la taille. L'on peut dire de ce jugement, comme de celui de Céſar, quant l'équité l'auroit prononcé, elle n'auroit pû prononcer avec plus de ſageſſe. Cependant l'auteur rapporte un arrêt du conſeil des finances, qui a caſſé l'arrêt de la cour des aydes, & fait défenſes d'en donner de ſemblables, & au ſieur de Torrilhon de s'en aider, à peine de 1000 livres.

Si je voulois en cela ſuivre l'exemple de mon auteur, qui cherche toujours à juſtifier tous les arrêts, je dirois que le conſeil n'a pas voulu autoriſer une convention contraire aux droits du roi, & qu'il a jugé que cette convention n'étoit pas valable & ne pouvoit produire aucun effet, ſuivant la loi 38, *de pact. jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt.* Mais je crois qu'il eſt plus à propos de remarquer, que l'arrêt du conſeil eſt par défaut, & qu'ainſi l'on ne doit pas y faire grande attention.

L'auteur cite M. le Bret, art. 22, qui établit qu'au roi ſeul appartient d'accorder l'exemption des tailles, & qu'il ne dépend pas des échevins ni des habitans de l'accorder. Mais ce magiſtrat dit, que ſuivant ſes concluſions, il fut ordonné, que le médecin demeureroit compris au rôle des tailles, comme les autres contribuables; & néanmoins eû égard aux ſervices par lui rendus, & tant qu'il continueroit, qu'il ne pourroit être taxé plus haut qu'à 60 livres: cela fut ainſi ordonné par arrêt du mois d'août 1595.

Il faut diſtinguer entre l'exemption entiere de la taille, & l'abonnement à une certaine ſomme médiocre. Il n'y a que le roi qui puiſſe accorder la premiere; mais les habitans en corps peuvent convenir d'une certaine quotité en faveur des perſonnes qui rendent ſervice à la paroiſſe, laquelle il ne leur eſt pas permis d'augmenter dans la ſuite, ainſi qu'il a été jugé en faveur d'un médecin, contre les habitans de Montfort, par arrêt du 7 décembre 1629, rapporté par M. Bardet, tom. 1, l. 3, ch. 69.

Voilà pour ce qui concerne la taille; mais à l'égard de la collecte, M. le Bret, au même endroit, dit que les médecins en ſont exempts. Dans l'action 50, il établit, que les avocats ſont exempts de la collecte; il dit que cela fut ainſi jugé par un arrêt du mois d'avril 1595.

Parmi les plaidoyers de M. de Fourcroy, il y en a un pour l'exemption d'un médecin, de la collecte. Par l'arrêt qui intervint en 1657, la ſentence qui avoit déchargé le médecin, fut confirmée.

L'on oppoſoit à M. de Fourcroy un arrêt qui avoit condamné un avocat à faire la collecte; il ſe défend contre ce préjugé d'une maniere fort ingénieuſe. Ce plaidoyer juſtifie la comparaiſon que l'on a faite dans le tableau des avocats de M. Fourcroy, avec Demoſthéne; il avoit la préciſion & la véhémence de cet orateur, & il avoit par-deſſus lui, la ſcience d'un grand juriſconſulte; en ſorte que ſi par rapport à ſon éloquence mâle & fervente il a mérité d'être comparé à Démoſthéne, il mérite auſſi par rapport à la ſcience du droit, d'être comparé à Papinien. Je dois cette juſtice à ſon mérite & à la reconnoiſſance des bons avis qu'il m'a donné, quand je ſuis entré dans cette noble carriere.

En Languedoc l'on ne peut faire aucune convention pour empêcher que la taille ne ſoit payée au ſol la livre, ſuivant les arrêts de la cour des aydes de Montpellier, rapportés par M. Philipi, chap. 13, la raiſon eſt qu'en Languedoc la taille eſt réelle.

BIU Cujas

DES SOCIÉTÉS, SI LE CHEF PEUT OBLIGER LES AUTRES.

QUESTION CENT-SOIXANTE-SIXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Par la disposition du droit, un associé ne peut obliger les autres que pour les choses qui concernent la société.*
2. *Différence entre la société, & la communauté conjugale.*
3. *Par les coutumes de Berry, de Bourbonnois & de Nivernois, le chef de la communauté oblige tous les autres.*
4. *Sujet de la contestation.*
5. *Sentence du bailli de Montbrison, qui juge que le chef de la communauté ne peut obliger les autres.*
6. *Moyens d'appel du créancier.*
7. *Moyens des associés.*
8. *Par l'arrêt intervenu sur l'appel, la sentence fut infirmée.*
9. *Avis & raisons de l'auteur, pour établir que le chef de la société peut obliger tous les autres.*
10. *Limitation, s'il paroît par l'acte que c'est pour ses affaires particulieres.*
11. *Il n'en est pas de même des communautés publiques* universitatis, *le chef ne les peut obliger, qu'il ne justifie de l'emploi des deniers.*
12. *Les parens d'un mineur peuvent décharger un tuteur de faire inventaire, & consentir que la société continue entre le tuteur & le mineur.*
13. *Arrêt du 5 juin 1655, qui juge que le chef de la communauté avoit pu obliger tous les associés.*
14. *Le moindre des associés peut obliger les autres, quand il contracte au nom de la compagnie.*
15. *Le consentement des parens de continuer la société entre le tuteur & l'enfant posthume son frere son associé, ne peut pas faire valider la continuation de la société.*
16. *Espéce, sur laquelle l'arrêt qui suit est intervenu.*
17. *Arrêt du 17 janvier 1689, qui a jugé la question.*
18. *Eloge de Messieurs de Séve.*

QUESTION CLXVI.

Du maître & chef de la communauté, & s'il peut obliger valablement ses associés.

1 EN la loi *ex alienum, ff. pro socio*, il est dit que *ex alienum quod manente societate contractum est, de communi solvendum est.* Mais cela se doit entendre des dettes qui ont été contractées pour le fait de la société, autrement elles ne regardent que celui qui les a faites. Parce que, *jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt*, ainsi qu'il est dit *in leg.* 82, au même titre. Et c'est par cette loi que la précédente se doit expliquer, parce qu'en un mot il faut que ce qu'on emprunte soit *in commodum societatis*, & que l'emploi soit commun. Autrement il seroit au pouvoir d'un des associés de ruiner ses compagnons, & ce seroit une ouverture à beaucoup de fraudes.

2 C'est la différence qu'il y a entre la société commune & la conjugale. En celle-ci, ainsi que l'a remarqué M. Loüet en la lettre S, nombre 13, le mari est maître de la communauté, il s'en peut jouer, il peut disposer absolument des effets communs, les perdre & les dissiper, la femme n'en peut pas reclamer, & n'a que le choix de s'y tenir ou de renoncer.

On peut pourtant inférer de-là que par la même raison le chef & maître de la communauté peut valablement obliger les autres, & que ce qu'il fait, emprunte, ou consent en cette qualité, est censé fait *in rem societatis*, & pour le bénéfice d'icelle. Que ce n'est pas à ceux qui contractent avec lui de s'enquérir de l'emploi, & que c'est assez qu'ils le reconnoissent pour le chef de cette communauté, & comme tels qu'ils contractent avec lui. Que ses associés se doivent imputer à faute de l'avoir choisi pour chef, & de lui avoir confié le régime de leurs biens communs.

C'est la disposition du droit *in l.* 14, *ff. de pactis*, où Ulpian dit, que *magistri societatum pactum & prodesse & obesse constat*, & c'est de cette loi que monsieur le président Lizet a tiré l'article 22 du titre 8 de la coutume du Berri, qui porte que les contrats faits par les maîtres & principaux gouverneurs de compagnie ou communauté sont bons & valables, non-seulement à l'égard des contractans, mais aussi à l'égard de leurs compagnons ou associés, auxquels lesdits contrats préjudicient, & les obligent effectuellement. Ce que la coutume de Bourbonnois décide pareillement en l'article 268, & encore celle de Nivernois en l'article 5 du chap. 22, sur lequel le judicieux Coquille a fait un commentaire remarquable. 3

Ce point fut agité en ce siége il y a quelques an- 4

BIU Cujas

nées, entre un nommé Gagnon, & les perſonniers David de la paroiſſe d'Arfeuilles. Jean du Verger étant entré dans la communauté des David, comme gendre, & pour avoir épouſé la fille ou la veuve d'un des perſonniers, en prit le régime. Etant donc reconnu pour chef & maître de la ſociété, il conſentit diverſes obligations, & même au profit dudit Gagnon, en cette qualité de chef & maître. Gagnon ayant voulu être payé, & ayant fait ſaiſir des effets de la communauté, les perſonniers David s'oppoſerent, & voulurent le renvoyer ſur Jean du Verger. Lui ſoutint au contraire, que l'obligation du chef de la communauté comprenoit tous les aſſo-
5 ciés, & qu'étant cenſés tous obligés, il avoit bien pû faire ſaiſir des effets communs. Par ſentence de ce ſiége, l'exécution eſt révoquée, ſauf à Gagnon à ſe pourvoir contre ledit Jean du Verger.

6 Gagnon ayant appellé à la cour, il pouvoit alléguer la loi 14, *ff. de pactis*, & les articles que nous avons cottés des coutumes de Berri, de Nivernois, & de Bourbonnois. Il pouvoit ajouter ce qui eſt dit *de inſtitore in l.* 29, *ff. de rebus creditis*, ſçavoir que comme en prépoſant un facteur on lui donne un pouvoir d'agir, & qu'en cette qualité *ineſt mandatum*, de même lorſqu'un des aſſociés eſt fait chef & maître de la ſociété, tous les autres ſont cenſés par cette nomination lui donner un pouvoir général, en telle ſorte que ce qu'il fait après eſt réputé fait par tous, *quaſi juſſu omnium contrahatur à quibus præpoſitus ſit.*

Il pouvoit encore alléguer ce qui eſt dit *in l. jure proviſum C. de fabricenſibus*, qu'en ſemblables cas, & entre perſonnes qui ſont liées, *quod ab uno committitur, id totius delinquitur periculo numeri, & unius damnum ad omnium tranſit diſpendium.* Lors même que c'eſt le chef qui contracte, parce qu'autrement on ſeroit trompé, ſi les autres le pouvoient déſavouer, & n'accepter que ce qui leur ſeroit avantageux.

Qu'en vain ils vouloient faire croire que Jean du Verger n'étoit pas vrai aſſocié, parce que ſans entrer en cet examen il ſuffiſoit que les autres aſſociés l'ayent reconnu pour chef & maître de la communauté, & qu'en pluſieurs actes faits avec eux, il ſoit qualifié tel, ſans qu'ils s'y ſoient oppoſés, ni fait la moindre proteſtation.

Bref, ledit Gagnon pouvoit dire, que ſi en la loi troiſiéme, *ff. de Senatuſconſ. Macedoniano*, il eſt dit, que *ſi qui patrem-familias eſſe credidit, non vana ſimplicitate deceptus nec juris ignorantia, ſed quia publicè paterfamilias pleriſque videbatur, ſic agebat, ſic contrahebat*, le ſenatuſconſulte ne peut avoir lieu. A plus forte raiſon faut-il dire, qu'un créancier qui a contracté avec celui qui étoit reconnu pour chef de ſa communauté de tous les voiſins, & de ſes aſſociés, *qui ſic agebat, ſic contrahebat, ſic muneribus fugebatur*, a pû s'aſſurer ſur ſon obligation, & croire qu'elle ſeroit commune aux autres.

Que c'eſt aux aſſociés à s'imputer à faute s'ils ont fait un mauvais choix, *quoniam ſibi imputare debent qui eum præpoſuerunt*, ainſi qu'il eſt dit ſur la fin de la loi 7, *ff. de inſtitoria actione.* Ou bien ſi ayant reconnu ſon mauvais ménage, ils ne l'ont pas révoqué, & fait ſçavoir au public, ſuivant le conſeil que donne le juriſconſulte, *in l. ſed ſi § de quo palam*, au même titre *de inſtitoria*, où il veut qu'on publie, & qu'on rende notoire à tous, *de quo pa-*
7 *lam proſcriptum fuerit, ne cum eo contrahatur.*

Les perſonniers David pouvoient au contraire ſoutenir, qu'encore que le pouvoir d'un maître & chef de communauté ſemble général, & qu'il ſe puiſſe dire procureur des autres *cum libera*, & par conſéquent les puiſſe obliger, il y faut pourtant apporter quelque tempérament, ainſi que remarque Coquille ſur la coutume de Nivernois; ſçavoir, que non-ſeulement il contracte en qualité de chef & maître, mais encore que ce ſoit pour choſe qui regarde la communauté, & le fait d'icelle; que cela ceſſant, il n'oblige que lui ſeul & non les autres.

Ils pouvoient alléguer pour cela la loi *quicumque*, § *non tamen*, *ff. de inſtitoria*, où le juriſconſulte décide en cas pareil, que le facteur ne peut obliger ſon maître qu'en ce qui dépend de ſa commiſſion. *Non tamen*, dit-il, *omne quod cum inſtitore geritur, obligat eum qui præpoſuit, ſed ita ſi ejus rei gratia cui præpoſitus fuerit cuntractum eſt, id eſt dumtaxat in id ad quod eum præpoſuit.* Ce qui eſt encore décidé *in l. ultima*, *ff. de exercitoria actione*, en ces termes: *ita illud exigendum ut ſciat creditor ſe credere cui rei magiſter quis ſit præpoſitus.* Et encore au § dernier de la même loi, il eſt dit que ſi le créancier ne doit pas s'attacher à l'emploi des deniers, il doit pourtant ſçavoir la cauſe du prêt, à quel ſujet il ſe fait, *& ſi neceſſaria ſit mercis comparatio cui emendæ ſervus præpoſitus ſit.*

Ils pouvoient enfin alléguer la loi *creditor*, § *Lucius*, *ff. mandati*; car en l'eſpece de ce §, *Lucius* avoit donné à ſon frere un pouvoir de vendre & d'acheter, de négocier & de s'obliger; en un mot auſſi ample & étendu qu'on le pouvoit deſirer. En voici les termes: *Concedo tibi de omnibus meis ut vis negociari, ſive vendere vis, ſive paciſci, ſive emere, ſive quodcumque operari, ut domino omnium meorum, me omnia firma eſſe à te facta exiſtimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem.* Mais quelqu'étendue que ce pouvoir eût, le juriſconſulte répond, que ſi le frere *non adminiſtrandi animo, ſed fraudulenter alienaſſet*, l'autre étoit cenſé, *quatenus res ex fide agenda eſſet, mandaſſe.* En conſéquence de quoi les aſſociés pouvoient inférer que c'étoit au créancier à montrer que le prêt ait été employé au profit de la communauté, & que ce fût pour les affaires d'icelle, ſuivant l'arrêt rapporté par M. Loüet en la lett. S. nomb. 13.

Nonobſtant ces raiſons & autres qu'ils ont pû déduire à la cour, la ſentence de ce ſiége a été infirmée, & l'exécution faite à la requête de Gagnon, confirmée avec dépens. La cour ayant jugé que le chef & maître de la ſociété, & pour tel reconnu, avoit pû obliger ſes compagnons: ce qui nous ſemble fort juſte, quelque reſtriction & modération que Coquille y veuille apporter. 8

Et à cela ne peuvent faire obſtacle les textes tirés *de lege exercitoria & de lege inſtitoria*; car ſi ces loix obligent le créancier, non pas à veiller à l'emploi des deniers: mais à s'informer de la deſtination, & ſi la cauſe en eſt néceſſaire: c'eſt parce qu'il ne s'agit que d'un emploi ſeul & ſingulier, que d'une négociation particuliere; & parce qu'en un mot le prépoſé n'étant prépoſé que pour un miniſtere certain & limité, il eſt aiſé de ſçavoir, ſi c'eſt pour s'acquitter de ſa charge & commiſſion qu'il emprunte les deniers, ou ſi c'eſt pour fourber ſon maître. 9

Ces textes ne peuvent donc pas s'appliquer à une négociation générale, à une ſociété de tous biens, & qui s'étend à diverſes affaires. N'y ayant donc rien de limité, l'emploi étant vague & indéfini, il ne peut pas être au pouvoir d'un créancier de ſçavoir au vrai la cauſe du prêt, & ſi elle eſt néceſſaire.

Il lui ſuffit de ſçavoir que celui auquel il prête eſt le chef & le maître d'une communauté, & qu'il a la direction de tout ce qui la regarde. Que comme il peut vendre, il peut acheter & s'obliger

BIU Cujas

pour cela, ſans que le créancier ſoit obligé de s'enquérir, ſi c'eſt pour payer les charges, & ſi ce chef eſt bon œconome ou non.

Et tant s'en faut que la loi derniere, *ff. quod cum eo qui in aliena, &c.* faſſe contre le créancier qui a prêté ſes deniers de bonne-foi, qu'au contraire elle décide ce point à ſon avantage : car en l'eſpece de cette loi, Titianus avoit propoſé ſon ſerviteur pour prêter l'argent de ſon maître & prendre des gages : ce valet outre cela avoit accoutumé de ſe charger envers des marchands du prix de l'orge qu'ils vendoient, & de le payer pour les acheteurs, c'eſt-à-dire, qu'il ſe mêloit de plus que d'une choſe, mais s'étant depuis abſenté, l'un de ces marchands, auxquels il avoit promis de payer le prix de ſon orge, en fait demande au maître : le maître ſe défend, & ſoutient que ſon ſerviteur n'avoit pas eu cette charge & commiſſion, *quia non in eam præpoſitus fuiſſet.*

Mais comme il y avoit preuve qu'il avoit fait pluſieurs autres choſes, même loué des greniers & payé les grains achetés ; comme il étoit à croire ſon maître l'avoit bien ſçu & ſouffert, le maître fut condamné. En ayant appellé, le juriſconſulte Paul n'eſtimoit pas qu'il eût été bien jugé, qu'en cela le ſerviteur avoit fait une eſpece de fidejuſſion ; & que comme il n'avoit rien fait pour ſon maître, en répondant pour autrui, il n'avoit pas pû l'obliger : néanmoins parce qu'on demeuroit d'accord que le ſerviteur n'avoit rien fait que ſon maître n'eût fait, & dont il ne ſe fût mêlé : Bref, parce que ſon miniſtere n'avoit pas été limité, que ſon emploi s'étoit étendu à plus que d'un négoce, l'empereur confirma la ſentence du premier juge : *ſed quia videbatur in omnibus eum ſuo nomine ſubſtituiſſe, ſententiam confirmavit Imperator.* C'eſt ce qu'on peut appliquer au chef d'une communauté, parce que ſes aſſociés *eum in omnibus ſuo nomine ſubſtituiſſe videntur.*

On peut objecter, qu'en l'eſpece de l'arrêt rapporté par M. Loüet, à l'endroit déja cotté, c'étoit un maître & chef de la ſociété qui s'étoit obligé, & que c'étoit dans la coutume de Berry, qui donne ce pouvoir aux maîtres & chefs de communauté. Mais ces arrêts ne ſont pourtant pas contraires, il eſt facile de les concilier.

Car en l'eſpece de l'arrêt dudit ſieur de Loüet, le maître & chef de la communauté ne s'étoit pas obligé pour le fait d'icelle, & il ne paroiſſoit pas que ce fût pour la ſociété, mais il paroiſſoit au contraire que ce n'étoit pas pour elle. Ce n'étoit pas une obligation commune & indéfinie, & de laquelle on pût préſumer que ce fût pour la communauté. Il avoit répondu pour autrui, & c'étoit une fidéjuſſion, non pas un emprunt. Ainſi l'obligation faiſoit voir que ce n'étoit pas *in rem ſocietatis, ſed extra ſocietatem*, comme dit ledit ſieur Loüet. Par conſéquent, comme ce fait lui étoit particulier, que c'étoit une obligation détachée de la ſociété, & en laquelle obligation on n'avoit conſidéré que la perſonne de celui qui répondoit, c'eſt juridiquement que la cour jugea qu'il n'avoit pas entendu ni pû obliger les biens de la ſociété, mais ſa part tant ſeulement.

Il faut donc conclure que comme le maître & le chef de la ſociété a un miniſtere général & étendu, & qu'il peut pour cela emprunter & s'obliger ; auſſi ſon obligation conçue en cette qualité eſt préſumée procéder pour le fait de la ſociété, & par conſéquent oblige les perſonniers. Mais que ſi
10 l'obligation montre que c'eſt pour ſon fait & pour ſes affaires, elle n'eſt valable que contre lui & ſur ſa portion. Ainſi la préſomption eſt que l'obligation du maître & chef de la communauté eſt commune, pourvû que l'acte n'y répugne point.

Antonius Theſaurus, in deciſione 136, a traité cette queſtion, & conclud que deux choſes ſont néceſſaires pour rendre l'obligation commune, *mandatum ſcilicet ſeu præpoſitio unius ex ſociis, & quod nomine ſocietatis ſit geſtum* : mais en tant que l'un d'eux eſt fait le chef, il eſt cenſé prépoſé *cum mandato generali*, & en tant qu'il contracte comme chef & en cette qualité, il eſt cenſé contracter pour & au nom de la ſociété. *Oſaſchus* décide la même choſe *in ſua deciſione* 150, quand même il ſeroit dit par le contrat de ſociété, que chacun ne pourra s'obliger que pour ſa virile, car cela n'a lieu qu'entre eux, & pour leurs recours, & non à l'égard d'un tiers. Outre qu'en ayant choiſi l'un d'eux pour chef, ils y dérogent à ſon égard, & ſont cenſés lui donner un pouvoir plus ample.

Mais auſſi il faut inférer de-là que ce qui a lieu pour le chef & maître de la communauté, ne s'étend pas aux autres aſſociés, ainſi que Brodeau l'a remarqué ſur ledit ſieur Loüet, & dont il cotte un arrêt, conforme à celui du ſénat de Turin, rapporté par les auteurs que nous venons de citer.

Ce que nous venons de réſoudre, *fallit in adminiſ-* 11
tratore civitatis vel Eccleſiæ ; car pour obliger valablement la ville ou l'égliſe, il faut qu'il paroiſſe de l'emploi des deniers, & que le créancier juſtifie *de in rem verſo*, ſuivant la loi *civitas, ff. de rebus creditis.*

Dans l'eſpece de l'arrêt ci-joint ; il n'y avoit rien de particulier, ſi ce n'eſt que d'une part la ſociété avoit été renouvellée entre tous les intéreſſés, & de l'avis des parens des mineurs.

En conſéquence duquel il y avoit eu ſentence 12
confirmative, & qui avoit déchargé le tuteur deſdits mineurs de faire inventaire, les parens ayant jugé qu'il leur étoit plus avantageux que la ſociété fût continuée, que s'ils étoient ſous une tutelle :

Et que d'autre part il paroiſſoit par divers actes publics, contrats, quittances, beaux à ferme & autres, que Jean du Verher avoit été fait chef de la communauté, & pour tel avoit été reconnu.

COmme les deux ſentences données par notre 13
ſénéchal de Roanne, transféré à Monbriſon, le 17 ſeptembre 1652, entre Fiacre & Laurent David, tant en leurs noms, que comme tuteurs de Gilbert du Verger, & Claudine Maridet, au nom qu'elle procede, demandeurs en révocation de ſaiſie, d'une part : & Michel Gagnon, défendeur ; Et entre leſdits Fiacre & Laurent David, demandeurs en lettres de nous par eux obtenues le 16 avril 1652, & ledit Gagnon défendeur : & encore entre ledit Gagnon, demandeur en déclaration d'obligation exécutoire, d'une part : & ladite Claudine Maridet audit nom, défendereſſe, d'autre part : par laquelle notredit ſénéchal ou ſon lieutenant auroit, ayant égard auxdites lettres, remis les parties en pareil état qu'elles étoient auparavant les actes y énoncés, ce faiſant l'exécution révoquée, ſans dommages & intérêts, ſauf aux parties de conteſter plus amplement ſur les acquittemens prétendus faits par Jean du Verger, à la décharge deſdits Davids & cohéritiers, ſur leſquelles elles articuleroient leurs faits, ſe feroient ouir ſur iceux, vérifieroient de huitaine en huitaine, joint leurs moyens de nullités & de reproches, contrediroient dans le tems de l'ordonnance, pour leur être fait droit : Et faiſant droit ſur la demande dud. Gagnon ; l'obligation de cent livres à lui due par feu Pierre David, du 20 mai 1636, déclarée exécutoire ſur les biens dud. feu David, ainſi qu'elle étoit de ſon vivant, ladite Ma-

BIU Cujas

ridet en ladite qualité qu'elle procédoit, condamnée ſuivant les offres au payement de ladite ſomme de cent livres, & intérêts du jour de la demande 21 janvier 1652, juſqu'à l'actuel payement, les dépens de l'interlocutoire réſervés, ſans autres dépens, fors dépens, frais & levée de ladite ſentence, eſquels ledit Gagnon auroit été condamné: Et la deuxiéme par le juge de la Châtellenie du Pré du Verger, le 2 octobre 1652, entre Jean du Verger, mari d'Anne David, demandeur d'une part, & Fiacre David, tant en ſon nom que comme tuteur de Fiacre du Verger, fils de feu Gilbert & Laurent David, fils dudit Fiacre & Claudine Maridet, veuve de feu Pierre David, tutrice de ſes enfans & dudit défunt, défendeurs, d'autre part, par laquelle ledit juge auroit déclaré n'y avoir eu aucune communauté entre ledit demandeur & défendeur, & en conſéquence ledit demandeur débouté de ſes requiſitions, & de la qualité de chef de la communauté des Davids, & néanmoins ayant égard à la négociation par lui faite des biens indivis depuis ſon mariage juſqu'à ſa retraite de la maiſon des Davids, ordonné qu'il compteroit année par année, par lequel compte il pourroit coucher les dettes par lui légitimement contractées au profit de ladite maiſon, & avant que de procéder ſur le partage requis, ordonné qu'il feroit comparoir ladite Anne David ſa femme, dûement autoriſée, ſans dépens, fors les frais de ladite ſentence, eſquels ledit demandeur auroit été condamné: Eût été deſdites ſentences appellé en notre cour de parlement, en laquelle parties oüies en leurs cauſes d'appel, & le procès conclu & reçu pour juger, entre ledit Michel Gagnon, appellant de la ſentence rendue par ledit ſénéchal ou ſon lieutenant, d'une part, & leſdits Fiacre & Laurent David, tant en leurſd. noms, que comme tuteurs de Gilbert du Verger, intimés & demandeurs, & encore entre ledit Jean du Verger, mari d'Anne David, appellant de la ſentence dudit juge du Pré de Verger, d'une part: & leſdits Fiacre David, tant en ſon nom, que comme tuteur de Fiacre du Verger, fils du feu Gilbert-Laurent David, fils dudit Fiacre & Claudine Maridet, veuve de feu Pierre David, tutrice de ſes enfans & dudit défunt, intimés, demandeurs, ſi bien ou mal auroit été appellé, joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, auxquels leſdits intimés pourroient répondre, & contre lad. production nouvelle bailler contredits aux dépens du produiſant, icelui procès, griefs, réponſes, productions nouvelles reſpectivement faites par leſdits appellans & intimés: Contredits: Salvations contre icelle: Acte de rediſtribution ſignifié le 16 janvier 1655, le tout vû & diligemment examiné: NOTREDITE COUR par ſon jugement & arrêt, a mis & met les appellations & ſentences dont a été appellé au néant, ſans amende, émendant & faiſant droit ſur la demande dudit Verger, ordonné qu'il ſera reconnu pour avoir été chef de la communauté des Davids depuis le mois de ſeptembre 1646, juſqu'au mois de ſeptembre 1651, de l'adminiſtration de laquelle communauté il rendra compte en gros par-devant le plus prochain juge royal des lieux, autres que ceux dont eſt appel, & en conſéquence leſdits Fiacre & Laurent David, & ladite Maridet eſdits noms, condamnés chacun à payer leurs parts & portions des dettes créées par ledit du Verger, pendant ladite adminiſtration; ordonne ladite cour, qu'avec ledit du Verger, ladite Anne David ſa femme, leſdits David & Maridet eſdits noms, par-devant le plus prochain juge royal, partage & diviſion ſera faite des biens, tant meubles qu'immeubles de ladite communauté, pour en être laiſſé audit du Verger & ſa femme leur part & portion, & ſe purgeront les parties par ſerment par-devant ledit juge, qu'ils ne retiennent aucun des meubles de ladite communauté, & faiſant droit ſur la demande dudit Gagnon, ſans avoir égard aux lettres obtenues par ledit Fiacre & Laurent David, dont ils ſont déboutés, ordonné que faute de payement de la ſomme de ſix cens ſix liv. dix ſols, & de la quantité de quatre-vingt-ſix quartons de ſeigle, & cent cinq quartons avoine, en quoi ledit Jean du Verger eſt obligé vers ledit Gagnon, comme chef de la communauté deſdits Davids, par huit obligations, exécution encommencée ſera parachevée ſur le bétail & autres choſes ſaiſies, & les deniers provenans de la vente d'iceux baillés & délivrés audit Gagnon ſur & tant moins & juſqu'à concurrence de ſon dû, condamne ladite Maridet ſuivant ſes offres, payer audit Gagnon la ſomme de cent livres, contenue en l'obligation du feu Pierre David ſon mari, & aux intérêts du jour de la demande; & ſur les autres demandes des parties, a mis & met icelles hors de cour & de procès; ſans dépens. Prononcé le cinquiéme juin 1655: Collationné, *extrait des regiſtres du parlement*. Signé, DU TILLET.

OBSERVATIONS.

L'AUTEUR traite ici deux queſtions.

La premiere conſiſte à ſçavoir, ſi le chef de la communauté ou ſociété peut obliger tous les aſſociés.

La ſeconde, ſi une ſociété peut être continuée avec des mineurs par l'avis des parens, & le tuteur en conſéquence déchargé de faire inventaire.

L'auteur traite la premiere queſtion amplement & doctement. Il décide que le chef de la ſociété oblige tous les aſſociés, quand il contracte pour le fait de la ſociété; il cite Coquille ſur la coutume de Nivernois. Il faut y joindre ſa queſtion 88.

Dans les ſociétés pour le fait du négoce, le moindre des aſſociés oblige tous les autres, quand il ſtipule & ſigne au nom de la compagnie, ſuivant l'ordonnance de 1673, au titre *des ſociétés*, art. 7, ce qui eſt conforme à l'eſprit du droit. *Nam qui parum diligentem ſocium ſibi adſumit, de ſe queri, ſibique imputare debet. Inſtit. de ſocietate*, §. 9, 4

Si une ſociété peut être continuée par un tuteur avec ſes mineurs.

Notre auteur ne traite point la ſeconde queſtion. Il ſuppoſe, que la ſociété avoit pû être valablement continuée avec les mineurs, & en conſéquence le tuteur déchargé de faire inventaire; ce qui eſt pourtant contre les véritables principes, qui veulent que la 15

BIU Cujas

société finisse par la mort, l. 52, § 9, l. 39 & 65, § 9, *ff. pro socio, & inst. § solvitur, de societ.*

Si la société peut continuer avec un posthume.

16 Cette question s'est présentée dans la famille de M. de Seve, lieutenant-général & président au présidial de Lyon : voici l'espece.

Blaise & Marc Millotet, riches marchands de la ville de Lyon, avoient été associés ensemble. Marc décéda le 4 février 1642, & laissa sa femme enceinte. Par l'avis de parens il fut convenu, que la société continueroit avec le posthume. Au bout de sept mois nâquit une fille, à laquelle Blaise Millotet fut nommé tuteur & continua encore à la société pendant autre sept mois. Pendant ce tems, le tuteur prétendoit qu'il étoit arrivé des pertes à la société pour 100000 livres ou environ. Cette fille étant parvenue à l'âge de dix-sept ans, fut mariée avec messire Matthieu de Seve, lieutenant-général, & président au siége présidial de Lyon. Par le contrat de mariage, Blaise Millotet son oncle & son tuteur, lui constitua en dot la somme de 144000 livres, en attendant la reddition du compte, ce sont les termes du contrat. Blaise Millotet étoit un vieux garçon fort riche, c'est pourquoi M. de Seve ne le pressa point de lui rendre compte, dans l'espérance d'avoir bonne part à sa succession.

Cependant par un esprit de dévotion mal entendue, Blaise Millotet, par son testament du 17 octobre 1677, institua les administrateurs de l'hôtel-Dieu de Lyon ses héritiers pour trois quarts de ses biens, & Jean & Horace Millotet ses freres pour l'autre quart, sans rien laisser aux enfans de la dame de Seve sa niéce, qui étoit décédée. M. de Seve ne voulut point combattre le testament, sur le fondement que la disposition étoit universelle, & que la succession étoit de près d'un million; mais il crut qu'il devoit pour l'intérêt de ses enfans, demander aux administrateurs un compte de la tutelle que Blaise Millotet avoit eue de sa niéce. Il y eut d'abord quelque contestation pour sçavoir en quelle jurisdiction les parties procéderoient. Elles furent renvoyées au bailliage de Mâcon, où il intervint une sentence contradictoire le 26 avril 1687, par laquelle les administrateurs, en qualité d'héritiers de Blaise Millotet, furent condamnés de rendre compte depuis le quatre février 1642, jour du décès de Marc Millotet, pere de la dame de Séve.

17 Les administrateurs ayant interjetté appel de cette sentence, ils soutenoient qu'ils ne devoient rendre aucun compte, sur le fondement de quelques fins de non-recevoir qu'ils alléguoient. En tout cas ils prétendoient, que le compte de la tutelle ne devoit commencer qu'au mois d'avril 1644, parce que la société avoit continué jusqu'à ce jour par l'avis des parens. Cependant par l'arrêt qui intervint le 17 janvier 1689, la sentence fut confirmée, avec amende & dépens, & par conséquent jugé, que la société n'avoit pû continuer avec un posthume, quoique par avis de parens. J'avois écrit au procès pour M. de Seve, qui m'honoroit de son amitié & de sa confiance; c'étoit un très-digne magistrat, il en a donné des marques pendant toute sa vie, mais sur-tout dans les deux der-
18 nieres années qu'il a employées dans la place de prevôt des marchands, pour le service de sa patrie & le salut de ses citoyens, dont il a conservé la vie pendant la cherté du bled, aux dépens de la sienne propre. Il a fait à ce sujet des choses dignes d'un beau panégyrique; mais il n'est pas à propos de les publier ici. Monsieur son fils a succédé à ses charges & à ses vertus. J'ai souvent fait reflexion que les enfans des anciennes familles de Robe, ne se démentent gueres.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

L'AUTEUR, dans ce liv. 4, quest. 51 a établi, que dans les sociétés générales de tous biens, la dot des filles se prend sur la masse de la société, & dans celle-ci il examine, si le maître ou le chef de la société, peut obliger tous les autres associés.

Pour bien entendre ces questions, il faut distinguer les différentes sociétés. 1°. Les sociétés universelles de tous biens présens & à venir, qui sont principalement en usage dans la province d'Auvergne; on les appelle *associations*. La coutume de cette province en a un titre exprès, c'est le 15. Il n'y a pas de doute, que dans ce cas la dot des filles ne se prenne sur les effets de la société; il y a plus, les associés se succédent les uns aux autres.

Dans les autres provinces, l'on peut faire des sociétés universelles; mais elles se réglent par la disposition du droit, principalement dans les pays de droit écrit.

2°. Les communautés entre les personnes mariées se réglent différemment, suivant les différentes coutumes; mais partout le mari est le maître des effets de la communauté, il en peut disposer comme bon lui semble. Après la mort du mari, la femme a la liberté d'accepter la communauté, ou de renoncer; mais si elle l'accepte, elle est obligée

BIU Cujas

de payer toutes les dettes mobiliaires faites par ſon mari pendant la communauté. La dot des filles ſe prend ſur tous les effets de la communauté.

3°. Il y a des coutumes, comme celles de Berry, de Bourbonnois & de Nivernois, qui établiſſent un droit de communauté entre les gens de la campagne demeurans enſemble. Le chef de la communauté peut obliger tous les autres. Il y a pourtant quelques cas exceptés, qui ſont remarqués par Coquille, ſur l'article 5 du titre *des communautés & aſſociations*; de la coutume de Nivernois.

4°. Les ſociétés entre marchands, il y en a de trois eſpéces; la premiere, qui ſe contracte entre certaines perſonnes dénommées dans l'acte de ſociété, pour faire le commerce en nom collectif: dans ce cas, quand un des aſſociés contracte & ſigne au nom de la compagnie, il oblige tous les autres.

La deuxiéme s'appelle ſociété en commandite. Elle ſe contracte lorſqu'une perſonne fournit ſes deniers pour faire le fond de la ſociété & le commerce ſous le nom d'un autre, qui a la conduite du négoce. Le mot de *commandite* peut venir du mot *commodare*, qui ſignifie prêter, ou de celui de *commendare*, qui ſignifie dépoſer, ou de tous les deux enſemble: car celui qui fournit ſes deniers, les prête & les confie à celui ſous le nom duquel ſe fait le commerce. Ces ſortes de ſociétés ſont fort en uſage à Lyon, où l'échevinage annoblit. Un marchand qui a été échevin, & qui deſire continuer ſon commerce, eſt dans la néceſſité, pour ne pas déroger à la nobleſſe, de faire le commerce par le moyen d'une ſociété en commandite: pareillement les gentils-hommes, & les gens de robe qui veulent faire valoir leur argent, ont recours à cette ſociété.

La troiſiéme ſociété s'appelle *anonime*, ſoit parce qu'elle n'a point de nom, ou parce qu'elle n'eſt connue de perſonne. Elle s'appelle quelquefois *compte en participation*, parce que celui à qui il eſt arrivé un vaiſſeau chargé de marchandiſe, ou qui a fait une groſſe affaire, en fait part à un autre.

Ces trois différentes eſpéces de ſociété ont des régles différentes, qu'il ſeroit trop long d'expliquer ici. Ceux qui ſeront curieux de les ſavoir, les trouveront dans le parfait négociant du ſieur Savary, part. 2, liv. 1, ch. 1.

DE LA RESCISION DES CONTRATS.

QUESTION CENT-SOIXANTE-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Ce qui eſt nul ne produit aucun effet.*
2. *En matiere de vente, il faut diſtinguer, ſi la nullité eſt inhérente au contrat.*
3. *En ce cas le ſeigneur eſt obligé de rendre les lods par lui perçus*, condictione indebiti.
4. *Il y a plus de difficulté à l'égard du receveur des conſignations.*
5. *Arrêt du 7 ſeptembre 1618, qui condamne le receveur des conſignations de rendre les droits de conſignation, & les ſeigneurs à rendre les lods.*
6. *Il n'eſt pas néceſſaire d'appeller les ſeigneurs pour voir entériner les lettres de reſciſion.*
7. *L'édit du mois de février 1689, ordonne que les receveurs des conſignations rendront les ſommes par eux reçues des contrats qui ſeront annullés.*

QUESTION CLXVII.

Si le décret des biens des mineurs ayant été caſſé par quelque défaut en la forme, ou autre nullité, non-ſeulement les lods, mais encore les droits du receveur des conſignations ſont reſtituables.

C'EST une maxime commune, que ce qui eſt nul, ne produit aucun effet, & qu'il répugne qu'un acte entierement détruit laiſſe quelques ſuites; que n'y ayant plus de fondement, il en demeure quelque acceſſoire.

Mais il faut diſtinguer en matiere de vente, ſi elle eſt réſolue, ou non réſolue par une nullité radicale, & qui fût inhérente dès-lors de la vente: ou ſi c'eſt par une convention qui de même ait été inſérée au contrat, & en ait ſuſpendu l'effet; car en l'un & en l'autre cas il eſt vrai de dire, qu'il n'y a point eu de vente véritable, que la nullité marche en arriere, & fait que la choſe ſe réduit *ad non actum*.

Au ſecond cas, & que la vente ſe réſout en-

BIU Cujas

ſuite de ce qui a été convenu, comme l'effet en avoit été ſuſpendu, comme il étoit *in pendenti*, ainſi que diſent nos loix, il s'enſuit auſſi que la condition arrivant qu'on a ſtipulée, il n'y a plus de vente, & que c'eſt comme ſi jamais elle n'avoit été faite. Les parties ſont remiſes aux termes auxquels elles étoient avant le contrat, & celui qui ne s'étoit démis de ſon héritage que ſous condition, en demeure le maître, ainſi qu'il l'étoit auparavant.

En un mot, c'eſt parce que le contrat ne ſortiſſant ſon effet, il eſt réputé pour non fait; pourvû que la réſolution du contrat ne ſoit point volontaire, mais forcée & néceſſaire, & qu'elle ſe faſſe par une cauſe ancienne, précédente ou inhérente au contrat, par une nullité viſcérale, & qui ait empêché
3 que jamais il y ait eu vente; en ce cas le ſeigneur doit rendre les lods, & on les peut répéter de lui *condictione indebiti*, n'étant cenſée payée que ſous condition que la vente ſubſiſtât.

C'eſt ce qui a été remarqué par le ſieur Brodeau, ſur M. Loüet, en la lettre R, nomb. 2, où il cite maître Charles du Moulin, ſur la coutume de Paris, & d'Argentré, en ſon traité *de Laudimiis*.

4 Ainſi l'arrêt que nous rapportons ici, n'a fait que confirmer un uſage commun pour ce qui regarde la répétition des lods; mais pour le droit de conſignation, il y pouvoit avoir plus de doute; ce n'eſt pas tant un profit qu'un ſalaire, un émolument qu'une vacation. Le receveur peut dire, que c'eſt un droit qui lui eſt dû pour ſa peine, & que pour le pouvoir prendre, c'eſt aſſez que l'on conſigne entre ſes mains; qu'il ſe charge des deniers, & s'en rend reſponſable; que ce n'eſt pas à lui de s'enquerir de la cauſe pour laquelle on conſigne, & ſi elle eſt valable ou non; qu'encore que le décret ſoit caſſé, il ne s'enſuit pas qu'il n'y ait eu une conſignation réelle & véritable, & que dès-lors le droit n'en ait été dû & acquis.

La cour a pourtant jugé le contraire par la raiſon prédite, que la nullité & caſſation du décret porte conſéquence pour tout ce qui en dépend, & que d'ailleurs c'eſt plutôt un lucre & un gain, qu'un émolument néceſſaire: bref, que le receveur, loin de prétendre un ſalaire, a pû tirer profit de la ſomme conſignée.

Le lecteur remarquera comme la cour renvoye les adjudicataires, & les créanciers auſſi, à ſe pourvoir.

Extrait des regiſtres du parlement.

5 ENTRE Antoine & Pierre Migeon, prêtre, Marie & Urbanne Migeon, filles uſantes de leurs droits, Charlotte Migeon, femme de Baltazard, Marthe, & Catherine Migeon, femme d'Edme Nicolay, autoriſée par juſtice au refus de leurs maris, appellans des ſaiſies, criées, ſentence de prétendue diſcuſſion des meubles, certification des criées, congé d'adjuger, adjudication par décret, ſentence de nonobſtant l'appel, donnée par le bailli de Touraine, ou ſon lieutenant à Loches, les 26 avril & 26 mai 1605, & de tout ce qui s'en eſt enſuivi, & ledit Antoine Migeon, demandeur, ſelon la clauſe appoſée eſdites lettres de relief d'appel, du 18 ſeptembre 1621, au fins d'être relevé de la prétendue renonciation par lui faite, à la ſucceſſion de Leger Migeon ſon pere, & encore leſdits Migeon, demandeurs à l'entérinement des lettres par eux obtenues le 4 février 1622, pour être relevés des conſentemens prêtés par leurs tuteurs ou curateurs auxdites criées & adjudication; comme auſſi pour être ledit Antoine Migeon relevé de tous actes par lui faits, approbatifs deſdites criées & adjudication, & ce qui s'en ſeroit enſuivi, & ledit Antoine Migeon, défendeur, d'une part; & maître Jean Peniſſault, aſſeſſeur criminel au ſiége de Loches, ſaiſiſſant & pourſuivant leſdites criées & adjudication; Renée Migeon, veuve de maître Claude Hamelin, tant en ſon nom, que comme mere & tutrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle; Marie Hamelin, veuve de feu Jacques Maron, & Claude Hamelin, leſdits Hamelins, héritiers dudit Claude Hamelin leur pere, Pierre Rocher, Louis Geoffroi, Gilles Motrot, la veuve de Pierre Menuau, Nicolas Sauvage, Mathurin Beſſon & ſa femme, auparavant veuve de François Mabon, & Pierre Chevrier, curateur des enfans dudit Mabon, adjudicataires, intimés & défendeurs: & encore leſdits Peniſſaults & Renée, audit nom, demandeurs aux fins d'une commiſſion par eux obtenue le premier décembre 1621, à ce que l'appel interjetté par ledit Antoine Migeon deſdites ſaiſies, criées & adjudication, fût déclaré péri, d'autre. Vu par la cour en la chambre de l'édit, le décret & adjudication fait audit ſiége de Loches, des biens & héritages délaiſſés par leſdits défunts Leger Migeon & Jeanne Sauvage ſa femme, leſdites lettres des 12 ſeptembre & 4 février, & commiſſion du premier décembre, les arrêts des 17 février 1623 & 19 mai 1624, par leſquels les parties, ſur leſdites appellations, auroient été appointées au conſeil, & ſur leſdites lettres & péremption en droit à écrire & produire, bailler contredits & ſalvations, cauſes d'appel, & réponſes, productions deſdites parties ſur leſdites appellations & lettres: Autre production deſdits Peniſſault, Renée Migéon, veuve dudit Hamelin, & Antoine Migeon, ſur l'inſtance de péremption, contredits deſdits Migeons, & de ladite Renée Migeon, veuve dudit Hamelin, & ſes enfans, forcluſion de contredire par leſdits Péniſſault, Rocher, Geoffroy, Motrot, & veuve Menuau, Beſſon, ſa femme, & ledit Chevrier: Autre forcluſion contre ladite Renée Migeon & ſes enfans, de remplir leur inventaire: production nouvelle de ladite Renée Migeon & ſes enfans, contredits deſdits Migeons, inſtance entre ladite Renée Migeon, & ſeſdits enfans, demandeurs en ſommation, aux fins de leur commiſſion du dernier décembre 1622, & défendeurs, d'une part: Et leſdits Peniſſaults, défendeurs & demandeurs en contre-ſommation, par le moyen de ces défenſes fournies le 12 mars 1621, d'autre part, ladite commiſſion, défenſes, appointemens en droit & joint, des 10 & 24 avril audit an, production deſdites parties, ſur leſdites inſtances, contredits de ladite Renée Migeon & ſes enfans, forcluſion d'en fournir par ledit Peniſſault: Arrêt du 5 août 1625, entre lad. Migeon, appellante d'un prétendu acte de tutelle du 28 janv. 1599, expédié par-devant ledit juge de Loches, d'une part; & ladite Renée Migeon, audit nom, intimée, d'autre; par lequel, ſur ledit appel, les parties auroient été appointées au conſeil, & joint audit procès ledit acte de tutelle, production deſdites parties ſur ledit appel: repriſe de procès par Louiſe Gaullepied, veuve dudit Gilles Motrot, Iſaac Moreau, mari de Jeanne Motrot, & Leon Motrot, tous leſdits Motrots héritiers dudit défunt Motrot, au lieu dudit Gilles Motrot, par arrêt du 6 août 1625, & par Anne Rocher, veuve dudit Peniſſault, tant en ſon nom, que comme tutrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle, maître Gabriel Peniſſault, enquêteur audit ſiége de Loches, maître Jean Mamineau, conſeiller & élu pour le roi audit lieu, &

Anne

BIU Cujas

Anne Peniſſault ſa femme, leſdits Peniſſaults héritiers dudit Jean Peniſſault, au lieu dudit défunt par acte du 19 novembre audit an, & encore par ladite Anne Rocher, héritiere pour une quatriéme partie de Pierre Rocher ſon pere, au lieu de ſondit pere, par acte du 4 août 1627, acte d'inſcription en faux, formée par ledit Antoine Migeon, le 3 avril 1626, contre le prétendu acte de renonciation, & exploit de ſignification d'icelui, du 26 avril 1605, produit par ledit Beſſon, moyens de faux joints audit procès par arrêt du 8 juillet dernier : autre acte d'inſcription en faux formée par ladite Renée Migeon, veuve dudit Hamelin, & ſon fils, le 21 juillet dernier, contre l'inventaire des biens dudit défunt Leger Migeon, moyens de faux joints audit procès, par arrêt du 3 août dernier, leſdites pieces maintenues fauſſes, minute dudit inventaire apportée au greffe de ladite cour, & jointe audit procès par ordonnance d'icelle : Arrêt du 5 août dernier, par lequel René Galliger, ſergent, auroit été reçu partie intervenante audit procès, & ordonné qu'il mettroit l'inſtance d'intervention en état dans trois jours, moyens d'intervention & production dudit Galliger, réponſes à iceux, & production deſdits Beſſon & ſa femme : Requête employée pour production par ledit Antoine Migeon : Autre requête de ladite Renée Migeon, veuve dudit Hamelin, & de ſondit fils, du 8 août dernier, contenant leurs offres de remettre ès-mains deſdits Migeons les biens adjugés audit défunt Hamelin, en leur rendant ce qu'ils avoient coûté, ce qui ne ſe pouvoit connoître que par la clôture du compte rendu par ledit Hamelin auxdits Migeons : Autre requête deſdits Migeons, employée pour réponſes, leſdites requêtes communiquées & miſes au ſac, par ordonnance de ladite cour : Autre requête deſdits Migeons, dudit jour 28 août, à ce que l'appel interjetté par ladite Marie Migeon dudit acte de tutelle, fût diſjointe d'avec l'appel dudit décret; & jointe à ladite inſtance de compte, ſur laquelle en jugeant ladite cour auroit réſervé à y faire droit; acte de rediſtribution du 7 juillet dernier, & tout conſidéré. DIT A ÉTÉ, que ladite cour ayant égard à la requête deſdits Migeons du 18 août, a diſjoint l'appel interjetté par ladite Marie Migeon, dudit acte de tutelle & acte de l'appel dudit décret, & icelui joint à ladite inſtance de compte, ſans s'arrêter à ladite péremption, inſcription en faux, & intervention dudit Galliger; faiſant droit ſur les appellations deſdites ſaiſies & décret, clauſe inſérée audit relief d'appel, & lettres du 4 février : Dit qu'il a été mal & nullement ſaiſi, décreté & exécuté par ledit juge de Loches, & entérinant leſdites lettres, a remis les parties en tel & ſemblable état qu'ils étoient auparavant leſdits actes de renonciation & conſentement : Ordonne, que leſdits Antoine, Pierre, Marie, Urbanne, Charlotte & Catherine Migeon, rentreront en la poſſeſſion & jouiſſance des biens & héritages vendus & adjugés par ledit décret, & à eux délaiſſés par leurs défunts pere & mere; condamne ladite Renée Migeon, veuve dudit Hamelin, & ſes enfans, audit nom, ladite Anne Rocher, audit nom d'héritier de ſondit pere, ladite Geoffroy, ladite Galliger, & conſorts, héritiers dudit Motrot, la veuve dudit Menuau, & leſdits Beſſon & ſa femme, Chevrier audit nom, pour telles parts & portions qu'ils en peuvent être tenus de rendre & reſtituer auxdits Migeons appellans les fruits par eux pris & perçûs, & qu'ils ont pû prendre & percevoir eſdits héritages, enſemble la valeur des beſtiaux qui étoient en iceux lors dudit décret, ſuivant la priſée qui en fut faite lors des inventaires des biens deſdits défunts Leger Migeon & ſa femme, ſauf à ladit Renée Migeon, veuve dudit Hamelin & ſes enfans & autres adjudicataires, à ſe pourvoir pour le prix mentionné audit décret, contre qui & ainſi qu'ils verront bon être à faire, Autres toutefois que leſdits Migeons, défenſes au contraire, ſans préjudice des impenſes & méliorations, ſi aucunes ont été faites par leſdits adjudicataires, & ſauf aux créanciers dudit défunt Migeon, qui ont touché ledit prix, à ſe pourvoir pour ce qui leur ſera légitimement dû, contre leſdits Migeons appellans, ainſi qu'ils aviſeront bon être, défenſes au contraire; & ſur les inſtances de ſommation & contre-ſommation, a mis & met les parties hors de cour & de procès : Ordonne que le receveur des conſignations ſera tenu rendre à ladite Renée Migeon & ſes enfans, la ſomme de deux cent cinquante livres par lui reçue pour ſon droit de conſignation; & les ſeigneurs de fief, les lods & ventes qui ſe trouveront avoir été payés par ledit défunt Hamelin, & autres adjudicataires, condamne les intimés aux dépens, tant de la cauſe principale que de l'appel, & deſdites lettres, ſans autres dépens entre toutes les parties. Prononcé le ſeptiéme jour de ſeptembre 1628, *Signé*, par la chambre, GALLART.

Autre arrêt de la cour de parlement, portant confirmation de l'arrêt ci-devant, remettant en poſſeſſion les enfans mineurs en leurs biens, meubles & immeubles, ſaiſis & vendus par decret pendant leur minorité.

Entre Renée Migeon, veuve de Claude Hamelin, demandereſſe en lettres en forme de requête civile par elle obtenues en la chancellerie le treiziéme jour de mars dernier, contre l'arrêt de ladite cour du 7 ſeptembre 1628, d'une part : Et M. Antoine & Pierre Migeon, Marie, Urbanne, Charlotte & Catherine Migeon, Anne Rocher, veuve de feu M. Jean Peniſſault, tant en ſon nom, que comme mere & tutrice des enfans mineurs dudit défunt & d'elle, M. Gabriel Peniſſault enquêteur à Loches, M. Jean Mamin, conſeiller audit lieu, & Anne Peniſſault ſa femme, héritiers dudit défunt Peniſſault, défendeurs, d'autre; ſans que les qualités puiſſent préjudicier. Après que Gautier pour la demandereſſe, Talon pour Antoine Migeon & conſors, & Guionniere pour la veuve & héritiers de Peniſſault, ſont demeurés d'accord ſous le bon plaiſir de la cour, de l'appointement aviſé au parquet des gens du roi, récité par Talon pour le procureur-général du roi : La cour ſur les lettres en forme de requête civile, a mis & met les parties hors de cour & de procès, ſans dépens. Fait en parlement en la chambre de l'édit, le quatriéme avril mil ſix cent vingt-neuf. *Signé*, LEVESQUE.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si le ſeigneur eſt obligé de rendre les droits par lui reçus, quand le contrat vient à être caſſé.

L'AUTEUR propoſe ici une queſtion aſſez commune ; ſçavoir, que quand le contrat de vente eſt caſſé pour un vice inhérent, comme pour dol, léſion d'outre-moitié, ou minorité, que le ſeigneur eſt obligé de rendre les droits, la juriſprudence eſt certaine ſur ce point. Il faut joindre aux auteurs cités par le nôtre, M. Salvain, de l'uſage des fiefs, chapitre 89, où il traite la queſtion avec beaucoup d'érudition & de ſolidité, à ſon ordinaire. Deſpeiſſes, tom. 3, pag. 69, nomb. 12, cite pluſieurs auteurs qui ſont de cet avis.

6 Quand la vente eſt caſſée par le moyen du bénéfice de reſtitution, Coquille, ſur la coutume de Nivernois, au titre *des cenſives*, art. 5, dit que pour obliger le ſeigneur qui a reçu les lods, de les rendre, il faut le mettre en cauſe pour voir enteriner les lettres, ou du moins le ſommer d'y aſſiſter. M. Auzanet, ſur l'art. 76 de la coutume de Paris, eſt de même avis ; il dit que ſi le ſeigneur n'a pas été ſommé d'intervenir, qu'il n'eſt pas obligé de rendre les droits par lui reçûs ; cependant cela ne ſe pratique point, ſauf au ſeigneur, s'il prétend qu'il y ait de la fraude, à ſe pourvoir contre la ſentence qui a enteriné les lettres. Voyez du Moulin, ſur le paragraphe 22 de la coutume de Paris, nombre 34.

Si lorſque l'adjudication eſt déclarée nulle, le receveur des conſignations eſt obligé de rendre les droits par lui reçus.

L'auteur rapporte ici un arrêt du 7 ſeptembre 1628, qui a condamné le receveur des conſignations, de rendre les droits qu'il avoit reçu de la conſignation faite entre ſes mains, du prix provenant de la vente par décret des biens d'un mineur, laquelle avoit été caſſée.

7 Cette queſtion ne ſouffre plus de difficulté en conſéquence de l'édit du mois de février 1689, concernant les charges & les fonctions des receveurs des conſignations, lequel dans l'article 26 parle en ces termes : *Il ne ſera pris aucun droit pour les conſignations faites en conſéquence d'adjudications ou de contrats qui ſeront annullés ; & le receveur en ce cas reſtituera les ſommes qu'il aura reçues en entier.*

DES DONATIONS AUX CONFESSEURS,

Si la prohibition s'étend à leur communauté.

QUESTION CENT-SOIXANTE-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1 *Les confeſſeurs & directeurs ſont compris dans la prohibition de l'ordonnance.*
2. *Sçavoir ſi cette prohibition s'étend à la maiſon, ou au monaſtere dont ils ſont membres.*
3. *Raiſons pour l'affirmative.*
4. *Raiſons pour la négative.*
5. *Eſpece du fait, ſur lequel eſt intervenu le premier arrêt ci-après rapporté.*
6. *Eſpece du fait, ſur lequel eſt intervenu le ſecond arrêt dont l'auteur fait mention.*
7. *Sentence rendue au bailliage de Montbriſon, le 22 juillet 1647, qui déclare nul le legs fait au monaſtère des Camaldules, parce que le confeſſeur étoit religieux dans ce monaſtère.*
8. *Arrêt du 27 août 1650, qui infirme la ſentence, & déclare le legs valable.*
9. *La juriſprudence des arrêts eſt incertaine.*
10. *La prohibition doit s'étendre au monaſtere, & à tout l'ordre duquel eſt le confeſſeur.*
11. *Les legs faits aux confeſſeurs ſont tolérés, quand ils ſont modiques.*
12. *Arrêt du parlement de Toulouſe, qui déclare nulle l'inſtitution d'héritier faite*

BIU Cujas

au profit des sœurs du tiers-ordre de Notre-Dame de Mont-Carmel, parce que le confesseur de la testatrice étoit Carme. Cet arrêt déclare aussi nul le legs de soixante livres de pension viagere fait au profit du confesseur.

QUESTION CLXVIII.

Si les ordonnances qui prohibent de donner aux tuteurs, & autres administrateurs, étant étendues aux confesseurs & directeurs de conscience, cette prohibition doit aussi s'étendre aux communautés dont ils sont.

ON ne doit pas douter qu'un confesseur & directeur de conscience, n'ait beaucoup de pouvoir sur une personne tendre & dévote qui dépend de sa conduite, qu'il n'ait une espece d'empire sur son esprit, qu'il ne lui puisse donner telles impressions qu'il veut; que s'il le peut en pleine santé, il le peut encore mieux, lorsque son pénitent est proche de la mort, & qu'il croit que son
1 salut dépend de son directeur. Il faut donc tenir pour chose constante que les confesseurs & directeurs de conscience sont compris aux ordonnances de François I & de François II, & qu'on ne leur peut donner, ni par donation entre-vifs, ni par testament.

Mais il n'est pas sans difficulté, si cette incapa-
2 cité s'étend aux communautés, & si pour ne pouvoir donner au confesseur en particulier, on ne peut non plus donner à la maison ou monastere dont il est un membre.

On peut dire pour l'affirmative, que la prohibi-
3 tion ne regarde en ce cas que le particulier & non le général; que la personne du confesseur & non pas son ordre. Que ce qu'on donne ou legue à la communauté, n'est pas censé donné aux particuliers, ni à leur considération, mais par un motif de piété; qu'autrement l'assistance qu'on tire des communautés leur seroit préjudiciable, si elle faisoit obstacle aux libéralités qu'on leur peut faire.

4 Pour la négative on peut dire, que comme les religieux sont pauvres en particulier & riches en commun, que comme ne possédant rien ils possedent toutes choses, il leur doit être indifférent qu'on leur donne, ou qu'on donne au corps: qu'on ne peut donner à leur communauté qu'ils ne s'en ressentent, & que ce bienfait ne rejailliſſe sur eux: que presque tous les religieux ont ce commun but de s'employer pour leurs maisons, & de procurer leur établissement autant qu'il leur est possible, & ont pour cela d'autant plus de zele, qu'ils en font leur gloire & une œuvre méritoire.

Cette controverse s'est présentée deux fois en ce siége, & a été jugée diversement, & par sentence, & par arrêt.

5 Damoiselle Marguerite Celarier ayant disposé de ses biens peu de tems avant son décès, & dans une fievre aiguë; ayant fait plusieurs legs à diverses personnes, & entr'autres d'un domaine aux religieux des Camaldules, établis dans son voisinage depuis quelques années, ce testament fut débattu de suggestion & de faux.

Sa sœur & héritiere *ab inteſtat*, & qui avoit été instituée héritiere par le testament, soutenoit qu'il avoit été suggéré par le pere Boniface, religieux des Camaldules, qu'il en avoit fait le projet écrit de sa main qu'on rapportoit, & que tant lui que le curé de saint Nizier, non contens d'avoir préoccupé l'esprit de la défunte, la tenoient encore assiegée lorsqu'elle testa. On ajoûtoit l'état de la testatrice, la qualité de sa maladie, la proximité de sa mort, & le nombre excessif des legs. Enfin on disoit que le pere Boniface étant son directeur & confesseur, n'avoit pas pû faire donner à ceux de son ordre & de sa communauté; vu même qu'elle n'étoit pas approuvée dans le diocèse de Lyon, ni même dans le royaume: les lettres-patentes de sa majesté n'ayant été vérifiées au parlement qu'après l'échéance du legs.

On avoit passé plus avant, & pour fortifier la suggestion, formé inscription en faux, à cause que y ayant deux domaines presque du même nom, Lurieu & d'Urieu, on avoit fait écrire le meilleur, quoique la testatrice eût déclaré que c'étoit le moindre, lorsque le testament lui fut lû: Ensuite y ayant eu monitoire publié, & quelques témoins, & même de ceux du testament, s'étant déclarés après l'information faite, & le procès instruit, par sentence de ce siége du 22 juin 1647, il fut dit, que sans avoir égard aux inscriptions en faux, la sœur étoit maintenue en l'hoirie de Marguerite Celarier, en vertu de son testament du 13 avril 1639, & en conséquence de ce condamnée à payer les légats y mentionnés, tant en remise de dettes que relâche des fonds désignés, à la réserve du domaine d'Urieu, dont les religieux des Camaldules auroient été privés, & icelui remis à la masse de l'hoirie, comme pareillement ils l'auroient été du domaine de Lurieu marqué au projet du testament, & icelui appliqué au collége de Montbrison, suivant les conclusions du procureur du roi, à la charge, &c.

Messieurs nos juges ne crurent pas que sur le soupçon de la suggestion, quoiqu'il y en eût de grandes indices, on dût déclarer le testament nul, étant attesté de bons témoins, & fait par une veuve, maîtresse de ses droits, au profit de sa sœur: ils ne jugerent pas aussi qu'ils dûssent confirmer le légat fait aux religieux des Camaldules, ils crurent que par le moyen du projet écrit par le pere Boniface, la suggestion étoit plus forte pour ce chef, mais que cela ne nuisoit pas au reste, *utile per inutile non vitiatur.*

D'ailleurs, ils n'estimoient pas que ce fût une communauté bien approuvée, tant parce que les lettres-patentes de sa majesté qui permettoient à ces religieux de s'établir dans le royaume, n'avoient été vérifiées au parlement qu'après le décès de la testatrice, & ne pouvoient marcher en arriere, suivant la loi, *ea quæ C. de temporib. in integrum*, que parce qu'il n'y avoit point d'approbation formelle de M. l'archevêque de Lyon, n'y ayant qu'une simple permission provisionnelle de l'official.

Enfin nos messieurs raisonnoient de cette sorte: paroissant par le testament que l'un des domaines avoit été écrit, & par la déposition des témoins, que c'étoit de l'autre que la testatrice avoit entendu parler: ni l'un ni l'autre des domaines n'étoit dû, étant une espece de concours qui les détruisoit tous deux, parce qu'il y avoit de la fausseté à l'égard

BIU Cujas

de celui qui eſt écrit, *& ſic pro falſo ſaltem pro non ſcripto haberi debebat*; & en l'autre qui avoit été déſigné & dicté par la teſtatrice, la ſeule noncupation n'y étoit pas ſuffiſante, n'en étant rien par écrit; & par conſéquent qu'aucun des deux n'étant légitime il ne pouvoit être valablement demandé.

On argumentoit de ce qui eſt dit en la loi *ſi quis ita*, § *ſi duobus Titiis*, *ff. de adimend. legat.* & autres textes ſemblables, que ſi *non appareat cui datum ſit, neutri legatum, quia mutuo concurſu ſeſe impediunt*; & parce que ſur l'incertitude, ce qui eſt obſcur & incertain, *pro non ſcripto habetur.*

Mais comme il paroiſſoit auſſi que la défunte avoit voulu léguer un des deux domaines en faveur de l'égliſe & à œuvre pie; meſſieurs nos juges pour ne pas fruſtrer ſon intention crurent que ſur l'indignité ou incapacité des religieux des Camaldules, il falloit appliquer le légat à quelque autre ſujet autant ou plus favorable, ſuivant la diſpoſition de la loi 4, *ff. de adminiſtrat. rerum ad civitatem pertinentium.*

Et comme *in dubio quod minimum eſt ſequimur*, en matiere de légats, ainſi que nous avons dit ailleurs, & qu'en effet à la loi 39, *apud Julianum ff. de legat*, 1, il eſt formellement décidé, que l'un de deux fonds de même nom étant légué, *minor cenſetur legatus*, nos Juges n'avoient appliqué au college de cette ville que le moindre des deux domaines, parce qu'en effet en ſemblables cas, *id quod eſt exiguius eſt præſtandum*, *l.* 14 du même titre, & *l.* 75, *ff. de legat.* 3.

Y ayant eu appel de la ſentence tant de la part de l'héritier, que des religieux des Camaldules, non-ſeulement la ſentence fut confirmée pour la validité du teſtament, & payement des autres légats, mais encore en l'infirmant en ce qui concernoit les peres des Camaldules, & l'application de leurs legs à notre collége, la cour leur adjugea, & même contre ce que nous avons dit, que *in legatis quod minus eſt debetur*, elle leur adjugea le meilleur domaine, quoiqu'il y eût preuve au procès que lors de la lecture du teſtament, la teſtatrice avoit déclaré qu'elle entendoit que ce fût le moindre, l'ayant déſigné par ſa paroiſſe.

Nous n'en pouvons donner autre motif que la faveur de la cauſe pie, & d'un nouvel établiſſement, à quoi on peut ajouter que nonobſtant le dire de quelques témoins, & la preuve qui réſultoit du projet qui ne parloit que du moindre domaine, la cour a jugé que ſur le doute & l'équivoque du nom, il s'en falloit plutôt tenir au teſtament qu'au dire des témoins, & que l'écriture devoit prévaloir à un témoignage incertain : enfin que *in dubio pro dotibus melius reſpondere eſt*, & que ſemblable légat eſt comme la dot d'un monaſtere, quoiqu'il ſemble qu'à la rigueur ni l'un ni l'autre ne fût dû.

D'autant que l'un n'étoit pas écrit, & que l'autre ne le devoit pas être. Fait à ce ſujet ce qui eſt dit en la loi 9, *ff. de hæredibus inſtituend.* que ſi le teſtateur a eu intention de faire Titius héritier, & en a écrit un autre, *& ita in corpore erravit, neque eum hæredem eſſe qui ſcriptus eſt, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam ſcriptus non eſt*, ce qui eſt confirmé en la loi 4, *ff. de legat.* où il eſt décidé que ſi *teſtator in corpore erravit, nihil debebitur*, parce que *non ſcripſit quod voluit, ſcripſit autem quod noluit.* Enfin fait à ce ſujet la loi 3, *ff. de rebus dubiis, ubi qui aliud dicit quàm vult, neque id dicit quod vox ſignificat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.*

6 En l'autre eſpece que nous voulons rapporter, une fille novice au monaſtere des Urſulines de cette ville, au point de faire profeſſion, ayant fait ſon teſtament, & outre ce qui lui avoit été conſtitué pour ſa dotation, ayant légué une ſomme aſſez notable au profit de ſon couvent, & encore aux peres de l'Oratoire de cette ville, la ſomme de douze cens livres, mais à l'œuvre & au bénéfice particulier du collége dont ils ſont chargés dans cette ville, ces legs furent conteſtés & débattus de nullités par le tuteur de l'héritier inſtitué, frere de la teſtatrice. Ils furent pourtant confirmés en ce ſiége par quelque conſidération, mais un peu trop favorable quant au legs fait aux Urſulines, attendu les divers arrêts qui les prohibent & ſervent de préjugés.

Mais pour les legs fait aux peres de l'Oratoire, on ne croyoit pas qu'il fût diſputable, quoique l'un d'eux fût le confeſſeur & directeur des Urſulines, & par conſéquent de la teſtatrice : à cauſe même que non-ſeulement ce legs n'étoit pas fait au particulier, mais encore ne regardoit pas directement la communauté. Qu'il étoit plutôt fait au collége & à la ville qu'aux peres de l'Oratoire, & étoit d'autant plus favorable, que le collége n'étoit pas encore bien établi, & qu'il y falloit bâtir : outre qu'en effet les peres de l'Oratoire avoient bien témoigné qu'ils n'en vouloient pas faire leur profit particulier, puiſqu'ils avoient cédé la ſomme léguée au ſieur de Greyſieu, créancier hypothéquaire de la maiſon du collége en acquittement de partie de ce qui lui eſt dû pour le prix d'icelle.

Nonobſtant toutes ces conſidérations & l'intervention du ſieur de Greyſieu, la ſentence de ce ſiége a été réformé auſſi bien pour le legs faits aux peres de l'Oratoire, quoiqu'à l'œuvre & fabrique du collége, que pour le legs fait aux Urſulines : c'eſt que la cour a jugé que ce n'étoit qu'une couleur, & que ſi ces prétextes étoient admis, on n'en manqueroit pas pour couvrir ſemblables legs.

Mais quoiqu'il en ſoit, on peut dire que par cet arrêt il a été jugé, que comme on ne peut donner au confeſſeur, on ne peut pas donner à ſa communauté, le ſoupçon étant égal, & y ayant ſujet de préſumer que n'ayant pû ſe faire donner, il a fait donner à ſa communauté : mais comme cela nous ſemble trop rigoureux, nous eſtimons que c'eſt une déciſion qui dépend des circonſtances & de l'excès ou de la modicité du legs.

Depuis ce traité nous avons vû ce qu'en a dit M. Jean-Marie Ricard, en ſon traité des donations entre-vifs & teſtamentaires, 1 part. chap. 2, ſect. 9, où il cotte un arrêt du 29 avril 1625, donné en l'audience de la grand'chambre : par lequel la cour a déclaré bon & valable le legs de quatre mille livres, fait par Anne Copoys, fille dévote demeurante à Troyes, au profit des Urſulines; au cas qu'elles vinſſent à s'établir dans vingt ans en ladite ville, & après ce tems aux peres Jéſuites de la même ville, ou autres de la province, à la diſcrétion de ſes exécuteurs teſtamentaires, quoique le confeſſeur de la teſtatrice fût de la compagnie des Jéſuites.

Mais ſauf le reſpect d'un ſi bon auteur, nous ne croyons pas que cet arrêt ſoit formel, le legs n'étoit pas fait directement aux Jéſuites, c'étoit au profit des Urſulines, & il y avoit bien apparence que dans vingt ans elles ſe pourroient établir dans une ſi bonne ville que celle de Troyes. Ainſi ce legs n'étoit fait aux Jéſuites que ſubſidiairement, & pour le faire ſubſiſter : ce n'étoit qu'une application ſubordonnée pour mieux obliger les Urſulines à s'y établir, & partant il n'y avoit pas préſomption de ſuggeſtion.

Auſſi nonobſtant cet arrêt, le même auteur dé-

BIU Cujas

clare que ſi le legs fait à la communauté étoit fort conſidérable, il y auroit plus de difficulté; & il témoigne qu'en ce cas il le jugeroit nul, & qu'il faut croire que la donation faite au monaſtere, eſt cenſée faite au religieux qui l'a pratiquée par l'argument du pere au fils, & par ce zele commun qu'ils ont pour leur ordre & leurs maiſons.

Extrait des regiſtres du bailliage de Forez.

7 ENTRE pere Paul des Olives, religieux profès de l'ordre de ſaint Romualde, autrement de Camaldoly, procureur général des autres religieux du même ordre établi en ce royaume, ayant pris en main pour pere Boniface Dantoine, & frere Boniface, religieux dudit ordre, demandeur en délivrance du domaine d'Urieu, légué auxdits religieux par défunte Marguerite Cellarier en ſon teſtament du 3 avril 1639, d une part: Et damoiſelle Iſabeau Cellarier, héritiere teſtamentaire de ladite Marguerite ſa ſœur, défendereſſe & incidemment demandereſſe en inſcription de faux & ſuggeſtion contre ledit teſtament, pour être maintenue *ab inteſtat* en ladite hoirie, d'autre: Et ledit pere des Olives, les curés & prêtres, déſerviteurs de l'égliſe de ſaint Nizier; M. Pierre Boyer, ſyndic du couvent des peres capucins de Saint-Bonnet, Maurice de Bonneville, écuyer, pere & légitime adminiſtrateur de Marguerite Vallard, Alix du Mas, & M. Jean du Breuil, procureur en ce ſiége, commis ſyndic de tous les autres légataires du teſtament, défendeurs en lad. inſcription, pour être payés de leurs légats, auſſi d'autre part: Et encore Gaſpard Dupuy intervenant & demandeur en inſcription de faux & en décharge des ſubſtitutions appoſées audit teſtament, d'autre part: Et lad. Cellarier, & tous leſdits légataires reſpectivement défendeurs d'autre: Vû par nous la requête préſentée par leſdits Boniface Dantoine, & frere Boniface religieux, expoſitive, que défunte damoiſelle Marguerite Cellarier de la Roche, par ſon teſtament reçu par Buet, notaire, auroit ordonné qu'à ſon enterrement fuſſent appellés entre autres les peres hermites des Camaldules ſaint Romualde, & entre pluſieurs legs pieux auroit donné & légué auxdits peres de Camaldoly ſa maiſon & domaine d'Urieu avec ſes appartenances & dépendances en quoi qu'il conſiſte, ſans y comprendre la commande du bétail, à la charge de dire & célébrer la meſſe annuellement chacun jour de l'année à l'intention du feu ſieur de la Tour, mari de ladite demoiſelle, & autres prédéceſſeurs de leurs maiſons, à quoi leſdits religieux étoient prêts de ſatisfaire, même déja ſatisfait en partie, dont ayant donné avis à damoiſelle Iſabeau Cellarier ſœur & héritiere univerſelle teſtamentaire de ladite défunte, & icelle requis leur délaiſſer la poſſeſſion dudit domaine avec ſes dépendances, & en auroit fait refus: demande en conſéquence à ce qu'il nous plût permettre de faire aſſigner par-devant nous ladite damoiſelle Cellarier, aux fins de ſe voir condamner à leur relâcher ledit domaine avec ſes appartenances & dépendances, leur rendre les meubles, grains, denrées & autres choſes; & en cas de plus longue conteſtation, voir ordonner le ſequeſtre, & autrement procéder ainſi que de raiſon: Ladite requête ſignée Punctis, procureur, notre ordonnance étant au bas, du 19 mai 1639: Exploit d'aſſignation poſé enſuite à ladite Cellarier, du 14 deſdits mois & an, ſigné Mas, ſergent royal: Teſtament de damoiſelle Marguerite Cellarier, du 13 avril 1639, reçu & ſigné Brichet, notaire royal: Défenſes fournies par la défendereſſe, contre la demande, & communication des demandeurs communiquée au procès: Addition deſdits demandeurs répondant auxdites défenſes: Notre ordonnance de ſequeſtre pour les fruits du domaine & fonds de queſtion du 11 juillet 1639, ſigné, Goüon, greffier: Extrait du bref de ſa ſainteté octroyé auxdits peres Boniface Dantoine, & autres religieux de Camaldoly, pour pouvoir habiter en France, pris ſur le livre des Inſinuations eccléſiaſtiques, au diocèſe de Lyon, ſigné Baſſet: Extrait des lettres de confirmation concédées auxdits religieux de Camaldoly, par le roi notre ſire, dûement inſinué au greffe eccléſiaſtique de ladite ville de Lyon, ſigné dudit Baſſet: Extrait fait par-devant nous de l'ordonnance de monſieur le grand vicaire en ce diocèſe, rendue en faveur deſdits religieux du 16 juin 1639, ſigné Boiſſonnier, greffier; acte de ſommation faite au procureur de la défendereſſe de prendre copie de ladite ordonnance du 8 juillet audit an 1639, ſigné dudit Boiſſonnier, délivrés, fournis contre la communication deſdites piéces contenant des faits de ſuggeſtion propoſés contre le teſtament de ladite défunte Cellarier: Copie de requête préſentée par Rambert Tardy, granger du domaine de la Farge, tendante à ce qu'il lui fût permis de faire aſſigner tant le ſieur conſeiller de la Mure que ladite damoiſelle Cellarier, aux fins de voir dire & ordonner ſommairement que par faute d'accepter par l'un ou l'autre la jouiſſance dudit domaine, il lui ſeroit permis de prendre & rendre la moitié, & laiſſer l'autre moitié entre les mains de celui qu'il nous plairoit nommer en qualité de ſequeſtre, diſtraction faite ſur icelle des frais que ledit Tardy avoit fait pour la levée, & de ceux qu'il feroit pour faire battre les fruits; enſemble de ceux qu'il a fait aux pourſuites & ſommations communiquées à la défendereſſe par ſommation du 17 août audit an 1639: Copie non ſignée de l'acte de répudiation faite par ledit ſieur de la Mure, du legat à lui fait par le teſtament de ladite Cellarier, dans lequel eſt compris ledit domaine des Farges, en conſéquence de laquelle répudiation la moitié des fruits dudit domaine ſeroit ſequeſtrée: Procuration fournie par la défendereſſe le 2 ſeptembre audit an 1639, reçue & ſignée Gravion, notaire royal: Requête préſentée par ladite défendereſſe, tendante à ce qu'il lui fût permis de faire aſſigner tous les légataires aux fins d'aſſiſter en la cauſe, nommer & convenir d'un ſyndic entre eux pour conteſter en icelle ſi bon leur ſemble, conjointement avec les demandeurs & à faute de ce, que la ſentence qui interviendra ſera déclarée commune contre tous leſdits légataires: Notre ordonnance étant au bas, du 19 dudit mois de juillet audit an 1639: Exploit d'aſſignation poſée enſuite des 11 & 12 dudit mois d'août, 1 & 2 décembre an ſuſdit, ſigné Mas, ſergent royal: ordonnance du 14 janvier 1640, portant que leſdits légataires conviendroient d'un ſyndic, autrement en ſeroit pris d'office, ſigné, Punctis, greffier: Autre ordonnance du premier février audit an, par laquelle M. Jean Dubreuil eſt nommé procureur-ſyndic deſdits légataires, ſignée, dudit Punctis: Moyens de ſuggeſtion fournis par ladite défendereſſe contre le teſtament de ladite feue Cellarier, ſignée de Saint-Hilaire, avocat, & communiqués aux procureurs des parties intéreſſées: Réponſes aux moyens de ſuggeſtion: Procuration fournie par la défendereſſe, par laquelle elle ſoutient les moyens de ſuggeſtion par elle baillés, pertinens & admiſſibles, & en tant que beſoin forme inſcription de faux contre

BIU Cujas

le teſtament : Ladite procutation en date du 5 mars 1646, reçûe & ſignée Vaulderin, notaire royal : Concluſion du procureur ſur la communication deſdits moyens de ſuggeſtion & de faux jugement, par lequel leſdits moyens de faux ſont déclarés pertinens & admiſſibles, & permis d'en faire preuve tant par titres que témoins, laquelle ſeroit rapportée dans la quinzaine, & dans le même tems à la diligence de ladite Cellarier, ſeroit rapporté au greffe le brouillard ou minute du teſtament, & reconnu pour ſervir ce que de raiſon, tant par comparaiſon de lettres, que témoins, parties préſentes ou appellées; comme auſſi la minute du teſtament; & enjoint au notaire recevant de ce faire huitaine après la ſignification; & à faute de ce faire, ledit tems paſſé, ſeroit contraint, daté du 2 mai aud. an 1640, ſigné dud. Punctis : Commiſſions expédiées à la défendereſſe ſur l'exécution dudit jugement, tant pour faire aſſigner témoins, que pour faire commandement au notaire & autres perſonnes publiques pour rapporter des actes pour la preuve des faits articulés avec les exploits faits enſuite : Information compoſée de dix témoins faite à la requête de ladite Cellarier des 8 mai & 12 juin audit an 1640 : Remiſe de la minute du teſtament, & réponſe du notaire recevant, du 14 dudit mois de mai, le tout ſigné dudit Punctis, greffier : Copie d'affirmation du pere Boniface, qui eſt demeuré d'accord d'avoir écrit le brouillard ou minute du teſtament, ſigné Janieu, clerc à M. Michel Punctis, procureur : Vû auſſi ledit brouillard ou minute du teſtament, ſigné de nous, Croppet, lieutenant-général au bas de chaque page : Acte de remiſe de piéces & ſignatures du 2 août 1640 : Reconnoiſſance faite dudit brouillard ou projet de teſtament daté du 11 ſeptembre audit an ſuſdit, le tout ſigné par ledit Punctis, greffier : Minute du jugement intervenu ſur l'incident de faux, par lequel il eſt dit que les parties ſont reçues en procès ordinaire : Ce faiſant baillera la défendereſſe le nom & qualité de ſes témoins dans la huitaine pour bailler par les parties intéreſſées leurs moyens de nullité des reproches, ſauf à reprendre l'extraordinaire s'il y échoit, du 21 juin 1642 : Déclaration baillée par la défendereſſe, contenant les noms, qualités & demeures des témoins ouis en l'information : Appointement, portant que les parties reprocheroient les témoins dans la quinzaine, autrement forclos : ce faiſant, la preuve reçue, publiée, ouverte, & les parties appointées à produire, contredire & ſauver dans le tems de l'ordonnance : Acte capitulaire des religieux de Camaldoly, au monaſtere de Saint Jean-Baptiſte, fondé dans le diocèſe de Paris, par lequel ils conſtituent pour procureur ledit pere Paul des Olives, pour la repriſe & pourſuite de l'inſtance de queſtion datée du 8 mai 1646, ſigné par extrait, Fouyn, greffier : Requête préſentée par ledit pere des Olives ſur la priſe en main qu'il fait au nom dudit ordre pour ledit pere Boniface Dantoine, tendante à la réception de ladite priſe en main, & permiſſion de faire extraire les bulles de ſa ſainteté : Lettres-patentes de ſa majeſté, & autres piéces qui ſeront jugées néceſſaires pour le ſoutenement du procès, parties préſentes ou dûement appellées : Notre ordonnance du 20, jour dudit mois de mai 1646 : Exploit d'aſſignation poſé enſuite pour le fait deſdits extraits, du 2 juin audit an, ſigné Pery Coller, ſergent royal : Verbal fait ſur leſdits extraits, avec les piéces extraites cidevant énoncées, daté du 7 des ſuſdits mois & an, ſigné dudit Fouyn, greffier : Requête baillée par ledit Gaſpard Dupuy, tendante à ce qu'il fût reçû partie intervenante, de lui ſignée & de Brague, procureur, notre ordonnance étant au bas, du 15 décembre audit an 1646, ſignifiée le 17 dudit mois par acte, ſigné Punctis, greffier : Contredits baillés par les ſieurs curé & prêtre de Saint Nizier, contre la production de la défendereſſe : Requête employée pour contredits par les autres parties : Salvations répondant auxd. contredits : inventaires & productions deſd. parties : Concluſions diffinitives du procureur du roi : Et tout ce qui faiſoit à voir dûement conſidéré : IL EST DIT, ſans avoir égard aux inſcriptions en faux, que ladite Iſabeau Cellarier eſt maintenue en l'hoirie de ladite Marguerite ſa ſœur en vertu de ſon teſtament, dudit 13 avril 1639, & en conſéquence de ce condamnée à payer les légats y mentionnés, tant en remiſe de dettes que relâche de fonds déſignés, à la réſerve du domaine d'Urieu, dont nous avons privé leſdits religieux de Camaldoly, & icelui remis à la maſſe de l'hoirie, comme pareillement nous les avons privés du domaine de Lurieu, marqué au projet dudit teſtament, & icelui appliqué au collége de cette ville ſur les requiſitions du procureur du roi, à la charge de dire par les recteurs d'icelui les meſſes ordonnées par le teſtament de ladite Marguerite de Cellarier : & attendu la répudiation faite par le ſieur de la Mure de ſon légat des fonds affectés à partie des autres légats, nous avons ordonné que leſdits fonds ſeront vendus de notre autorité, pour du prix en provenant, & des fruits d'iceux tant perçûs, qu'à percevoir, juſques à l'adjudication, être leſdits légataires délegués ſur leſdits fonds payés tant en principal que revenus, ſi tant ledit prix ſe peut monter, ſinon à venir entre tous à diminution au ſol la livre : à cet effet les ſequeſtres rendront compte des fruits par-devant nous dans la quinzaine, & ſeront contraints par corps comme dépoſitaires des biens de juſtice : & avant rendre droit ſur le ſecond chef de l'intervention dudit Dupuy, les parties conteſteront plus amplement, ſans dépens entre les parties, attendu leurs qualités, ſigné, Croppet, conſeiller du roi, préſident & lieutenant-général au bailliage de Forez, Denys Livet, lieutenant particulier. Du Roſier, Chappuis & Boyer, conſeillers-magiſtrats audit ſiége.

S'enſuit l'arrêt intervenu ſur cette ſentence, pour la premiere controverſe.

Extrait des regiſtres du parlement.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront : Salut, ſçavoir faiſons; que comme de la ſentence donnée par notre bailli de Forez, ou ſon lieutenant à Montbriſon, le 22 de juin 1647, entre frere Paul des Olives, religieux profès de l'ordre de ſaint Romuald, autrement de Camaldoly, procureur-général des autres religieux du même ordre, établis en notre royaume; ayant pris la cauſe pour frere Boniface Dantoine, & frere Boniface, religieux dudit ordre, demandeur en délivrance du domaine d'Urieu, légué auxdits religieux par défunte damoiſelle Marguerite Cellarier, par ſon teſtament du 13 avril 1639, d'une part : & Iſabeau Cellarier, damoiſelle, héritiere teſtamentaire de ladite Marguerite Cellarier, ſa ſœur, défendereſſe, & incidemment demandereſſe en inſcription de faux; & ſuggeſtion contre ledit teſtament, pour être maintenue, *ab inteſtat*, en ladite hoirie, d'autre : Et entre ledit frere Paul des Olives, les curé & prêtres, & deſſerviteurs de l'égliſe ſaint Nizier, 8

BIU Cujas

maître Pierre Boyer, ſyndic du couvent des peres Capucins de Saint-Bonnet, Maurice de Bonneville, écuyer, pere & légitime adminiſtrateur de Marguerite Vallard, Alix Dumas & maître Jean Dubreuil, procureur audit ſiége, commis ſyndic de tous les autres légataires dudit teſtament, défendeurs en ladite inſcription, d'autre : Et encore Gaſpard Dupuys, intervenant & demandeur en inſcription de faux, & en décharge de ſubſtitution appoſée audit teſtament, d'une part : Et ladite Cellarier, & tous leſdits légataires reſpectivement, défendeurs, d'autre : par laquelle, ſans avoir égard aux inſcriptions de faux, ladite Iſabeau Cellarier auroit été maintenue en l'hoirie de ladite Marguerite, ſa ſœur, en vertu de ſondit teſtament, du 13 avril 1639, & en conſéquence elle condamnée à payer les légats y mentionnés, tant en remiſe de dettes, que relâche de fonds, à la réſerve du domaine d'Urieu, dont les religieux de Camaldoly auroient été privés, & icelui remis à la maſſe de l'hoirie; comme pareillement ils auroient été privés du domaine de l'Urieu, marqué au projet dudit teſtament, & icelui appliqué au collége de Forez, à la charge de dire par les recteurs d'icelui les meſſes ordonnées par ledit teſtament : & attendu la répudiation faite par le ſieur de la Mure de ſon légat des fonds affectés à parties des autres légats, auroit été ordonné que leſdits fonds ſeroient vendus, pour du prix en provenant, & des fruits d'iceux, tant perçûs qu'à percevoir juſqu'à l'adjudication, être leſdits légataires délégués ſur leſdits fonds, payer tant en principal que revenus, ſi tant ledit prix ſe peut monter, ſinon à venir entre tous à contribution au ſol la livre; à cet effet que les ſequeſtres rendroient compte des fruits dans quinzaine, & ſeroient contraints par corps comme dépoſitaires de biens de juſtice : Et avant rendre droit ſur l'intervention dudit Dupuys, auroit été ordonné que les parties conteſteroient plus amplement, & ſans dépens : Eût été appellé à notredite cour de parlement, en laquelle le procès par écrit conclu & reçû pour juger par arrêts des 6 août 1648 & 5 mai 1649, entre ladite Iſabeau Cellarier, & ledit frere Paul des Olives, audit nom reſpectivement appellant de ladite ſentence, d'une part : Et ladite Cellarier, les prêtres, curé & deſſerviteurs de l'égliſe ſaint Nizier, ledit Boyer, ſyndic du couvent des Capucins de Saint-Bonnet, Maurice de Bonneville, pere & légitime adminiſtrateur de Marguerite Vallard, Alix Dumas, maître Jean Dubreuil, audit nom de ſyndic des autres légataires, & Gaſpard Dupuys, intimé, d'autre : Joint les griefs, moyens de nullité & production nouvelle des appellans qu'ils pourroient bailler dans le tems de l'ordonnance, auxquels griefs & moyens de nullité les intimés pourroient répondre, & contre ladite production nouvelle bailler contredits : icelui procès vû, griefs reſpectivement fournis par leſdits appellans : Réponſes de ladite Cellarier, & deſdits curé, prêtres & deſſerviteurs de ſaint Nizier : Forcluſions d'en fournir par les autres intimés : Requête d'emploi pour moyens de nullité : & production nouvelle dudit Paul des Olives : Forcluſions de fournir leſdits moyens de nullité, & de produire de nouvel par lad. Cellarier, incident de lettres par elles de nous obtenues en chancellerie le 4 mars dernier, pour articuler de nouvel les faits y contenus de l'ordonnance de notredite cour, communiquées & miſes au ſac : Requête d'emploi pour réponſes dudit Paul des Olives : Arrêt du 12 Février dernier donné entre leſdits curé, prêtres & deſſerviteurs de l'égliſe ſaint Nizier, demandeurs, d'une part : Et leſdits religieux de Camaldoly, ladite Cellarier, ledit Boyer ès-noms, les peres de l'Oratoire de Montbriſon, & les conſuls & échevins, & habitans dudit lieu, défendeurs, d'autre : par lequel auroit été ordonné que dans huitaine les défendeurs mettroient les inſtances en état de juger, autrement diſjoints en vertu dudit arrêt : Forcluſion de ſatisfaire à icelui : Production nouvelle deſdits religieux de Camaldoly : Requête de ladite Cellarier, employée pour contredits contre icelle, requête d'iceux religieux du 26 du préſent mois d'août, à ce que ledit domaine d'Urieu, ſis en la paroiſſe de ſaint Juſt en Forez, à eux légué par ledit teſtament, leur fût déclaré & adjugé avec reſtitution de fruits, dépens, dommages & intérêts, de l'ordonnance de notredite cour, communiquée & miſe au ſac; le tout joint & diligemment examiné. NOTREDITE COUR par ſon jugement & arrêt a diſjoint l'appel interjetté par ladite Cellarier à l'égard deſdits Dupuys, Bonneville, Boyer, Dubreuil, audit nom, & les prêtres de l'Oratoire de Montbriſon, & l'intervention des conſuls, échevins & habitans dudit lieu, pour y être ſéparément fait droit : Et en tant que touche l'appel de ladite Cellarier à l'égard des prêtres, curé & deſſerviteurs de l'égliſe ſaint-Nizier, ſans s'arrêter à noſdites lettres, a mis l'appellation au néant ſans amende : ordonne que la ſentence de laquelle a été appellé ſortira effet; & ſur l'appel deſdits religieux, l'appellation & ſentence au néant; émendant, ſans avoir égard aux moyens de faux & ſuggeſtion, condamne ladite Cellarier, leur faire délivrance de la maiſon & domaine d'Urieu, ſitué en la paroiſſe de S. Juſt, conformément au teſtament de ladite Marguerite Cellarier du 13 avril 1639, ſans reſtitution de fruits, & ſans dépens deſdites cauſes d'appel. Si mandons au premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis, qu'à la requête des religieux de Camaldoly, le préſent arrêt mettre à exécution de point en point ſelon ſa forme & teneur : de ce faire te donnons pouvoir. Donné à Paris en notredite cour le 27 août, l'an de grace mil ſix cent cinquante, & de notre regne le huitiéme. Par jugement & arrêt de ladite cour. *Signé*, GUYET.

OBSERVATIONS.

De l'incapacité des confeſſeurs & de leur monaſtere, de recevoir de ceux qui ſont ſous leur direction.

L'AUTEUR dans cette queſtion examine, ſi la prohibition de donner aux confeſſeurs, doit s'étendre aux monaſteres de leur ordre. Il dit que la queſtion s'étant préſentée dans ſon ſiége, elle a été jugée diverſement, & que les ſentences ont été infirmées. Par la premiere, les officiers de Montbriſon avoient déclaré nul un legs fait au profit des Camaldules, du nombre deſquels étoit le confeſſeur de la teſtatrice, lequel avoit écrit de

BIU Cujas

ſa main le projet du teſtament ; cependant par l'arrêt le legs fut confirmé. Par la ſeconde ſentence le legs fait par une fille qui étoit novice au couvent des religieuſes Urſulines de la ville de Montbriſon, de la ſomme de 1200 livres au profit des peres de l'Oratoire, qui ſont les directeurs des Urſulines, pour être employée à l'œuvre & au bénéfice du collége, dont les peres de l'Oratoire ont la conduite, fut déclaré bon & valable, & par
9 l'arrêt il fut infirmé : cependant il méritoit beaucoup plus de faveur que le premier. Quel jugement peut-on porter de ces deux arrêts ? ſinon que la juriſprudence des arrêts eſt très-incertaine, parce qu'elle dépend des différentes circonſtances du fait, *facti interpretatio plerumque etiam prudentiſſimos fallit*, c'eſt pourquoi notre auteur n'a pas raiſon de chercher toujours à les juſtifier.

10 Pour revenir à la queſtion, notre auteur eſtime que la prohibition doit s'étendre au monaſtere, parce que ce ſeroit un moyen d'éluder l'ordonnance ; le confeſſeur connoiſſant ſon incapacité, engageroit ſon pénitent de donner à ſon couvent, dont les intérêts lui ſont auſſi chers que les ſiens propres. Il ajoute pourtant que cela doit dépendre des différentes circonſtances & de la modicité des legs, ce qui eſt ſans doute à conſidérer.

11 M. Ricard, des donat. part. 1, ch. 3, ſect. 9, nomb. 515 & ſuivans, traite la queſtion. Il eſt de l'avis de notre auteur, ſur-tout lorſque le legs eſt conſidérable, & fait par une perſonne foible & ſuſceptible d'impreſſion.

A l'égard de la perſonne du confeſſeur, il approuve les libéralités modiques & proportionnées au ſervice que le confeſſeur a rendu au malade ; cela eſt juſte, & cela eſt en uſage.

12 M. Catelan, tome 1, livre 2, chap. 97, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe rendu en 1691, qui a déclaré nulle l'inſtitution faite par la demoiſelle Catelan, en faveur de la congrégation des ſœurs du tiers-ordre de Notre-Dame du Mont-Carmel, établie dans l'égliſe des Carmes, parce qu'un religieux Carme étoit directeur & confeſſeur de la teſtatrice. Par cet arrêt, non-ſeulement l'inſtitution univerſelle fut caſſée, mais auſſi le legs de ſoixante livres de penſion viagere, faite au profit du directeur : cela eſt bien rigoureux, le crédit de meſſieurs Catelan peut bien avoir eu quelque part à ce jugement.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA juriſprudence du parlement de Rouen eſt encore plus rigoureuſe ; elle ne permet pas de rien donner ni léguer, ni au confeſſeur, ni à ſon monaſtere, ſuivant les arrêts cités par M. Baſnage, ſur la coutume de Normandie, art. 439.

A l'égard des prêtrés de l'Oratoire, quoiqu'ils ne ſoient pas religieux, puiſqu'ils ne font point de vœux, néanmoins leurs maiſons ne ſont pas capables de recevoir des diſpoſitions univerſelles de leurs novices, qu'ils appellent *confreres*, ainſi qu'il a été jugé contre les peres de l'Oratoire de la ville de Lyon, par un arrêt du 22 mai 1675, rendu au parlement de Provence, où la cauſe avoit été renvoyée par arrêt du conſeil. Cet arrêt eſt rapporté dans le journal du palais, & par Boniface, dans la ſuite de ſon recueil des arrêts du parlement de Provence, tom. 1, liv. 7, tit. 4, ch. 2.

Voir le plaidoyer 11, tom. 4.

DES DONATIONS, SI LA PROHIBITION S'ÉTEND AUX Avocats & Procureurs.

QUESTION CENT-SOIXANTE-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les médecins ont un grand pouvoir ſur l'eſprit des malades.*
2. *Arrêts qui ont déclaré nuls les legs faits aux medecins, chirurgiens & apothicaires.*
3. *Raiſons pour étendre la prohibition aux avocats & procureurs.*
4. *Raiſons pour établir le contraire.*
5. *Arrêts cités par Maynard & Charondas, contre les avocats.*
6. *Il faut diſtinguer les pactions, & les donations entre-vifs, d'avec les teſtamens & donations à cauſe de mort.*
7. *Les arrêts du parlement de Grenoble autoriſent*

BIU Cujas

torisent les dispositions testamentaires au profit des avocats & procureurs.

8. *Arrêt du parlement de Paris, qui sur un procès évoqué de Grenoble, ordonne qu'il sera informé de l'usage du pays de Dauphiné.*

9. *Eloge de M. Canaye, pere.*

10. *Avis des Turbiers, que les dispositions au profit des procureurs, sont valables.*

11. *L'arrêt du 3 mars 1653, qui a réduit un legs fait en faveur d'un Avocat, est intervenu sur des circonstances particulieres.*

12. *Sentiment de Ricard, conforme à la distinction de l'auteur, entre les donations & les legs.*

13. *Deux arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé valables les donations entre-vifs faites à des avocats.*

14. *Plusieurs arrêts du parlement de Paris, pour la validité des legs.*

15. *Deux arrêts du parlement de Grenoble, qui ont déclaré valables les institutions d'héritier faites au profit des avocats & des procureurs.*

16. *La même jurisprudence est suivie au parlement de Toulouse, quand les dispositions sont faites après les procès terminés.*

17. *Les arrêts cités par Mainard & Charondas, ont été par eux mal entendus, aussi-bien que par Despeisses & Lapeyrere.*

QUESTION CLXIX.

Si les mêmes ordonnances qui prohibent de donner aux tuteurs & autres administrateurs, se doivent étendre aux avocats & procureurs, ainsi qu'aux médecins & chirurgiens.

PUISQUE les anciens appelloient les médecins *Sauveurs*, au rapport de Lucien *in Ocybo*, il ne faut pas douter du grand pouvoir qu'ils ont sur les hommes, & ce n'est pas sans sujet que notre roi Louis XI croyoit que sa vie dépendoit de son médecin. A ce propos est fort remarquable le passage qui est dans le prophête Isaye, au chap. 3, *non sum Medicus, & in domo mea non est panis; nolite me constituere principem populi.* Comme si pour être roi, il falloit en ce tems-là, ou avoir de quoi nourrir le peuple, ou la vertu de le guérir de ses maladies. Tant y a qu'un malade considérant son médecin comme son sauveur, & s'imaginant que c'est de lui que dépend sa guérison, il ne lui peut rien refuser. Il est le maître de la derniere volonté qui est l'ame du testament, & sa suggestion peut être d'autant plus forte, que la foiblesse du malade est plus grande.

2 Nous ne voulons pas nous arrêter à coter les arrêts qui ont déclaré nuls, ou réduit les legs faits aux médecins, apothicaires ou chirurgiens. Tronçon, sur l'article 276 de la coutume de Paris, en a coté quelques-uns, ce qui doit suffire.

3 Mais quant aux avocats & procureurs, on peut dire pour l'affirmative qu'il y a identité de raison; ce que les médecins sont pour le corps & ses maladies, les avocats & procureurs le sont pour l'esprit & ses passions: & c'est ce qu'a voulu dire *Sidonius Apollinaris*, en l'une de ses épîtres, lorsque parlant des avocats & des plaideurs, il a dit que contre l'ordre commun, *medici sedent, ægri deambulant.* D'où on peut inférer qu'un avocat, qu'un procureur n'ayant pas moins de pouvoir sur sa partie, qu'un médecin sur un malade, la prohibition doit être égale, où le danger est égal. Qu'en effet un avocat, un procureur étant en quelque façon maître de la fortune & des biens de son client, on ne doit pas douter qu'il ne soit en leur puissance, & qu'il ne leur soit aisé de tirer de lui tous les avantages qu'ils voudront, soit par donation, ou par testament.

Que les empereurs Romains y avoient pourvu, puisqu'en la loi 6, *C. de postulando*, ils défendent ce commerce ou gâin illicite aux avocats; c'est en ces termes: *præterea nullum cum eo litigatore contractum quem in propriam recipit fidem ineat. Advocatus nullam conferat pactionem.* Ce qu'on veut s'entendre aussi-bien des testamens, que des contrats entre-vifs.

Au contraire, & pour la négative, on peut dire qu'il ne faut pas tirer conséquence des médecins aux avocats, puisque la fonction de ceux-ci cesse au tems le plus important, & lorsque le pouvoir des médecins regne, sçavoir, dans les maladies. Qu'il n'y a donc pas pareil sujet de crainte, la suggestion & l'impression étant plus commune & plus aisée envers un malade qu'envers les personnes saines. Qu'il ne se trouve pas aussi que la cour de parlement à Paris ait compris les avocats & procureurs, ainsi que les medecins, pharmaciens & chirurgiens, dans la prohibition des ordonnances. 4

Il est vrai que M. Maynard, liv. 3, chap. 12 de ses questions notables; & Charondas, en ses réponses, liv. 7, chap. 166, rapportent quelques arrêts du parlement de Toulouse, par lesquels les legs & les dons faits à des avocats & procureurs ont été déclarés nuls. Mais il faut remarquer que ledit sieur Maynard ayant prouvé & établi que toutes conventions, toutes pactions qu'un avocat ou un procureur fait avec celui du procès duquel il est chargé & a la conduite, sont nulles & contre les bonnes mœurs; & pour cela ayant coté des textes de droit & des arrêts, il étend leur disposition aux testamens & légats, en quoi il passe trop avant, y ayant de la différence. 5

Il faut bien demeurer d'accord que les pactions *de quota litis*, sont reprouvées; & que pendant le cours d'une instance, l'avocat ni le procureur n'en peut tirer un avantage excessif, ni se faire donner par son client partie de ses biens, parce que s'étant rendu nécessaire, ayant entre ses mains la fortune & les biens d'une personne, il peut abuser 6

BIU Cujas

de cette autorité, & s'en prévaloir par une voie illicite.

Mais il n'en eſt pas de même d'un teſtament, d'une diſpoſition à cauſe de mort, il n'y a pas même ſujet d'appréhenſion; & lorſqu'un malade teſte, il ſonge plutôt à établir l'ordre de la ſucceſſion, qu'à ſes procès. Il eſt au pouvoir des médecins, plutôt que d'un avocat ou d'un procureur, & même l'on ne permet pas que ſemblables perſonnes leur parlent d'affaires : & ſi l'on appelle un avocat, c'eſt plutôt pour la forme & ſolemnité d'un teſtament, que pour autre choſe; & partant, ſi le teſtateur, qui ſe ſent obligé à ceux qui l'ont bien ſervi, ou qui veut les obliger à continuer la même aſſiſtance aux ſiens, leur fait quelque legs, c'eſt plutôt une reconnoiſſance qu'un avantage qui puiſſe être ſuſpect.

Auſſi ledit ſieur Maynard ne dit pas avoir été préſent lorſque ces arrêts ont été rendus, ni de les avoir vus, & il ne les a tirés que de quelques mémoires; tellement qu'étant incertains, on ne peut pas y faire fondement, & il faut croire, s'ils ſont véritables, qu'ils ont été rendus plutôt ſur des donations entre-vifs, ou pactions illicites, que pour des legs, & en cas de teſtament.

Et quoique Tronçon, écrivant ſur l'article 276 de la coutume de Paris, ſemble comprendre les avocats & procureurs, par la raiſon, dit-il, de l'article 272; il y met cette limitation, *que ce n'eſt que pendant le procès dont ils ſont chargés, & qu'après les procès jugés, les donations ſont valables.* A plus forte raiſon, lorſque c'eſt par teſtament, ou autre diſpoſition à cauſe de mort. Cet auteur cite pour cela la gloſe de la loi 6, *C. de poſtulando*, qui ne parle que des contrats entre-vifs, *propter timorem litis.*

7 Mais M. le préſident Expilly, parmi ſes arrêts du parlement de Grenoble, au chap. 220, rapporte que ce parlement a jugé par arrêt, qu'une partie avoit pu teſter au profit de ſon procureur, & que le teſtament fut confirmé.

Depuis, une dame de haute condition, & qui avoit pluſieurs procès audit parlement de Grenoble, ayant fait ſon teſtament, & par icelui inſtitué héritier ſon procureur, la ſucceſſion lui fut diſputée par l'héritier du ſang plus proche à ſuccéder. Comme il étoit puiſſant, & avoit beaucoup de parens au parlement de Grenoble, la cauſe, par évocation du conſeil privé, fut renvoyée au parlement, & jugée en la première chambre des enquêtes.

Il y avoit apparence que l'arrêt du parlement de Grenoble dût ſervir de régle, puiſqu'il ſe falloit conformer à ſon uſage, & que ce préjugé étoit rapporté par un auteur digne de foi; néanmoins meſſieurs de la premiere chambre jugerent à propos de s'en informer plus amplement, & rendirent l'arrêt qui ſuit.

Extrait des regiſtres du parlement.

8 Entre maître Abel de Buffenant, conſeiller du roi en ſes conſeils, préſident en ſa chambre des comptes de Dauphiné, demandeur à l'entérinement d'une requête par lui préſentée au vicebailli de Graiſivodan, le troiſiéme août ſix cent quarante-trois, à ce que, comme plus proche héritier, & habile à ſuccéder de défunte damoiſelle Antoinette de Buffenant, vivante, dame de Moidieu & de Puyſigueux, il fût maintenu & gardé en la poſſeſſion & jouiſſance de ladite ſucceſſion, avec dépens, dommages & intérêts, d'une part; & maître Charles Pichon, ſieur de Puyſigueux, conſeiller du roi, pourvu d'un office de tréſorier de France en Dauphiné, & héritier inſtitué de ladite défunte damoiſelle de Buffenant, défendeur, &c. Dit a été que la cour, avant faire droit ſur le tout, ayant aucunement égard à la requête dudit de Buffenant du 6 août 1647, lui a permis & permet d'informer dans ſix mois pardevant le conſeiller rapporteur, ou autre trouvé ſur les lieux, des faits contenus en icelle, circonſtances & dépendances, & faire répéter les témoins ouis en ladite enquête : ordonné que dans le même tems, il ſera par ledit conſeiller informé en deux turbes au ſiége de Graiſivodan, de l'uſage qui ſe pratique au pays de Dauphiné, pour le regard des teſtamens, ſi le legs univerſel, fait par le teſtateur à ſon procureur, eſt valable; pour ce fait rapporté & communiqué au procureur général du roi, être ordonné ce qu'il appartiendra par raiſon, dépens réſervés. Prononcé le vingt-neuviéme août mil ſix cent quarante-neuf.

Cet arrêt fut exécuté par M. Canaye, très-digne 9
conſeiller de cette chambre, & que je ne puis nommer qu'avec éloge, ayant pleine connoiſſance & de ſon mérite & des avantages qu'il a, & qui lui ſont & naturels & acquis, ayant joint l'expérience à cette vivacité d'eſprit & ſolidité de jugement qui lui eſt ordinaire. Voici donc comme les turbiers parlerent.

Maître Antoine du Bois, ancien avocat au par- 10
lement de Grenoble & au bailliage de Graiſivodan, Jean Martinon, &c. ont dit par la bouche dudit du Bois qu'il n'y a d'autre uſage dans cette province de Dauphiné, touchant la validité ou l'invalidité des teſtamens faits par des clients en faveur de leurs procureurs, que celui qui eſt introduit par le droit écrit, & que la ſeule qualité de procureur ne rend point les inſtitutions univerſelles, faites par iceux, nulles, ſuivant l'arrêt rapporté par le ſieur d'Expilly.

Maître Sulpice Barbier, ancien avocat au parlement de Grenoble, & au bailliage de Graiſivodan, Jean Charbot, &c. ont dit par la bouche dudit Barbier, qu'il n'y a point d'uſage particulier audit pays de Dauphiné, pour le regard des teſtamens & inſtitutions univerſelles, faites par les teſtateurs au profit de leurs procureurs, la queſtion demeurant à la diſpoſition du droit écrit, & ne ſçavent qu'il y ait eu autre arrêt conſtant audit parlement, que celui que rapporte le ſieur préſident d'Expilly, chapitre deux cens vingt, concernant leſdites inſtitutions univerſelles.

Il n'y a point eu d'arrêt diffinitif, parce que les parties s'en accommoderent; celui qui diſputoit le teſtament ayant bien prévu qu'aux termes de l'arrêt interlocutoire & de l'exécution d'icelui il ne pouvoit pas s'en promettre aucun avantage. Ainſi c'eſt un préjugé qui porte coup, & qui doit affranchir les avocats & procureurs de la rigueur des ordonnances & de leur prohibition.

Et ne faut pas qu'on oppoſe l'arrêt rendu en l'au- 11
dience de la grand'chambre le lundi 3 mars 1653, par lequel la cour réduiſit le légat fait à un avocat par la teſtatrice, de la ſomme de trois cent livres, d'une part, & de mille deux cent liv. d'autre, à deux cens, à quoi elle liquida ſes ſalaires. Car, comme a fort bien remarqué le ſieur Ricard, en ſa troiſiéme partie, chap. 3 de ſon traité des donations, M. l'avocat général Bignon remontra que la teſtatrice avoit fait ſon teſtament dans

BIU Cujas

la chaleur d'une instance en séparation de biens & d'habitation qu'elle avoit intentée contre son mari, & qu'elle n'avoit disposé au profit de son avocat & de son procureur, que dans l'espérance qu'ils l'assisteroient dans le cours de cette instance, & pour les y exciter davantage : qu'ayant donc fait cette disposition dans la colère, & pour les engager à soutenir une action, de laquelle elle s'étoit désistée aussi-tôt après, comme y étant mal fondée, il falloit inférer de-là, que la cause ayant cessé, l'effet devoit aussi cesser, sauf à régler leurs salaires.

Ainsi par cet arrêt, la cour n'a point jugé que l'avocat ou le procureur fussent incapables; mais bien que les legs à eux faits étoient comme conditionnels, & plutôt pour récompenser d'avance leurs peines & salaires que pour les gratifier.

OBSERVATIONS.

De la capacité des avocats de recevoir de leurs cliens, soit par testament ou par donation.

DANS cette question, l'auteur examine, si la prohibition de l'ordonnance doit s'étendre aux avocats & aux procureurs. Il distingue entre les donations entre-vifs & les dispositions à cause de mort. Il dit que les premieres leur sont interdites, & que les secondes leur sont permises.

M. Ricard, des donat. part. 1, chap. 3, sect. 7, depuis le nombre 503 jusqu'au 515, traite la question. Il est du sentiment de notre auteur, il fait la même distinction. Il établit fort bien, que les dispositions faites par testament au profit des avocats & des procureurs, sont valables; il cite plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé. Celui rendu en faveur de M. Gorrillon est rapporté par Dufresne, liv. 7, chap. 5. Mais il ne prouve point la prétendue incapacité pour la donation entre-vifs. En effet j'ai assisté à la plaidoirie de deux causes, où des donations faites à des avocats ont été confirmées. Le premier du.... mars 1688, a été rendu en la premiere chambre des enquêtes, sur les conclusions de M. le premier président de Harlay, pour lors procureur-général; & le second, du 4 mars 1692, a été rendu en la grand'chambre, sur les conclusions de M. le procureur-général Dagueſſeau, pour lors avocat-général, au profit de M. Adam. 12 13

Pour ce qui est de la capacité de recevoir par testament, tout le monde en convient. M. Soëfve, tom. 2, cent. 4, chapitre 89, rapporte un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, le 2 avril 1675, qui a confirmé un legs universel fait au profit de M. Abraham. Il en cite un autre rendu en 1673, en la quatriéme chambre des enquêtes au profit de M. Maréchal, qui a aussi confirmé un legs universel. 14

A l'égard des parlemens du droit écrit, notre auteur rapporte ici un arrêt rendu en la premiere chambre des enquêtes du parlement de Paris, sur un procès évoqué du parlement de Grenoble, qui a ordonné qu'il seroit informé de l'usage par une enquête par turbes. Il rapporte l'avis des Turbiers, qui témoignent que l'usage est conforme à l'arrêt du 18 février 1628, rapporté par M. Expilly, chap. 220, après quoi il y a lieu d'être surpris de l'arrêt interlocutoire du parlement de Paris, puisque l'arrêt rapporté par M. Expilly a été rendu de l'avis de toutes les chambres. Ce sçavant magistrat établit avec beaucoup d'érudition & de solidité, que les juges, les avocats & les procureurs, sont capables de toutes sortes de dispositions à cause de mort. 15

M. Chorier, dans sa jurisprudence sur Guy Pape, pag. 103, fait mention d'un arrêt du même parlement rendu le 21 mars 1753, en faveur de M.... Giraud, avocat au parlement de Grenoble, contre le sieur marquis de Sassenage, par lequel le testament de la dame de Blagnieu, qui avoit institué le sieur Giraud son avocat son héritier universel, fut confirmé.

A l'égard du parlement de Toulouse, suivant les arrêts rapportés par M. Cambolas, liv. 6, ch. 12, les avocats sont capables de toutes sortes de dispositions, pourvû qu'elles soient faites après le procès terminé. 16

Les arrêts cités par M. Maynard & par Charondas ont été mal entendus, comme M. Expilly & notre auteur le prouvent fort bien, & après eux M. Ricard, dans le lieu ci-dessus cité. Cependant Despeisses, tom. 1, pag. 345, nomb. 11, n'a pas laissé de les prendre à contre-sens, aussi-bien que Lapeyrere, lett. T. n. 190. 17

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA nouvelle note sur cet endroit de Lapeyrere, contredit son témoignage, quoiqu'en dise l'auteur. La cour a rendu des arrêts contraires à sa décision à l'égard des avocats, les arrêts ayant jugé, que les avocats étoient capables des legs & donations.

Au parlement de Provence les avocats & les procureurs sont capables de recevoir

BIU Cujas

toutes les diſpoſitions de leurs cliens après le procès fini, ſuivant le témoignage de M. Boniface, tome 2, liv. 1, tit. 1, ch. 2.

La même juriſprudence eſt reçue au parlement de Rouen, ſuivant les arrêts rapportés par M. Baſnage, ſur l'article 439 de la coutume de Normandie.

M. Baillet, tom. 1, liv. 5, tit. 1, chap. 19, rapporte deux arrêts rendus au parlement de Grenoble, qui ont jugé que les procureurs peuvent être valablement inſtitués héritiers par leurs cliens.

DES INTÉRÊTS DES PROMESSES ET OBLIGATIONS.

QUESTION CENT-SOIXANTE-DIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *En Auvergne l'uſage eſt de demander ſimplement le principal, & de faire proteſtation des interêts.*
2. *L'uſage du parlement de Paris, eſt qu'il faut demander préciſément les intérêts.*
3. *Raiſons de l'auteur, pour établir qu'il ſuffit de demander le principal, parce que cette demande conſtitue le débiteur en demeure, & que les intérêts ſont dûs* propter moram.
4. *Suite des raiſons de l'auteur.*
5. *De la forme de la demande pour produire des intérêts.*
6. *A Paris il faut demander le principal & les intérêts, enſemble & préciſément.*
7. *Dans le pays de droit écrit, il ſuffit de demander les intérêts ſeulement.*
8. *Quand on demande le principal, & que le débiteur offre de payer les intérêts, les juges le condamnent ſimplement aux intérêts.*

QUESTION CLXX.

S'il eſt abſolument véritable que des ſommes dûes par cédules ou obligations, l'intérêt ne ſoit dû qu'ayant été demandé, & du jour que la demande en eſt faite.

1 COMME l'on me fait l'honneur de me conſulter aſſez ſouvent pour l'Auvergne, ſoit à cauſe du voiſinage, ſoit pour y avoir acquis quelque réputation, je me ſuis quelquefois étonné de ce qu'en cette province-là, on n'y fait point de demande préciſe des intérêts, & qu'on ſe contente d'en faire proteſtation, & néanmoins qu'on ne laiſſe pas de les adjuger : Cet étonnement procede de ce que la commune opinion de nos praticiens étant que les intérêts ne ſont point dûs que par une demande formelle ſuivie d'une condamnation, & du jour que cette demande a été faite, l'Auvergne ſe doit conformer à cet uſage, & que c'eſt l'uſage de notre parlement de Paris duquel elle dépend.

2 Cet uſage eſt atteſté par M. Loüet, en la lett. I, nombre 6, où ſur la fin il dit, que par l'arrêt qu'il cotte, étant porté que l'intérêt eſt dû du jour du commandement, cela s'entend quand l'intérêt eſt particulierement demandé, & qu'il y a ajournement libellé à cette fin, & qu'autrement il n'eſt dû. Ce que Brodeau confirme en ſa note ſur cet endroit, & plus expreſſément ſur les nombres 8 & 9 de la même lettre I, où il ajoute que la demande du principal, avec proteſtation des intérêts n'opere rien, & qu'il faut préciſément les demander en jugement, parce que celui qui proteſte ſimplement, *non petit ſed petere vult*, comme il eſt dit en la loi *amplius* 15, *ff. rem ratam haberi.*

C'eſt ce qui ſemble condamner l'uſage du pays d'Auvergne, & c'eſt ce qui m'a obligé d'y réver, & de digérer un peu mieux cette matiere; car je crois que s'il y a de l'erreur ou de l'abus, c'eſt plutôt en notre uſage commun, qu'en ce qui ſe pratique au pays d'Auvergne.

Il eſt vrai ce que dit Brodeau, que la demande 3
& interpellation judiciaire eſt le germe de l'intérêt du prêt enrre majeurs, & que ſans elle il ne peut être produit : mais je dis que c'eſt la demande & pourſuite du principal, & qu'elle ſuffit : C'eſt parce qu'elle conſtitue en faute & demeure le débiteur, & que la condamnation des intérêts procédant de la contumace du débiteur & de ſa mauvaiſe foi, elle eſt établie par la demande qu'on lui fait du principal.

Il eſt vrai que qui proteſte ſimplement, *non petit ſed petere vult*, mais on ne peut pas dire cela du créancier qui demande ſon principal, & qui pourſuit d'en avoir le payement. Il faut en effet qu'il ſoit demandé, & que le créancier témoigne qu'il tend plutôt à le retirer qu'à lui faire produire un intérêt; il faut que cet intérêt ne ſoit que ſubſidiaire, que ce ſoit un acceſſoire, & une peine de la demeure & contumace du débiteur. Au lieu que par notre uſage il eſt vrai de dire que l'acceſſoire marche devant le principal, & qu'on demande plutôt l'intérêt qu'on ne demande la ſomme qui eſt dûe : on ſe contente de faire un ſimple commandement de payer, & l'on donne aſſignation, non pas pour payer le principal, on ne tend pas à cela, mais pour ſoi voir condamner aux intérêts; au lieu qu'en bonne juriſprudence, il faudroit faire aſſigner pour payer le principal, & à faute d'y ſatisfaire, ſoi voir condamner aux intérêts.

BIU Cujas

Et même il ſemble que cette même concluſion ne devroit avoir lieu que pour les cédules & autres actes qui ne ſont pas exécutoires, & non pour les obligations; & que pour icelles & à fin de conſtituer en faute, & demeure le débiteur, il faudroit uſer de quelque forme de contrainte. Car pourquoi lui demander ſimplement ce qu'il doit, & ſe contenter d'un ſimple commandement, ſi l'on peut le faire contraindre? C'eſt ce qu'il faudroit s'efforcer de faire, pour témoigner qu'on tend plus à retirer ſon principal qu'à faire courir l'intérêt.

Mais pour revenir à notre ſujet, n'eſt-ce pas plutôt la demande du principal que de l'intérêt qui le produit: & n'eſt-il pas vrai que dès-lors qu'un débiteur eſt pourſuivi de payer, ou qu'il eſt exécuté, il eſt dès-lors en contumace, & obligé au dommage que le créancier ſouffre par ce retardement? Qu'en effet l'exécution étant confirmée, le juge doit prononcer avec dépens, dommages & intérêts, & nous croyons avoir lû en quelque endroit, qu'en ce cas l'intérêt s'y trouve compris, quoiqu'il n'ait pas été demandé par le libelle.

4 Mais, puiſque notre uſage eſt fondé ſur l'article 60 de l'ordonnance d'Orléans, voyons s'il eſt conforme, & s'il oblige à faire demande préciſe des intérêts.

Il porte, que *contre les condamnés à payer certaine ſomme de deniers dûs par cédule ou obligation, ſeront adjugés les dommages & intérêts pour le retardement du payement, à compter du jour de l'ajournement qui leur aura été fait.* Cet article ſuppoſe donc que c'eſt pour le retardement du payement, & comme ce retardement procede par la demande qu'on fait de la ſomme principale, c'eſt une conſéquence que l'ordonnance entend que cette demande, & la demeure en laquelle elle conſtitue le débiteur faſſe adjuger les dommages & intérêts.

Et ſi bien elle ajoute qu'ils ſeront adjugés du jour de l'ajournement, elle n'entend pas que ce ſoit d'une aſſignation pour les intérêts, mais bien pour la demande du principal, ſans laquelle il n'y auroit point de retardement du payement, qui eſt le fondement de l'ordonnance. D'où il eſt aiſé d'inférer qu'elle na pas entendu que cela fût adjugé comme un revenu *tanquam uſura*, mais comme un dommage & préjudice ſouffert par le retardement, *tanquam intereſſe, in quantum creditoris intereſt, id eſt, quantum illi obeſt, quantumque lucrari potuit*, s'il eût été payé lorſqu'il en a fait demande, ainſi que *l'intereſſe* eſt défini en la loi *ſi commiſſa, ff. rem ratam haberi.*

Cet *intereſſe* que la loi 82, *ff. de legat.* 2, appelle *interuſurium*, ſelon Godefroy *in dicta l. ſi commiſſa, eſt utilitas bis vel erepta, vel prærepta, damnum acceptum, lucrum averſum, eripitur quod jam habuimus, præripitur quod potuimus habere.* C'eſt pourquoi *in eo quod intereſt, habetur ratio damni nobis illati, & lucri ablati*; mais comme la liquidation en ſeroit difficile, l'ordonnance en a voulu établir la regle, pour prévenir toutes les conteſtations qui en pourroient naître.

Tant y a qu'elle ſe ſert de ces mots *dommages & intérêts*: pour montrer qu'une peine du retardement, une réparation du dommage, & de la perte que ſouffre le créancier lorſqu'il veut être payé, & que le débiteur éloigne ſon payement, & tout cela non de la demande des intérêts, mais de la demande de la ſomme principale.

Auſſi Brodeau eſt contraint de reconnoître en ſes dernieres notes ſur le nombre 8 de la lettre I, du recueil de monſieur Loüet, qu'au parlement de Bordeaux & dans tout le reſſort d'icelui, l'uſage eſt que les ſommes de deniers dûes par cédules & obligations, produiſent intérêt du jour du commandement de payer, qui conſtitue le débiteur en demeure, ſans qu'il ſoit beſoin de demande judiciaire.

Et quant à ce qu'en dit ledit ſieur Loüet, au nombre 6, il ſemble qu'il y ait de la contradiction. Car au commencement il dit que par l'arrêt du 3 juin 1595, il fut arrêté en la cinquiéme chambre des enquêtes, que l'on pouvoit demander l'intérêt du jour du commandement de payer la ſomme contenue en un exécutoire de dépens: & il ajoûte qu'il fût auſſi arrêté que les intérêts étoient dûs non-ſeulement du jour que l'on les demande particulierement, mais du jour du commandement de payer le contenu en l'exécutoire; ce qu'il aſſure avoir été jugé par pluſieurs arrêts ſuivant l'ordonnance.

C'eſt ce que nous ſoutenons être conforme à la même ordonnance & à ſon motif & fondement. Ce n'eſt pas qu'il ne faille que le créancier y conclue, parce que le juge ne pourroit pas adjuger d'office ces dommages & intérêts ſans demande: mais ce n'eſt pas cette demande particuliere qui en doit regler le cours; c'eſt la demande du principal qui les a produits, & étant dûs dès-lors, ayant dès-lors pris naiſſance, il ſuffit que dans l'inſtance, ils ſoient compris dans la concluſion qu'on prend en icelle avant la ſentence.

Ce n'eſt pas à nous à changer l'uſage, & juſqu'à ce qu'il ait été changé, nous conſeillons de le ſuivre: mais pourtant on ne doit pas trouver mauvais que nous ayons tâché de prouver que cet uſage choque les principes, & nous ne ſommes pas ſeuls qui ayons fait cette remarque, ayant vû depuis peu le traité des donations entre-vifs & teſtamentaires du ſieur Ricard, nous avons trouvé qu'il nous a devancés, c'eſt au troiſiéme chapitre de la ſeconde partie, où il conclut que la demeure commençant dès la demande de la ſomme principale, l'action de dommage qui en réſulte eſt née, & commence en même tems, de ſorte que quoiqu'elle ne ſoit demandée qu'enſuite, elle ne laiſſe pourtant pas de devoir avoir lieu du tems de ſa naiſſance & de ſon origine.

Cet auteur dit en avoir fait une plus ample démonſtration en ſon traité des intérêts & uſures, c'eſt un livre que nous n'avons point vû, & il faut qu'en cette rencontre nous diſions que nous ſommes le plus ſouvent obligés de raiſonner de nous-mêmes. n'étant pas dans une ville où la communication des livres ſoit aiſée, nous ſommes preſque réduits à ne nous ſervir que des nôtres.

Vide apud Andræam Gail, lib. 2, obſervat. 6, damni emergentis & lucri ceſſantis ratio quando habenda.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

De la forme de la demande pour donner cours aux intérêts.

5 L'AUTEUR examine ici la forme de la demande néceſſaire pour faire produire des intérêts à une ſomme de deniers. Il dit qu'en Auvergne l'on ne fait point de demande préciſe des intérêts, que l'on ſe contente d'en faire proteſtation, & que ſur une ſemblable proteſtation, les juges ne laiſſent pas de les adjuger : il juſtifie cet uſage, & fait voir qu'il eſt plus conforme à l'eſprit de l'ordonnance d'Orléans, que celui de ſa province qui tend ſeulement à demander les intérêts, ſans demander le principal : il établit ſolidement que ſuivant l'ordonnance, il ſuffit de conſtituer le débiteur en demeure, parce que l'ordonnance qui ſe ſert du mot de *dommages & intérêts*, marque qu'elle veut que l'on adjuge les intérêts au créancier, à cauſe du préjudice qu'il ſouffre par le retardement de ſon payement.

M. Ricard, dans ſon traité des donat. part. 2, chap. 3, nomb. 104 & ſuivant, eſt de même avis que notre auteur auquel il rend juſtice, en diſant qu'il a beaucoup mérité du public par les excellens ouvrages qu'il lui a donnés. Il ſoutient que les intérêts doivent être adjugés du jour de la demande du principal, quoique la demande des intérêts n'ait été formée que long-tems après.

6 Quoique la doctrine de ces deux auteurs ſoit juridique, néanmoins elle n'eſt point ſuivie dans la pratique : car à Paris l'uſage eſt de demander le principal & les intérêts tout enſemble, & celui qui par ſon exploit ſe contenteroit de demander le principal, ſans conclure aux intérêts, ne les auroit pas en juſtice, ſuivant un arrêt du 27 janvier 1594, rapporté par M. Loüet, livre 7, chapitre 8, & la doctrine de M. Brodeau, au même endroit.

7 Dans les pays de droit écrit l'on demande ſouvent le principal & les intérêts par le même exploit ; mais l'uſage le plus fréquent eſt de demander ſimplement les intérêts ſans parler du principal, & de les adjuger ; ce qui eſt fondé dans la raiſon du droit, ſuivant laquelle dans tous les contrats de bonne foi, les intérêt ſont dûs, *ex mora ;* mais ſuivant l'ordonnance ils doivent être adjugés, *officio judicis*. Il y a encore un autre uſage dans les pays de droit écrit. Quand le débiteur déclare en jugement qu'il n'eſt pas en état de
8 payer le principal, & offre de payer les intérêts, le juge lui donne acte de ſa déclaration, & le condamne, ſuivant ſes offres, au payement des intérêts, ſans parler du principal. J'ai vû pluſieurs ſentences de cette qualité ; cette juriſprudence eſt favorable aux débiteurs & utile au commerce.

* Au parlement de Bretagne l'on ſuit la même juriſprudence qu'au parlement de Paris. Frain dans ſes arrêts dit, que par un arrêt du 21 août 1614, il fut jugé que celui qui avoit été condamné à payer une ſomme, fût déclaré quitte des intérêts précedans le jugement ; parce qu'ils n'avoient pas été demandés, & qu'ils ne furent adjugés que depuis la demande qui en avoit été formée après la condamnation du principal.

A l'égard de la juriſprudence des parlemens du droit écrit, au ſujet des intérêts des ſommes de deniers, j'en ai parlé en pluſieurs endroits, ſur-tout dans la queſt. 110 de ce liv. 4, où le lecteur aura recours, s'il lui plaît.

DE L'HYPOTHÉQUE DES LEGS, SI ELLE EST SOLIDAIRE.

QUESTION CENT-SOIXANTE-ONZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *L'hypothéque des dettes actives eſt diviſée de droit entre cohéritiers.*
2. *Sçavoir ſi l'hypothéque que la loi donne aux légataires, eſt ſolidaire.*
3. *Raiſons de ceux qui tiennent l'affirmative.*
4. *Raiſons de ceux qui tiennent la négative.*
5. *L'auteur ſe déclare pour ce dernier parti.*
6. *Réponſe à l'argument tiré de la loi* 40 de oblig. & act.
7. *Réponſe à l'argument tiré de la loi 4,* de ſeparat.
8. *Arrêt de M. Bouguier, ſervant de préjugé pour la queſtion.*

BIU Cujas

9. *Sentiment de M. Lepreſtre, conforme.*
10. *Doctrine d'Antoine Faber, conforme.*
11. *Opinion de Ricard, conforme.*
12. *Opinion de Ferrerius, conforme.*
13. *Opinion de Loyſeau, conforme.*
14. *Récit d'une cauſe ſur cette queſtion. plaidée à Montbriſon, & appointée,*
15. *Moyens du légataire.*
16. *Moyens du cohéritier.*
17. *Plaidoyer de l'auteur, pour établir que l'hypothéque du légataire n'eſt pas ſolidaire contre chaque héritier.*
18. *L'action qu'ont les légataires contre les héritiers du teſtateur, quoique perſonnelle & hypothécaire, ne dure que 30 ans, parce que l'hypothéque eſt légale.*
19. *Sur la queſtion ſi l'hypothéque eſt ſolidaire contre chaque héritier, les auteurs ſont partagés en quatre différentes opinions.*
20. *La premiere opinion, pour la ſolidité en général.*
21. *La ſeconde opinion, pour reſtraindre la ſolidité aux legs pieux.*
22. *La troiſieme opinion, pour la diviſion de l'hypothéque dans tous les legs.*
23. *La quatrieme opinion, pour reſtraindre la ſolidité, quand le teſtament a été reçu par un notaire.*
24. *Arrêt rendu à l'audience de la grand-chambre, le 27 mai 1710, qui déclare l'hypothécaire ſolidaire.*

QUESTION CLXXI.

Si l'hypothéque que la loi donne aux légataires, peut être ſolidaire contre chaque cohéritier détenteur de quelque héritage.

1 NOus avons parlé ailleurs de l'hypotéque des actions actives à l'égard des cohéritiers, & fait voir qu'étant diviſées, non-ſeulement *juris intellectu*, mais encore *ipſo facto*, & par l'intention des cohéritiers, & que ceſſant par ce moyen d'être communes, l'hypotéque ne l'eſt plus. Que chacun ne l'a que pour ſa part & portion, & par conſéquent en ce cas la faveur du mineur ne peut ſervir au majeur.

2 Ici nous voulons traiter de l'hypotéque que la loi donne aux légataires, & agiter ſi elle peut être ſolidaire contre un chacun des cohéritiers, ſuppoſé qu'il ſoit détenteur de quelque héritage de l'hoirie. Nous l'avons vû ainſi pratiquer & juger quelquefois en ce ſiége, en condamnant un cohéritier à payer perſonnellement pour ſa part; & hypotéquairement pour le tout. Ayant tâché de faire voir qu'en cette prononciation il y avoit de l'erreur, quelques-uns ont goûté notre fondement, & d'autres n'ont pas voulu changer d'opinion.

3 Ceux qui tiennent l'affirmative ſe fondent ſur ce que le teſtateur oblige les héritiers à payer ſes dettes & légats: que c'eſt une condition qu'on met d'ordinaire dans les teſtamens, & qu'on y doit ſuppléer; & par conſéquent que ſon intention eſt que ſes biens demeurent affectés & hypotequés pour cet acquittement. Qu'en effet Juſtinien en la loi premiere *C. communia de legatis & fideicom.* a jugé raiſonnable que les légataires euſſent cette hypotéque, & il leur donne en effet *utilem ſervianam & hypothecariam actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente poſſit ab ipſa lege induci.* Que comme nous avons dit que le teſtateur entend que les légats qu'il fait ſoient payés, c'eſt auſſi de ſa volonté qu'on doit induire l'hypotéque.

Ceux de ce pays ajoutent, qu'il n'y peut avoir hypotéque, qu'elle ne ſoit pour le tout, & qu'il répugne qu'étant indiviſible de ſa nature, *tota in toto, tota in qualibet parte*, la diviſion que font les héritiers, la puiſſent diviſer. Que la mort du teſtateur la faiſant naître, elle eſt dès ce moment établie ſur tous les biens de l'hoirie, & par conſéquent n'en peut être ôtée qu'en payant le légat entier.

Mais le plus grand fondement qu'ils ayent, ils le tirent de Bacquet & des arrêts qu'il rapporte. Cet auteur, au traité du droit de juſtice, chap. 8, nomb. 26, tient que l'hypotéque légale a autant d'effet que la conventionnelle, & qu'elle ne ſe diviſe point; ce qu'il confirme par trois arrêts, l'un deſquels a été tiré de du Luc, en ſon recueil, arrêt 2, où il dit que *quod moribus comparatum eſſe dicebatur, hypothecam dividi poſſe, damnari placuit, vetarique ne unquam tale quidquam uſurparetur.*

Ceux qui tiennent la négative, ſoutiennent au contraire, que quand on dit que l'hypotéque eſt indiviſible, cela ne ſe doit entendre que de celle qui a été contractée par le défunt, & qui a été acquiſe ſur ſes biens en ſon vivant, parce qu'ayant été une fois ſolidaire, & pour le tout, elle demeure telle & eſt de ſa nature indiviſible. Mais pour l'hypotheque légale, & que la loi donne aux légataires, comme elle n'eſt qu'une ſuite de l'action perſonnelle, qu'une dépendance d'icelle, qu'elle ne peut avoir que la même étendue, & qu'il répugne que la fille comprenne plus que la mere.

Qu'il n'en eſt pas de même de l'hypotéque qui procede d'une obligation: car ayant été une fois, ainſi que l'action perſonnelle, ſolidaire, & pour toute la dette en la perſonne du débiteur, il ne faut pas trouver étrange qu'encore que l'action perſonnelle ſe diviſe, l'hypotéque ſubſiſte toujours la même. Qu'il eſt donc néceſſaire pour rendre l'hypotéque ſolidaire que l'action perſonnelle avec laquelle elle eſt née, & qui lui a ſervi d'appui & de ſoutien, ait été dès-lors & dans ſa naiſſance auſſi ſolidaire.

Qu'en effet ſi deux ne s'obligent que chacun pour ſa part & ratte, comme en ce cas l'action perſonnelle n'eſt que pour une partie de la dette, l'hypotéque ne ſubſiſte de même qu'à proportion de cette partie, & ne peut affecter les biens d'un chacun pour plus que chacun ne doit: juſques-là que l'un ſuccédant à l'autre, & devant le tout, l'hypotéque ne devient pas pourtant ſolidaire ſur les biens propres du ſucceſſeur, non plus que ſur ceux du défunt.

Qu'il en faut autant dire de notre hypotéque légale; car ne prenant ſon fondement que de l'action

BIU Cujas

perſonnelle, ne venant qu'enſuite d'icelle, & étant en quelque façon, *& ſaltem juris intellectu*, & poſtérieure & dépendante, elle ne peut avoir lieu que pour ce qu'un chacun des héritiers peut devoir perſonnellement. Or, chaque cohéritier ne devant que ſa part de tous les légats, les héritages de la ſucceſſion qui lui ſont échûs ne peuvent être hypothéqués que pour cette même part.

Qu'il eſt bien vrai que la loi donne cette hypothéque aux légataires; mais qu'il eſt pareillement vrai que la même loi qui la donne, la limite & la reſtraint, parce que Juſtinien, en la loi premiere, *C. communia de legat.* & *fideicom.* l'ayant établie par un droit nouveau, & par la préſomption que c'eſt la volonté du teſtateur, il déclare auſſi-tôt qu'il n'entend la donner qu'à concurrence de ce que chaque cohéritier doit payer; & comme c'eſt un paſſe-droit en faveur des légataires, qu'encore que ce ſoit pour faciliter l'exécution des dernieres volontés, il vouloit qu'on en demeurât aux termes de ſa reſtitution. *In omnibus autem*, dit-il, *hujuſmodi caſibus, in tantum & hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum perſonalis actio adversùs eum competit.*

C'eſt le parti que nous voulons ſuivre; & nous ne croyons pas que la loi étant ſi claire & ſi expreſſe, elle puiſſe ſouffrir un raiſonnement contraire; car puiſque cette hypothéque ne vient pas 5
directement du défunt, & que ce n'eſt pas lui qui l'a créée, quoiqu'elle ſoit tirée de ſa volonté, puiſqu'elle n'a pas eu lieu de ſon vivant, que ſon teſtament ne la peut produire qu'après la mort, & lorſque l'obligation pour les légats eſt diviſée, comment eſt-ce que cette hypotéque pourroit être ſolidaire, ſi elle n'a pas été telle en ſa naiſſance, & ſi la dette qui l'a fait naître n'eſt qu'une partie du legs.

Auſſi nous ne diſons pas qu'en ce cas l'hypotéque ſe diviſe, mais à proprement parler, nous eſtimons qu'il faut plutôt dire, qu'elle n'a jamais été indiviſe, & pour le tout, qu'il n'y a jamais eu d'hypotéque pour le légat entier ſur un même fonds, & par conſéquent, que n'y ayant point d'hypotéque totale & générale, il y en eut autant de partiales ou de particulieres, qu'il y a eu de portions héréditaires, ſuivant la loi des douze tables, & le titre du Code, *ſi unus ex pluribus hæredib.*

Ceci ſert de réponſe à l'arrêt que du Luc rapporte; car s'il eſt vrai, comme il n'en faut pas douter, que l'hypotéque une fois créée pour toute une dette, ne ſe peut plus diviſer, c'eſt de l'hypotéque conventionnelle, & qui a eu lieu contre le défunt, qu'il faut l'entendre, ainſi que la loi premiere & ſeconde, *ſi unus ex pluribus hæredib.* S'il eſt dit en ces deux loix, & autres textes ſemblables, *actionem quidem perſonalem dividi, pignus verò in ſolidum unicuique teneri, ut vel totum debitum hæredes reddant, vel id quod detinent cedant*, tout cela ne s'entend que *de hæredibus debitoris*, & de la dette pour laquelle les héritages du défunt ont été hypotéqués, ainſi qu'il eſt dit, *in l. 2, c. de hæreditar. actionib. & in l. 65, ff. de evictionib.* où le juriſconſulte établit, *rem hæreditariam pignori obligatam.*

Or en ce cas, *propter indiviſam pignoris cauſam*, comme parle le même juriſconſulte, l'hypotéque qui a été du vivant du défunt auſſi-bien diviſible qu'indiviſe, ne peut pas changer en la perſonne des héritiers, ſa nature & condition ne le ſouffrant pas. Mais celle qui ne commence qu'en la perſonne des héritiers, comme dès-lors & dès ſon commencement elle regarde pluſieurs perſonnes, elle ſubſiſte auſſi en autant de ſujets ſéparément, & ce ſont plutôt autant d'hypotéques qu'une ſeule: *Non ergo dividitur quæ nunquam fuit indiviſa, nec tota in quælibet parte*, ſuivant la loi unique, *C. ut actiones ab hæredibus incipiant.*

C'eſt ce qu'il ſuffit d'employer contre ce qu'on allégue de du Luc, parce qu'en effet, il ne parle que de l'hypotéque commune & non de la nôtre. Quant aux autres arrêts, nous n'en ſçavons pas l'eſpece ni les circonſtances, & il faut croire qu'ils peuvent avoir été rendus ſur cette maxime vulgaire, que l'hypotéque eſt indiviſible, ſans conſidérer que celle de queſtion n'ayant jamais été indiviſe, on ne la diviſe pas, & d'ailleurs, que le légiſlateur qui l'a introduite, a bien pû la tirer des regles communes.

Reſte que nous levions le doute qui pourroit naître de la loi 40, *ff. de obligat. & act.* où il eſt dit, que *hæreditariarum actionum loco, habentur & legata, quamvis ab hærede inceperint;* c'eſt-à-dire, qu'ils tiennent lieu de créanciers qui ſont cenſés tels, & peuvent en quelques cas jouir des mêmes droits, mais non pas en tous. Ainſi l'explication de cette loi ſe doit tirer de la loi *quotiens, ff. de ſeparationibus*, où tout ainſi que les créanciers du teſtateur peuvent 6
faire ſéparer ſes biens d'avec ceux de l'héritier, les légataires le peuvent pareillement, *ut ſicut creditoribus, ſic legatariis vel ſolidum, vel portio quæratur*, ſelon le fonds de l'hoirie, c'eſt en cela que les légataires ſont cenſés créanciers, & que *hæreditariarum actionum loco legata habentur, quamvis ab hærede incipiant*, parce qu'il ſuffit que les légats tirent leur fondement de la volonté du teſtateur. Les légataires tiennent donc lieu de créanciers, *non in omnibus cauſis*, dit Cujas, ſur la loi 4. *ff. de ſeparationibus, ſed in cauſa ſeparationis bonorum, ut æquè eam impertiant cauſa cognita, atque creditores defuncti*, ce qui n'a rien de commun avec l'hypotéque.

Reſte encore que nous levions le doute qui peut naître de ladite loi 3, en laquelle Papinien dit, *legatarios in ea tantum parte quæ de bonis ſervari potuit, habere pignoris cauſam, convenit;* d'où l'on pourroit 7
inférer avec Accurſe, que l'hypotéque eſt acquiſe aux légataires, mais comme Juſtinien a lui-même déclaré, qu'il eſt le premier auteur de cette hypotéque légale & tacite qu'ont les légataires, c'eſt avec raiſon que le bon Accurſe a été repris de cela par le docte Cujas: car il fait voir ſur cette loi, que *pignoris cauſa* ſe doit prendre *pro cautione communi*, de laquelle la même loi parle; c'eſt-à-dire, *de pignore prætorio, non de pignore ex tacita conventione*, que la loi lui donne, ce qui ſe faiſoit *per miſſionem in poſſeſſionem, vel ſatisdationem.*

Enfin comme notre ſentiment ne pourroit peut-être pas prévaloir au ſentiment de Bacquet, & aux arrêts qu'il allégue, nous oppoſerons l'arrêt que monſieur Bouguier a inſéré dans ſon recueil, let- 8
tre C. nombre premier, par lequel il a été jugé, qu'une promeſſe ou cédule qui n'a été reconnue qu'après la mort du débiteur, & contre ſes héritiers, ne donne hypotéque contre un chacun d'eux, que pour la même part & portion qu'il eſt perſonnellement tenu, parce que cette hypotéque n'a pas ſubſiſté contre le défunt, & n'a commencé que contre les héritages du jour de la reconnoiſſance. Or, nous eſtimons qu'il y a identité de raiſon, & que ſi la loi donne une hypotéque tacite au légataire, l'ordonnance en donne une expreſſe au créancier.

Nous ajouterons, que monſieur Lepreſtre, en ſa premiere centurie, chapitre quarante, ayant traité *de actionibus hæreditariis*, a marqué en la marge, que ſuivant la loi premiere, *C. communia* 9
de legat. unumquemque hæredum in tantum hypothecaria conveniri, in quantum perſonalis actio adverſus eum competit, ce qu'Accurſe, dit-il, interprete *pro rata non in ſolidum, at inter poſſeſſores rerum civitatis hoc eſt ſpeciale quod ſcinditur hypotheca*, ſuivant la loi

BIU Cujas

loi seconde, *C. de debitoribus civitatis.*

10 Nous ajouterons encore ce que dit le docte *Antonius Faber*, décade quarante-huit, *de erroribus Pragmatic. capite nono*; sçavoir, que cela est commun en toute hypotéque, soit expresse, soit tacite, d'être accessoire à l'obligation personnelle, & de ne pouvoir pas être sans elle; mais que cela est sur tout véritable en l'hypotéque que Justinien a introduite, en faveur des légataires, & en telle sorte, *ut quamvis illud etiam sit ex natura actionis hypothecariæ, ut sit indivisibilis, hanc tamen Justinianus voluerit dividi inter hæredes ad exemplum actionis personalis.* Cet auteur veut même que cette hypotéque n'ait pas lieu *contra tertium possessorem, sed contra hæredes solos, & ita tamen si possideant, nec tamen quatenus possident, sed quatenus sunt hæredes.*

Le même *Faber*, en son code, *libro sexto, titulo vigesimo primo, definitione prima*, après avoir avoué, que *hypoteca tacita vel legalis pro legatis, dividua est*, & se regle en l'action personnelle, assure qu'il fut ainsi jugé au sénat de Chambery; mais il ajoûte, que *secus in expressa hypotheca quam testator legati aut fideicommissi nomine constituerit quæ est individua*, c'est parce qu'elle auroit été établie par le défunt même, *& non tantum ab hærede inceperit*, comme lorsque le testateur, par un assignat particulier affecte & oblige un héritage à la rente qu'il legue ou qu'il fonde.

11 Depuis, & sur le point de faire imprimer ce recueil, le traité des donations entre-vifs & testamentaires nous étant tombé entre les mains, nous avons trouvé que l'auteur de ce traité tient notre opinion, & l'appuie d'un raisonnement si ferme, qu'il ne laisse pas lieu d'en douter. Entre autres raisons qu'il en donne, il dit comme nous en ce cas, ainsi qu'aux autres, l'hypotéque n'est point dividuë, & que ceux qui en parlent de la sorte, n'ont pas bien entendu cette matiere : que l'obligation n'ayant commencé que contre les héritiers, que dans sa naissance n'ayant pas été solidaire, l'hypotéque ne peut pas être plus ample, ni avoir pour regle que la part dont ils amendent : Que les héritages qui leur échéent n'ayant jamais appartenu à leurs cohéritiers, on ne peut pas dire que l'hypotéque ait jamais été conjointe pour plus grande portion. Bref, qu'elle ne peut passer l'obligation telle qu'elle est dans son origine & dans sa naissance.

Ensuite le même auteur ayant répondu aux arrêts qu'on allegue au contraire, & fait voir qu'ils n'ont point préjugé la question, il conclut que pour le payement des legs, l'hypotéquaire suit toujours la personnelle dans son principe, que si la personnelle est solidaire, aussi est l'hypotéquaire, & que si l'action personnelle n'est que pour une part & portion, l'hypotéquaire n'a que la même étendue.

Nous avons remarqué que *Antonius Faber*, au lieu de son code qui a été cotté, tient que cette hypotéque tacite que la loi donne aux légataires, est tellement attachée à l'obligation personnelle, & en est si fort dépendante, qu'elle ne peut subsister sans elle : par conséquent, que non-seulement elle se regle par la portion des héritiers, mais qu'elle ne peut suivre un tiers-acquéreur, c'est-à-dire, qu'elle cesse où l'action personnelle vient à cesser, n'étant à vrai dire que la même action personnelle qui porte hypotéque. *Franciscus Baquellus*, sur la loi premiere, *C. communia de legatis*, a tenu la même opinion : mais quoique *Joannes à Sande, libro tertio, titulo duodecimo, definitione tertia*, rapporte que le sénat de Frize a jugé deux fois de la sorte, il ne laisse pas de rejetter ce sentiment. En effet, il seroit trop de préjudice aux légataires, puisque l'un des héritiers venant à vendre sa part des héritages, cela pourroit faire que le légat seroit inutile, du moins pour quelque portion. Quoi qu'il en soit, cet auteur suppose pour regle certaine, que l'hypotéque des légats n'est pas solidaire.

Ferrerius, tractatu ad senatusconsultum Trebellian. capite sexto, tient bien que l'hypotéque légale 12
n'est pas solidaire, parce que *nihil aliud est quàm personalis actio, & non habet plus virium quàm personalis*; mais après en avoir donné une raison décisive, il tombe dans l'erreur des autres, & ajoute, *& ideò ut personalis dividitur inter hæredes*, ne prenant pas garde, que ce qui n'a jamais été joint & indivis n'est pas divisé, donc pour parler proprement & dans le principe de la chose, concluons que l'hypotéque n'est pas solidaire, & que ne l'ayant jamais été, elle n'est pas divisée.

Loiseau, au traité du déguerpissement, chapitre 7 du livre premier, nombre 5, a parlé de la même sorte, & il cite M. Charles du Moulin, en son traité *de dividuo, & individuo* : mais cet auteur peu exact en tout ce qu'il avance, en parle en termes bien différens; car au traité susdit, *parte secunda, numero nono*, ayant déterminé que chacun des hétitiers n'est tenu que pour sa part, *etiam hypothecarie*, il ajoute, *quia legalis illa hypotheca jure codicis pro dispositionibus ultimæ voluntatis introducta, limitata est ad portiones hæreditarias, & ad limites personalis actionis, unde non augetur, nec alteratur effectus hujus hypothecæ.* 13

Secus, dit-il, *si testator principaliter, & expresse hypothecaverit bona sua pro certis legatis*, parce qu'en ce cas il veut que cette hypotéque, pourvû qu'elle soit expresse, ait autant de force que la conventionnelle, *quia non est merè legalis, sed expressa hypotheca hominis relicta in jure communi* : Et c'est la même modification que nous avons rapportée du docte *Faber*.

Nous voulons inférer, que comme cette action hypotéquaire n'est autre que la personnelle, elle ne doit pas avoir plus d'étendue & de durée, & par conséquent, qu'elle se peut prescrire par trente ans, ainsi que Bacquet l'a déterminé par l'hypotéque légale que le mineur a contre le tuteur, & qui n'est autre que l'action personnelle privilégiée.

Depuis nous avons remarqué que Carondas, au livre 6, chapitre 33 de ses réponses; & M. Maynard après lui, au liv. 8, chapitre 63, de ses questions, cotent quelques arrêts, par lesquels il a été jugé, que des cohéritiers devoient payer solidairement un légat fait à une fille pour la marier. Mais ils reconnoissent que c'est par la faveur du marirge, d'où s'ensuit, que *exceptio in uno in cæteris firmat regulam.*

Depuis ce traité, la question a été agitée & plaidée en notre siége le 26 janvier 1658. M. de Saron 14
Champigny y présidant, en voici l'espece.

Sieur Pierre Roy, par son testament, fait un légat à Jeanne Roy sa fille, de la somme de dix-sept cent livres pour tout droit de légitime, & institue ses héritiers universels Pierre & Jean Roy ses deux fils, & même leur fait le partage de ses biens, à la charge de payer chacun la moitié de ses dettes & légats.

Jeanne Roy, par son contrat de mariage avec Bernard Gonon du 28 octobre 1627, se constitue ladite somme de dix-sept cent livres, laquelle lesdits Pierre & Jean Roy promettent lui payer lorsqu'elle seroit majeure, & jusques à ce l'intérêt. Et porte le contrat, que *c'est sans innovation & division de la dette, & sans déroger aux hypotéques à*

BIU Cujas

elle acquiſes, tant perſonnellement que hypotéquairement en vertu du teſtament.

Ledit Gonon, mari, ayant négligé de ſe faire payer, & s'étant contenté de prendre l'intérêt, les biens de Jean Roy ſont ſaiſis & mis en criées, & vendus en l'année 1639. De ſorte que, ſoit à cauſe des frais ou des droits ſeigneuriaux que ledit Jean Roi avoit laiſſé tomber en arrerage, l'hoirie ſe trouve inſolvable, & ledit Gonon inutilement colloqué pour la moitié du légat de ſa femme.

C'eſt ce qui l'oblige en juin 1656 d'agir contre l'autre cohéritier pour le payement dudit légat entier, prétendant que comme il y a hypotéque pour les légats ſur les biens du teſtateur, elle doit être ſolidaire & pour le tout.

On ſe fondoit donc pour les demandeurs ſur l'u-
15 ſage, ſur quelques autorités, ſur quelques arrêts. On diſoit, qu'en déclarant un teſtament exécutoire contre l'un des héritiers, on l'a toujours condamné perſonnellement pour ſa part, & hypotéquairement pour le tout. Que c'eſt en effet une maxime commune, que l'hypotéque eſt indiviſible, & comme l'ame *tota in toto, & tota in qualibet parte.* Que Bacquet & quelques autres l'ont ainſi tenu, & confirmé leur ſentiment par les arrêts qu'ils cotent, même par l'arrêt qu'ils ont tiré de du Luc, par lequel il fut défendu d'alléguer coutume par laquelle l'hypotéque ſe pût diviſer, *vetitumque ne unquam tale proponeretur.*

On ſe fondoit encore ſur les termes du contrat de mariage, en tant qu'il porte, *ſans innovation ni diviſion de la dette, & avec réſerve de l'hypotéque.* Et enfin on ſoutenoit, que s'agiſſant d'un droit de légitime, & d'un légat qui tient lieu d'icelle, la cauſe en étoit plus favorable, & l'hypotéque mieux établie, puiſque ce devoit être une charge commune.

16 Au contraire, pour le défendeur on ſoutenoit, que l'uſage s'étant introduit par erreur, & choquant ouvertement la loi & la raiſon, il ne pouvoit être tiré à conſéquence, & que pour avoir mal jugé quelquefois, il ne s'enſuivoit pas qu'il faille continuer. Qu'il falloit s'attacher plutôt à la loi, qu'à ce prétendu uſage, & que la même loi qui avoit établi l'hypotéque en faveur des légataires, l'ayant reglée & limitée à la portion héréditaire, on ne pouvoit pas lui donner plus d'étendue. Qu'il ſuffiſoit donc qu'en la loi premiere, *C. communia de legatis*, Juſtinien en ait parlé de la ſorte, *in omnibus autem hujuſmodi caſibus, in tantum & hypotecaria unumquemque conveniri volumus in quantum perſonalis actio adverſus eum competit.*

Quant aux autorités alléguées, on en oppoſoit d'autres, & peut-être plus conſidérables, & pour les arrêts, on diſoit, qu'ils pouvoient avoir été donnés en des eſpeces différentes, & ſur des circonſtances particulieres. Que pour celui que du Luc rapporte, il ne doit s'entendre que des hypotéques conventionnelles, & non des légales, & qu'en effet il n'y eſt point parlé des légats. Qu'il eſt vrai que l'hypotéque une fois acquiſe, & qui a été ſolidaire ſur tous les biens, ne peut être diviſée : mais qu'il n'en eſt pas de même de l'hypotéque qu'a un légataire, parce que n'ayant jamais été ſolidaire ni conjointe, elle demeure plutôt la même, qu'on ne la diviſe pas. Partant, qu'il eſt toujours vrai de dire, que l'hypotéque qui a été une fois contractée, eſt indiviſible.

Nous ne parlâmes pas en cette cauſe, parce
17 qu'une autre précédente ayant emporté preſque tout le tems de l'audience, cette conſidération & la rigueur du froid, nous fit diſpenſer d'en ouvrir notre ſentiment, tant parce que nous ne pouvions y parler ſans nous étendre, que parce que l'une des parties avoit témoigné que nous lui étions ſuſpect. Ainſi la cauſe fut appointée en droit ; mais comme à tout événement nous étions prêts de parler, nous avions réſolu de dire, après avoir repris ſommairement les raiſons des parties ;

Qu'il falloit préſuppoſer que par les loix des Digeſtes, & avant la conſtitution de Juſtinien qui a été citée, les légataires n'avoient aucune hypotéque ſur les biens du teſtateur. Qu'ils n'avoient qu'une action perſonnelle, & que l'hypotéquaire ne commençoit que lorſque les héritiers s'en obligeoient. Que cela eſt expreſſément décidé en la loi 3, *ff. de legatis* 2, où le juriſconſulte dit, que *legatorum petitio adverſus hæredes pro partibus hæreditariis competit, nec pro his qui ſolvendo non ſunt, onerari cohæredes oportet.* Ce qu'en effet Juſtinien avoit aſſez déclaré en ladite loi premiere *communia de legat.* & que c'eſt un nouveau droit qu'il établiſſoit à l'imitation des autres hypotéques tacites & légales par lui introduites. Qu'il falloit inférer delà que cette hypotéque, en ſa premiere inſtitution, & en ſon origine, ayant été limitée & reſtrainte aux portions héréditaires, il n'y avoit pas apparence de lui donner plus d'étendue que ſon auteur ne lui en avoit voulu donner. Qu'autrement ce ſeroit entreprendre ſur l'autorité de Juſtinien, faire le légiſlateur, réformer ce qu'il a fait, & en un mot établir une gloſe qui gâte le texte.

Que ſi Bacquet, & quelques autres en avoient douté ; par contre, M. Charles du Moulin, le grand praticien François, Loiſeau, *Ferrerius*, *Antonius Faber* & pluſieurs autres, s'étoient tenus fermes ſur la loi, & n'avoient pas crû qu'on pût ſe diſpenſer de la ſuivre. Que ſi M. René Chopin ſembloit avoir chancelé ſur ce point, il ne s'en étoit pourtant relâché que pour les legs pour cauſes pies & pour alimens. Que c'eſt pour ceux-là ſeuls qu'il avoit tenu que l'hypotéque étoit ſolidaire & indiviſible, parce qu'en effet en la loi 3, *de alimentis & cibariis legatis*, le juriſconſulte ne juge pas raiſonnable, que *à ſingulis hæredibus minutatim alimenta præſtentur*, à cauſe que ce ſeroit en rendre le légat inutile. D'où s'enſuit que l'obligation perſonnelle étant même ſolidaire, & chaque héritier en étant tenu pour le tout, il faut de néceſſité que l'hypotéque ſoit de la même étendue, l'action perſonnelle étant en ce cas ſa regle & ſa meſure.

Que quand aux arrêts qu'on cotte au contraire, ils ne peuvent pas changer une diſpoſition ſi formelle, ni y déroger : car celui qui eſt tiré de du Luc, n'a rien de commun, & ne ſe doit entendre que des hypotéques communes qui deſcendent des contrats, cet auteur n'ayant point parlé des légats, mais ſeulement établi pour maxime, que l'hypotéque ne ſe peut pas diviſer ; ce qui eſt véritable lorſqu'elle a été une fois individue & ſolidaire en la perſonne du défunt, ſuivant la loi ſeconde, § *ex his : ff. de verbor. obligat.* en laquelle il eſt dit qu'elle doit paſſer aux héritiers telle qu'elle a été en ſa perſonne : *Non enim ex perſona hæredis conditio obligationis immutatur.*

Et pour les autres arrêts, ils ont été donnés en eſpeces différentes, & pour des légats d'alimens, ou autres ſemblables, pour leſquels la loi voulant que l'action ſoit ſolidaire, & conjointe en la perſonne d'un des héritiers, il s'enſuit que l'hypotéque qui la ſuit ne doit pas être de moindre étendue.

Que contre les mêmes arrêts on pouvoit oppoſer l'arrêt du 10 juin 1600, rendu de l'avis de toutes les chambres, & rapporté par M. Bouguier, en la

BIU Cujas

lettre C, nombre premier de ſon recueil; par lequel arrêt il fut jugé que comme pour une ſimple cédule le créancier n'a point eu d'hypotéque du vivant de ſon débiteur, s'il ne l'a fait reconnoître avec lui; que comme cette hypotéque ne prend ſa naiſſance que de la reconnoiſſance pourſuivie contre les héritiers; elle ne peut auſſi avoir lieu contre eux que pour leur part & portion, & non pour le tout. Que ce doit être un préjugé pour l'hypotéque d'un legs, y ayant identité de raiſon, & étant auſſi véritable de dire, qu'elle n'a point ſubſiſté en la perſonne du teſtateur, & n'a commencé qu'en celle des héritiers, & par conſéquent que c'eſt mal l'entendre, que de dire, qu'on diviſe ce qui n'a jamais été indivis. Mais qu'il faut plutôt avouer que l'hypotéque demeure telle qu'elle a été dans ſon principe.

Que c'eſt ſur cette conſidération que Juſtinien a établi la limitation contenue en la loi: car ſçachant bien que l'action perſonnelle avoit été diviſée *ipſo jure* entre les cohéritiers par la loi des douze Tables, il a jugé que l'hypothéque qui n'en eſt qu'une ſuite, ne pouvoit être plus grande. Qu'en effet il répugne qu'elle s'étende ſur les héritages échûs à un cohéritier pour ſes parts & portions qu'il ne doit pas. D'où pourroit procéder cette hypotéque? qui la feroit naître, & quel fondement auroit-elle? Le cohéritier qui ne doit que ſa part, ne peut pas avoir hypotéqué ſes fonds que pour icelle, & non pour la part des autres. Et ceux qui n'ont aucun droit aux fonds qui ne leur ſont pas échûs, ne peuvent pas les avoir hypotéqués, *alteri per alterum iniqua conditio inferri non poteſt*, & il ne ſe peut que la dette d'un tiers réfléchiſſe ſur ceux qui n'en doivent rien.

Que ſi l'on vouloit dire que cette hypotéque vient du chef du défunt, c'eſt ce qui n'a pas moins de répugnance. Car les légats d'un teſtateur ne ſont pas dûs de ſon vivant, *teſtamentum enim non valet, niſi in mortuis confirmatum eſt*, dit le grand apôtre: c'eſt un acte qui ne commence que par la fin de ſon auteur, un ouvrage qui tire ſa ſubſiſtance de la deſtruction de celui qui l'a fait, & en un mot il faut que le teſtateur meure, pour donner l'être effectif à ſon teſtament. D'où s'enſuit que comme les légats ne ſont pas dûs auparavant, leur hypotéque ne peut être précédente. Elle n'eſt donc qu'acceſſoire de l'action perſonnelle, & n'a tout au plus qu'une égale & même naiſſance, & par conſéquent ſe regle par elle.

Qu'au reſte revenant à l'hypotéſe, la queſtion recevoit encore moins de doute, puiſque le pere par ſon teſtament avoit fait le partage de ſes biens: car par ce moyen il étoit vrai de dire qu'ils avoient été diviſés avant que l'hypotéque fût née, & partant que celle d'une portion ne ſe pouvoit étendre ſur les héritages de l'autre portion.

Enfin que ce qui étoit porté par le contrat de mariage ne pouvoit nuire, ayant été dit *ſans innovation*, c'eſt une conſéquence qu'on en demeuroit aux mêmes termes, & ſi l'on avoit ajouté *ſans diviſion*, c'eſt afin que ſi l'hypotéque étoit ſolidaire, on n'y dérogeât pas, mais non pour l'introduire. Car il eût fallu pour cela une convention expreſſe, au lieu que les freres s'étoient ſimplement obligés, ſans dire *ſolidairement*. Et enfin s'il eſt dit *ſans diviſion*, c'eſt à la forme du teſtament, ce qui montre bien qu'on n'a pas entendu étendre l'obligation & l'hypotéque qui en pouvoit naître, ni s'obliger autrement qu'on étoit déja obligé.

Et quoique le légat procédât en ſon origine d'un droit de légitime, la cauſe n'en étoit pas plus favorable: car outre que ledit légat fait en deniers ayant été accepté, il y avoit eu du changement, ſi la légitime avoit été priſe au lieu d'icelui en corps héréditaire, cela auroit été à la diminution de ce qui eſt échû en partage à l'un & à l'autre héritier, & ainſi le défendeur n'auroit toujours payé que ſa part & moitié. Par conſéquent que comme il n'en auroit point ſouffert de préjudice, il n'étoit pas raiſonnable que le légat ayant été accepté, on le rejettât entierement ſur lui, & que la pareſſe & la négligence d'un légataire lui tournât à préjudice; que pour avoir négligé de ſe faire payer, & cauſé l'inſolvabilité du cohéritier par un trop long ſilence, un tiers en portât la peine.

An actio hypotheçaria, quæ pro legatis competit, competat etiam pro donatione cauſa mortis. Vide Anton. Fabrum, de errorib. Pragmaticor. Decade 48, capite nono.

OBSERVATIONS.

Si l'hypotéque des légataires eſt ſolidaire contre chacun des héritiers.

L'AUTEUR traite ici une queſtion très-importante; ſçavoir, ſi l'hypotéque que la loi donne aux légataires, eſt ſolidaire contre chaque héritier détenteur des héritages du défunt. Il traite cette queſtion très-ſolidement, & prouve par des raiſons invincibles, que cette hypotéque n'eſt point ſolidaire, & qu'elle ſe regle ſuivant l'action perſonnelle, laquelle ſe diviſe pour la part dont chaque héritier eſt tenu du legs.

Sur ce fondement il décide, que l'action hypotéquaire des légataires, n'étant autre 18
que la perſonnelle, elle ne doit pas avoir plus d'étendue, & ſon cours doit être borné à l'eſpace de trente ans. Il y a encore une autre raiſon pour la borner à trente ans, c'eſt une hypotéque légale, & ſuivant les principes établis par l'auteur dans ce livre 4, queſtion 75, l'action perſonnelle jointe à une hypotéque légale, ne dure que trente ans.

Il y a quatre opinions ſur la queſtion, ſi l'hypotéque des légataires eſt ſolidaire contre 19
chacun des héritiers.

La premiere, eſt des auteurs qui tiennent qu'elle eſt ſolidaire, comme Bacquet, 20
des droits de juſtice, chapitre 8, nombre 26, & Mornac, ſur la loi *creditores* 18, *cod. de pact.*

La deuxiéme, de ceux qui eſtiment qu'elle n'eſt ſolidaire que pour les legs pieux, 21
pour les legs d'alimens, & autres de pareille faveur, Chopin, *de morib. Pariſ. lib.* 2, *tit.* 4, *n.* 19. Carondas, en ſes réponſes, liv. 6, chap. 33, Mainard, liv. 8, chapitre 63,

BIU Cujas

Notre auteur, dans le tome 1, livre 1, queſt. 49 ſur la fin, & Deſpeiſſes, tome 2, page 228, 229 & 230, où il rapporte pluſieurs cas où l'hypotéque eſt ſolidaire.

22 La troiſiéme, de ceux qui ſoutiennent, que l'hypotéque eſt toujours diviſible ; du Moulin dans ſon traité *de divid. & individ. Peregrinus, de fideic. art.* 36, *n.* 147, ſur la fin, Neguzantius, *de Pign. in* 4. *memb.* 2, *part. n.* 160. Ricard, des donat. part. 2, chap. 1, ſect. 4, où il traite fort bien la queſtion.

23 La quatriéme, de ceux qui diſtinguent entre les teſtamens olographes, & ceux paſſés par-devant notaires. Dans le premier cas, l'hypotéque eſt diviſible, dans le ſecond cas, elle eſt ſolidaire, Loyſeau, de la diſtinction des rentes, liv. 1, ch. 7, nomb. 5, de Renuſſon, dans ſon traité des propres, ch. 3, ſect. 12, nomb. 12 & ſuivans, il réfute ſolidement l'opinion de Ricard

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DEPUIS j'ai trouvé que c'eſt une maxime certaine & ancienne au parlement de Paris, que l'hypotéque des légataires, eſt ſolidaire contre chacun des héritiers, ſuivant un ancien arrêt du 8 juin 1386, remarqué par du Luc, 3, *placit. tit.* 3, *art.* 2, où il parle en ces termes : *Quod moribus comparatum eſſe dicebatur, hypotecam dividi poſſe, damnari placuit vetarique ne tale quidquam uſurparetur*, 6, *id. Jum.* 1386. La même choſe a été jugée par un arrêt du 34 juillet 1561, cité par Baquet; des droits de juſtice, ch. 8, n. 26, à la fin, & par un autre du 27 juillet 1581, cité par Mornac, ſur la loi, *ſi creditores* 18, au code *de pact.* C'eſt auſſi le témoignage de M. Auzanet, ſur la coutume de Paris, art. 289, vers le milieu, où après avoir dit, que dans le droit l'action des légataires eſt diviſible, il parle de cette maniere : *Mais en France la diviſion de l'action hypotéquaire, & la réduction d'icelle dans l'étendue de la perſonne, n'a jamais été reçue.*

La queſtion s'étant préſentée en l'année 1710 à l'audience de la grand'chambre, la ſentence du Châtelet qui avoit ordonné la diviſion de l'hypotéque, fut infirmée, quoique M. de Lamoignon, avocat-général, eût conclu en faveur de la ſentence. L'arrêt fut rendu au rôle de Paris, le 27 mai 1710.

La raiſon pour laquelle le parlement donne aux légataires l'hypotéque ſolidaire, peut être fondée ſur ce que dans les pays de coutume, l'on eſt plutôt héritier des biens que de la perſonne : & comme il y a pluſieurs genres de biens, meubles, acquêts, propres; & les propres ſe diviſent en propres paternels & maternels, en propres naiſſans & anciens, en propres réels & conventionnels; d'ailleurs, dans chaque genre de biens, il y a pluſieurs héritiers : ainſi ſi l'on diviſoit l'hypotéque d'un légataire, ſouvent elle ſe réduiroit à rien ; & il pourroit arriver qu'un légataire de la ſomme de 100 liv. ſeroit obligé de former demande contre cent perſonnes.

Mornac dans l'endroit ci-deſſus cité, établit cette juriſprudence ſur l'ingratitude des héritiers, qui mettent toutes ſortes de chicanes en œuvres pour éviter le payement des legs. Il dit qu'un pauvre légataire tireroit plutôt de l'huile d'un mur, que de tirer de l'argent d'un héritier, quand il eſt une fois en poſſeſſion des biens du défunt; *caſuſque propterea ſenatus conſulti ad legatarios male affectos ſæpiſſime ab ingratis hæredibus coercendus eſt : nemo enim ferè neſcit quam ſolito, iniquoque more, perplurimi hæreditates ſine ſacris, quod in veteri adagio eſt, adeunt, ita ut miſelli legatarii citius oleum è pumice elicituri ſint ſæpiſſime, quam ab injuſtis illis poſſeſſoribus pecuniolam.*

DE LA RÉVOCATION DES DONATIONS,
Par la ſurvenance des enfans.

QUESTION CENT-SOIXANTE-DOUZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Conciliation de deux articles de la coutume d'Auvergne, pour ſavoir ſi la ſurvenance d'enfans révoque la donation.*
2. *Il faut diſtinguer entre les contrats de mariage & les autres.*
3. *Dans les contrats de mariage, on peut donner & s'aſſocier en tous biens, ſans que la ſurvenance d'enfans puiſſe révoquer la donation.*
4. *Dans un contrat de mariage, il n'eſt*

BIU Cujas

pas néceſſaire de renoncer au bénéfice de la loi ſi unquam.
5. *Dans les autres contrats, l'on peut renoncer au bénéfice de la loi* ſi unquam *par une renonciation expreſſe.*
6. *Hors la coutume d'Auvergne, la donation faite par contrat de mariage en faveur d'un tiers eſt ſujette à revocation par la ſurvenance d'enfans, à moins d'une renonciation expreſſe.*
7. *Les docteurs ultramontains ſont partagés ſur la queſtion, ſi l'on peut renoncer au bénéfice de la loi* ſi unquam.
8. *Preſque tous les auteurs François ſont d'avis que la renonciation n'empêche pas la révocation de la donation.*
9. *Tous les tribunaux du royaume le jugent ainſi.*
10. *Cujas, ſur la loi* rem majoris, cod. du reſc. vend. *eſt de ce ſentiment.*
11. *Diſpute ſur cela, entre M. Sachot, & M. Bretonnier.*
12. *Noms des auteurs qui ont écrit ſur la loi* ſi unquam.

QUESTION CLXXII.

L'article 33 du titre 14, & l'article 4, du titre 15, de la coutume d'Auvergne conciliés enſemble, & ſi la loi ſi unquam, C. de revocand. donat. *peut avoir lieu pour les donations qu'un donateur fait en contractant mariage.*

LEs avis qu'on nous demande ſouvent pour le pays d'Auvergne, nous obligent de traiter des queſtions qui concernent la coutume de cette province.

1 Les articles propoſés ſemblent contraires, & pourtant ne le ſont pas. Le premier déroge à la loi *ſi unquam C. de revocand. donation.* & il veut que nonobſtant la ſurvenance des enfans, & leur faveur, les donations, aſſociations & convenances de ſuccéder ſoient valables. L'autre au contraire en établit la révocation, non-ſeulement à concurrence de la légitime des enfans ſurvenus, mais encore pour le tout, ſi ce n'eſt qu'il ait été dit, *y ait enfans ou non.* Au premier, cette condition n'eſt point néceſſaire, & quoiqu'il n'ait point été parlé des enfans, leur ſurvenance ne peut altérer la donation ou autre convention, que pour leur légitime. En l'autre cette précaution eſt néceſſaire, & au défaut d'icelle, s'il ſurvient un enfant, la diſpoſition peut être révoquée.

2 La conciliation de ces articles dépend de la diſtinction des contrats. Si c'eſt en contrat de mariage, il eſt permis de s'aſſocier avec pacte de ſuccéder, ſans même qu'il ſoit néceſſaire de renoncer à la loi *ſi unquam*, & de dire, *ait enfans ou non.* Mais ſi c'eſt en autre contrat, à moins que d'y avoir mis cette clauſe, la donation ou aſſociation ſeroit nulle, & la ſurvenance des enfans ne la retrancheroit pas ſeulement à l'égard de la légitime, mais la détruiroit entierement. Ainſi l'un deſdits articles parle des contrats de mariage, & l'autre de tous autres contrats.

S'il en faut rechercher la raiſon & le fondement, ce n'eſt pas ſeulement parce que les contrats de mariage ſont plus ſolemnels & plus favorables, mais c'eſt plutôt par un autre principe : Sçavoir, parce que la donation ayant été faite par le contrat de mariage du donateur, il ne peut pas dire qu'il n'ait ſongé aux enfans, & qu'il n'ait entendu, qu'encore qu'il en eût, la donation ſubſiſtât. Comme la loi *ſi unquam* n'a point d'autre motif que de ſuppléer au peu de prévoyance qu'ont les donateurs, auſſi lorſqu'ils ont donné dans un acte qui a pour principal but la production des enfans, il faut croire que y ayant porté leur penſée, ils ont eu cette prévoyance, & qu'il n'eſt pas néceſſaire que la loi y ſupplée ſon office.

Il eſt vrai que la loi donne cette action révocatoire au donateur qui a donné partie de ſes biens, *filios non habens ;* mais ſi celui qui ſe marie n'en a point, il eſt à la veille d'en avoir, & c'eſt pour cela qu'il ſe marie. De ſorte que ſi nonobſtant qu'il ſonge aux enfans, & qu'il en conçoive l'eſpoir & le deſſein, il ne laiſſe pas de donner, & il eſt aiſé de juger qu'il veut que la donation tienne, *ait enfans ou non.*

C'eſt donc avec beaucoup de raiſon & de pru- 3
dence que la coutume d'Auvergne en l'article 33 du titre 14, a nettement décidé, qu'en un contrat de mariage on peut donner, s'aſſocier, & convenir entre le mari & la femme de leur ſucceſſion future, ſans que la ſurvenance des enfans puiſſe nuire à ſemblables conventions. Mais comme en un contrat de mariage, il y a lieu de préſumer qu'encore que les conjoints ayent ſongé aux enfans qu'ils pouvoient avoir, ils n'ont pas laiſſé de s'aſſocier avec pacte de ſuccéder ; au contraire en tout autre contrat, il faut croire que les aſſociés n'auroient pas fait cette aſſociation & convention, s'ils avoient crû avoir des enfans.

Il n'eſt donc pas néceſſaire en contrat de mariage, de renoncer au bénéfice de la loi *ſi unquam*, la 4
coutume qui préſume que c'eſt l'intention des conjoints & des donateurs, ſuppléé cette renonciation, & elle veut qu'elle y ſoit ſous-entendue : Mais en un autre contrat que de mariage, la coutume déſire une renonciation expreſſe, & ſans elle loin d'approuver la donation, elle joint ſon miniſtere à notre loi *ſi unquam.*

Mais en ce faiſant, elle vuide la queſtion célé- 5
bre, ſi l'on peut renoncer ou non au bénéfice de la loi, & ſi le donateur *qui cogitavit de liberis*, qui en a eu ouvertement la penſée, ſe peut prévaloir de leur ſurvenance. C'eſt ſuivant l'opinion de M. Cujas, & il ne s'eſt pas contenté de l'aſſurer en ſon commentaire ſur la même loi, il l'a encore répété au livre 20 de ſes obſervations, chap. 5. Tiraqueau en ſa préface du commentaire qu'il a fait ſur ladite loi *ſi unquam*, eſt de même ſentiment. Mais quoi qu'il en ſoit, il y faut avoir renoncé expreſſément, & la ſimple penſée qu'on pourroit avoir des enfans ne ſuffiroit pas, ſi ce n'eſt en la coutume d'Auvergne, audit article 33 du titre 14, & en celle de Bourbonnois art. 225.

Hors ces coutumes, les arrêts ont jugé, qu'en- 6
core que le donateur ait fait la donation à un

BIU Cujas

ſien parent en faveur de mariage, elle ne laiſſe pas d'être ſujette à révocation par la ſurvenance d'un enfant. L'arrêt obtenu par M. Charles du Moulin, & qui a donné ſujet au traité qu'il en a fait, eſt aſſez notoire, & nous renvoyons le lecteur à ce qu'en a dit M. Louet & Brodeau ſur icelui en la lettre D, nombre 52.

Mais quoique pluſieurs tiennent le contraire, que comme cette révocation regarde plutôt le pere que les enfans, & qu'elle ſe fait, *vi tacitæ conditionis, quàm pietatis conjecturâ inducit*, le pere y peut renoncer, ou même ne ſe pas ſervir du bénéfice de la loi. Cette conjecture & préſomption ceſſant, il n'y peut point avoir de condition tacite, & la loi, ne peut ſuppléer une choſe conrre l'intention expreſſe du donateur, & lorſque les termes s'y oppoſent.

OBSERVATIONS.

Si l'on peut renoncer au bénéfice de la loi, ſi unquam.

L'AUTEUR répond ici ſur deux articles de la coutume d'Auvergne. Le premier eſt le 33 du titre 14, qui dit, que les donations & autres diſpoſitions entre-vifs en faveur de mariage, ne ſont révoquées par la ſurvenance des enfans, que juſqu'à concurrence de la légitime. Le ſecond eſt l'article 4 du titre 15, qui dit, que les pactes de ſuccéder appoſés dans une aſſociation ſont révoqués pour le tout par ſurvenance d'enfans s'il n'y a convenance au contraire. De ces deux articles notre auteur infere, que dans les donations faites dans un contrat de mariage, il n'eſt pas néceſſaire de renoncer au bénéfice de la loi *ſi unquam*, parce que celui qui ſe marie eſt préſumé avoir penſé aux enfans, & par conſéquent il ne peut pas révoquer la donation par lui faite; ſous prétexte qu'il n'a pas eu la penſée de préférer des étrangers à ſes propres enfans, qui eſt le motif de la loi *ſi unquam*.

Sur ce fondement l'auteur décide que l'on peut renoncer au bénéfice de la loi *ſi unquam*, pourvu que ce ſoit par une renonciation expreſſe. Pour autoriſer ſon ſentiment il cite M. Cujas, dans ſon commentaire ſur le titre du code, *de revoc. donat.* & dans ſes obſervations, liv. 20, ch. 5.

7 Cette queſtion eſt fort problématique parmi les docteurs ultramontains. Tiraqueau, dans la préface du traité qu'il a fait ſur cette loi, a pris la peine de les compter, il en trouve autant de part que d'autre; ils ſont auſſi rapportés par Papon, dans le traité qu'il a fait ſur cette même loi, par Coquille, ſur la coutume de Nivernois, tit. *des donat.* art. 13, & dans ſes queſtions, chap. 292, par Mornac, dans ſes notes ſur cette loi, par Fachin, liv. 3, chap. 88, & par Julius Clarus, § *donatio*, *quæſt.* 23, Godefroi, dans ſes notes ſur la loi *ſi unquam*.

8 A l'égard des docteurs François, ils ſont preſque tous d'avis, que la renonciation n'eſt pas valable, & que nonobſtant une ſemblable renonciation, la donation eſt révoquée de plein droit par la ſurvenance des enfans. C'eſt l'opinion de du Moulin, dans ſon traité *de donat. in contract. matr. fact. n.* 33 & ſuivans. De Mainard, liv. 6, ch. 58, de Coquille, dans les deux endroits ci-deſſus cités. Il en donne une bonne raiſon, celui qui n'a point d'enfans n'eſt point capable de juger des effets de l'affection paternelle. Charondas, dans ſes réponſes, liv. 9, chap. 19 & liv. 12, chapitre 57. Deſpeiſſes, tom. 1, p. 402, col. 2 & 403, col. 1. Ricard, des donat. part. 3, ch. 5, ſect. 2. La Peirere, lett. D. n. 94, ſont auſſi de ce ſentiment. Chopin, *de Morib. Pariſ.* liv. 2, tit. 3, nomb. 24 eſt d'un ſentiment contraire.

C'eſt auſſi la juriſprudence des arrêts de tous les parlemens du royaume. M. Mai-
9 nard, dans l'endroit ci deſſus, en rapporte un du parlement de Toulouſe. Charondas, liv. 9, chap. 19, ſur la fin, en cite un du parlement de Paris du 6 mars 1563. Stephanus, déciſ. 35, en rapporte un du parlement d'Aix, du 9 février 1583. Dans le journal du palais il y en a un du parlement de Bordeaux, du 18 août 1673, qui a jugé que la donation faite par un homme dont la femme étoit groſſe, avoit été révoquée par la naiſſance d'une fille née de cette groſſeſſe.

Il reſte l'autorité de M. Cujas qui ſeroit capable de m'ébranler, ſi je ne trouvois
10 qu'il a changé de ſentiment; c'eſt dans ſon commentaire ſur le titre du code *de reſcind. vend.* vers la fin. Il parle des cas où l'on peut renoncer au bénéfice des loix. Il diſtingue, quand le bénéfice eſt uniquement introduit en faveur de la perſonne qui renonce, la renonciation eſt valable; mais quand il eſt introduit en faveur d'un tiers, ou du renonçant & d'une autre perſonne tout enſemble, pour lors la renonciation n'eſt pas valable. Il cite pour exemple le bénéfice de la loi *ſi unquam, eadem non eſt ratio reſciſionis donationis, quæ fit ſupervenientibus liberis, nam ea reſciſio eſt introducta non tam donatoris, quàm liberorum & poſteritatis cauſa; itaque ei non renunciat donator in fraudem liberorum, quod lex mihi dedit, non tam mea cauſa, quàm aliena; ei fruſtra renuntio.*

BIU Cujas

Cet endroit de Cujas eſt fugitif. Il fit naître un jour une diſpute aſſez ſinguliere entre 11
defunt M. Sachot & moi. Nous demeurions au même quartier, je revenois ordinairement du palais avec lui, parce qu'il y avoit toujours quelque choſe à apprendre en ſa compagnie. Il avoit beaucoup d'érudition, & ſe faiſoit un plaiſir d'inſtruire les jeunes avocats; c'étoit un homme de mérite & de probité, & d'une naiſſance diſtinguée. Un jour il me dit que l'on avoit agité au pilier des conſultations la queſtion, ſi un pere peut renoncer au bénéfice de la loi *ſi unquam*, & que les avis avoient été partagés; qu'il penchoit pour l'opinion de ceux qui tiennent la négative, mais que l'autorité de M. Cujas le retenoit. Je lui répondis que M. Cujas tenoit auſſi la négative, il ſoutint fortement le contraire, & comme j'avois beaucoup de déférence pour lui, je n'oſai pas inſiſter; mais auſſi-tôt que je fus entré chez moi, j'allai dans mon cabinet chercher cet endroit de Cujas que je lui envoyai par écrit. Incontinent qu'il eût dîné, il vint au logis, & me fit voir les deux autres endroits de Cujas. Nous examinâmes laquelle des deux opinions pouvoit être la derniere, mais nous ne pûmes le deviner. Je luis dis qu'il étoit inutile de nous tourmenter ſur cela; mais qu'il falloit appliquer au plus ſçavant des interpretes du droit, ce qu'il avoit dit du plus grand des juriſconſultes, *ſæpe variant docti, non variant vero vulgus, refractarii & ineruditi.*

Il y a pluſieurs autres queſtions ſur cette matiere que je n'entreprendrai pas de traiter 12
ici, parce que cela me meneroit trop loin; d'ailleurs elles ſe trouvent traitées en pluſieurs endroits. Nous avons trois auteurs François, qui ont fait chacun un traité *ex profeſſo* ſur cette loi. Tiraqueau, Papon le fils, Berengarius Fernandus. Pluſieurs autres auteurs en ont auſſi parlé amplement, du Moulin, *de donat. in contr. matr. & de donat. fact. vel. confirm. in contr. matr.* Cujas, dans ſon commentaire ſur cette loi, & ſur la loi *rem majoris*, & dans ſes obſervations, liv. 20, ch. 5. Coquille, ſur l'art. 13, du tit. *des donations* de la coutume de Nivernois, & dans ſes queſtions, chap. 292. Mornac, ſur cette loi, Julius Clarus, parag. *donatio, quæſt.* Fachin, *controverſ. jur. l.* 3, *c.* 84 juſqu'au 91. Deſpeiſſes, tom 1, pag. 401 juſqu'à 409. Brodeau ſur Louet, lett. D, chap. 52. Ricard, des donat. part. 3, chap. 5. Ferriere, ſur l'art. 272 de la coutume de Paris, gloſe 2. M. Catelan, tom. 2, liv. 4, chap. 41, traite pluſieurs queſtions au ſujet de la révocation de la donation par la ſurvenance d'enfans. Vers la fin il fait mention d'un arrêt, par lequel il a été jugé que le donateur ne peut renoncer au bénéfice de la loi *ſi unquam*; il ajoute une raiſon à celle de Cujas & de Coquille, priſe de l'intérêt public, qui veut que l'on conſerve les biens d'un pere à ſes enfans.

Il y a encore pluſieurs autres auteurs qui ont parlé de cette matiere; mais j'ai crû ne devoir citer que ceux qui ont traité la matiere à fond, & que ceux que j'ai lu, demeurant ferme dans le deſſein que je me ſuis propoſé dès le commencement, de ne citer que les auteurs que j'ai vu & vérifié; mais ceux qui ſeront curieux de voir tous les auteurs qui ont parlé de cette matiere, les trouveront cités dans Tiraqueau, qui en a fait un belle liſte.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

GODEFROY, dans ſa note ſur la loi *ſi unquam*, donne une bonne raiſon pourquoi la renonciation du donateur n'eſt pas valable au préjudice des enfans ſurvenus depuis la donation, quand même elle ſeroit faite avec ſerment. Il dit qu'un tel ſerment répugne à la loi de la nature, & par conſéquent étant contraire aux bonnes mœurs, il doit être déclaré illicite : *eo magis quod juramentum hujuſmodi naturæ legem impugnet, ideoque bonis moribus contrarium & illicitum eſſe debeat.*

Si la ſurvenance des enfans révoque les diſpoſitions à cauſe de mort.

Dans le droit il faut diſtinguer entre les teſtamens, les codicilles & les donations à cauſe de mort. A l'égard des teſtamens, il n'y a pas lieu de douter qu'ils ne ſoient révoqués entiérement par la naiſſance des enfans ſurvenus au teſtateur, depuis ſon teſtament, qui n'en avoit point lors du teſtament; puiſque ceux même qui lui naiſſent après ſon teſtament le rompent, quoiqu'il en eût d'autres auparavant, à moins qu'il n'ait eu la précaution de les inſtituer héritiers, *toto titulo, de lib. & poſt. hæred. inſtit.*

La difficulté ne peut donc être qu'à l'égard des codicilles & des donations à cauſe de mort, où l'inſtitution d'héritier n'eſt pas néceſſaire.

M. Cujas dans ſon commentaire ſur le titre du code, *de revoc. donat.* ſur la fin, traite la queſtion à l'égard des donations à cauſe de mort. Il dit qu'il ne la propoſeroit pas, ſi d'autres ne l'avoient propoſée avant lui. Il décide qu'il n'y a point de doute, que la donation à cauſe de mort ne puiſſe être révoquée par la ſurvenance d'enfans, puiſqu'elle

BIU Cujas

peut être révoquée par le ſeul repentir; mais il ajoute, que ſi elle n'a pas été révoquée par le donateur avant ſa mort, elle ne le ſera par la ſurvenance d'enfans que juſqu'à concurrence de la légitime. *Quæritur ad hanc legem, an idem ſit in donatione cauſa mortis, ut revocetur ſuperveniențibus liberis, qui nulli fuerant tempore donationis. Niſi alii facerent, ego nunquam facerem hanc quæſtionem, quoniam dubitabatur tantum de donatione inter vivos, non de donatione cauſa mortis, quia revocatur pœnitentia donatoris, etiam non ſuſceptis liberis. Ergo ſi quis quæret an l.* ſi unquam *habeat locum in donatione cauſa mortis, reſpondeamus, habere multo faciliùs, quia revocatur pœnitentia donatoris; ſed ſi non fuerit revocata à donatore, & moriatur, non revocatur etiam à liberis poſtea ſuſceptis in totum, ſed pro ratione Falcidiæ tantum, ſive legitimæ portionis.* Il perſiſte dans le même ſentiment dans ſes obſervations, liv. 20, chap. 5.

Papon dans ſon commentaire ſur la loi *ſi unquam*, ſur le mot *donatione largitus*, eſt d'avis que la ſurvenance des enfans révoque les donations à cauſe de mort. *Idem* Tiraqueau, ſur les mots *donatione*, *largitus*, nomb. 245 & ſuivans.

Coquille, ſur la coutume de Nivernois, tit. 27 *des donat.* chap. 13, ſur la fin, ſoutient que la ſurvenance des enfans revoque les donations à cauſe de mort, puiſqu'elle révoque les donations entre vifs, qui de leur nature ſont irrévocables.

Ricard, des donat. part. 3, chap. 5, ſect. 4, nomb. 611 eſt du ſentiment de Coquille, par les mêmes raiſons qu'il rapporte plus au long.

Dans le pays de coutume, où l'inſtitution d'héritier n'eſt pas néceſſaire pour la validité des teſtamens, qui ne paſſent que pour des codicilles, cette queſtion y eſt fréquente.

Le Parlement de Paris a jugé par pluſieurs arrêts, que les teſtamens demeurent révoqués par la ſurvenance des enfans, quand le teſtateur n'en avoit point lors du teſtament.

Le plus ancien arrêt dont j'aie connoiſſance, eſt du 10 juin 1611, il eſt rapporté par M. Auzanet dans ſon recueil d'arrêts, liv. 1, chap. 35.

Le ſecond, du 23 juillet 1663, eſt rapporté par M. Soëfve, tome 2, cent. 2, chap. 85, & par M. Ricard, dans l'endroit ci-deſſus, nomb. 626.

Le troiſiéme, du 2 mars 1665, eſt rapporté par Ricard, au même endroit, par Soëfve, cent 3, chap. 49, & par la Gueſſiere, dans le journal des audiences, tome 2, liv. 7, chap. 11.

DES PARTAGES, QUELLE LÉSION EST REQUISE Pour les faire reſcinder.

QUESTION CENT-SOIXANTE-TREIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La loi* majoribus *ne détermine pas quelle léſion eſt néceſſaire pour faire reſcinder un partage.*
2. *Accurſe deſire la même léſion que dans un contrat de vente.*
3. *Premiere raiſon d'Accurſe.*
4. *Seconde raiſon d'Accurſe.*
5. *L'opinion d'Accurſe réfutée par l'auteur.*
6. *Opinion de Faber, ſur la loi* majoribus.
7. *Opinion de Faber, réfutée par l'auteur.*
8. *Réponſe à la premiere raiſon de Faber.*
9. *Réponſe à la ſeconde raiſon de Faber.*
10. *Des différences entre le partage, la vente & l'échange.*
11. *Papon eſt le premier qui ait établi que l'on peut revenir contre un partage, quand il y a léſion du tiers au quart.*
12. *L'on peut revenir contre un partage, quoiqu'il ait été fait par tranſaction.*
13. *Au parlement de Toulouſe, l'on peut revenir contre un partage, quand la léſion eſt du quart.*

QUESTION

BIU Cujas

QUESTION CLXXIII.

Explication de la loi 3, majoribus, C. communia utriusque judicii tam familiæ erciscund. &c. *& son rapport à la loi seconde*, C. de rescind. venditione.

1 EN ladite loi *majoribus*, les empereurs établissent qu'un des associés ou communs en biens peut reclamer du partage qu'ils ont fait, s'il y a eu de l'inégalité, sans déclarer quelle elle doit être, & s'il est nécessaire qu'elle soit d'outre moitié de la valeur des héritages qui composent une portion, ainsi que pour la vente il est décidé en la loi seconde, *C. de rescind. vendit.*

Il semble que l'une se doit expliquer par l'autre, vû même que ces deux constitutions sont des mêmes empereurs. De sorte qu'en la premiere n'ayant point défini quelle doit être l'inégalité qui peut obliger à faire nouveau partage, cette définition se doit tirer de la regle établie en l'autre loi, c'est-à-dire en la loi seconde, *C. de rescind. vendit.*

2 En effet, plusieurs, après la glose d'Accurse, ont crû, qu'à moins qu'un des partageans ait été lésé de plus de la moitié de la valeur de la portion qui est échue à l'autre, il ne s'en peut plaindre, ni demander un nouveau partage, & que c'est ainsi qu'il faut entendre ces termes de la loi, que *quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Que comme en la vente la lésion n'est pas considérée, si elle n'est excessive, elle ne doit non plus être considérable en fait de partages, s'il n'y a le même excès.

3 Ces auteurs qui suivent Accurse, ont deux raisons assez spécieuses, l'une que la division est une espece de vente, *divisio vicem venditionis*, ainsi qu'il est dit en la loi 1, du même titre *C. communia utriusque judicii.* Comme encore, que la division est une espece de permutation, ainsi que l'assure le jurisconsulte en la loi *si patet* 77, § *hæreditatem*, *ff. de leg.* 2. D'où l'on infere, que comme pour reclamer d'une vente ou d'un échange, il faut une lésion d'outre moitié, elle est pareillement nécessaire pour revenir contre un partage.

4 L'autre raison est plus forte, puisqu'on la tire de la même loi *majoribus.* En icelle les empereurs ayant décidé que même aux majeurs on doit subvenir, si le partage ne se trouve pas fait justement, *per fraudem & dolum, vel perperam factis divisionibus*, ils en rendent cette raison, *quia in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Raison générale & qui se peut appliquer aussi-bien aux contrats de vente qu'aux partages. Or de cette raison on infere que comme elle est générale & conforme, il faut ou que la vente reçoive une moindre lésion que d'outre moitié, ou que la même lésion d'outre moitié soit aussi-bien nécessaire pour faire casser un contrat qu'une vente.

5 Mais cette opinion n'est pas bien fondée, & ceux qui ont eu ce sentiment n'ont pas bien pesé la différence d'entre les contrats de vente & les contrats de partage, ni considéré quelle est l'intention des parties, en faisant ces divers contrats.

Car pour la vente, il est certain que par une ancienne regle, il est permis au vendeur de vendre aussi cherement qu'il peut, & qu'il est aussi permis à l'acheteur d'avoir la chose à plus bas prix qu'il peut, & en peu de mots que *licet contrahentibus se invicem circumvenire, l. in causa, § idem pomponius, ff. de minoribus, l. Item si pretio § ullimo, ff. locati & l. si voluntate C. de rescindenda vendit.* Que s'il est permis à l'un de survendre, il doit être loisible à l'autre de rabaisser le prix autant qu'il lui est possible, & en cela l'un & l'autre ne fait rien qui soit contre la nature du contrat : Mais comme ils en pouvoient abuser, les empereurs Diocletien & Maximilien, y ont voulu établir une regle, en ne souffrant pas que le prix soit moindre que de la moitié de la valeur des choses qu'on vend. Ils veulent bien que l'acheteur puisse profiter de la nécessité qu'a le vendeur de vendre, mais ils veulent que ce soit avec modération ; & en sorte que ce qu'il vend cent écus n'en vaille pas plus de deux cent.

Or, il n'en est pas de même de ceux qui partagent, ils n'ont pas cette intention qu'ont l'acheteur & le vendeur de se tromper & circonvenir. Ils ne tendent pas, ou ne doivent pas tendre à se surprendre, & leur but commun ne doit être que d'avoir chacun sa portion, que d'avoir séparément ce qu'ils n'avoient qu'en commun, & comme ils ne possédoient par indivis *& juris intellectu* que chacun sa part, ils ne songent aussi qu'à faire que la même part leur avienne par le partage.

Même il faut supposer que par le partage les parties n'acquierent rien de nouveau, que *quisque suum tantum recipit*, & que par ce moyen le partage est plutôt une distinction des portions qui étoient confuses, quoique plus certaines, qu'une acquisition nouvelle ; d'où s'ensuit qu'un chacun devant avoir séparée la part qu'il avoit confuse ; si elle ne lui est pas entierement échue par le partage, il lui reste une action pour demander ce qui lui en manque, ainsi que le fils a l'action de supplément pour sa légitime : Et il est vrai de dire que jusqu'à ce, le partage n'est pas censé achevé, & que les experts qui sont employés n'ont pas entierement satisfait à leur fonction.

On peut encore inférer de ce principe, que comme pour la légitime le fils peut agir, & la faire remplir *boni viri arbitratu*, celui qui en un partage n'aura pas eu sa juste portion, peut indéfiniment & sans limitation en demander le supplément, sans considérer si c'est plus ou moins qui lui manque, parce que jusqu'alors, il n'a pas tout ce qui lui appartient, & c'est injustement qu'on lui en retient quelque chose. Mais quoique la loi ne le regle pas, c'est chose qu'on peut suppléer par elle-même en d'autres endroits. Car comme on dit communément que *de modico non curat Prætor*, & que la restitution en entier ne se donne pas pour chose légere, aussi nos interprétes y ont voulu mettre cette limitation, que pour se plaindre d'un partage de biens, il faut qu'on allegue une inégalité considérable, & qu'elle soit du moins du tiers au quart. C'est parce qu'un nouveau partage ne se peut faire qu'avec beaucoup de frais, & qu'il n'est pas raisonnable d'y engager les parties pour peu de chose, notamment lorsque ce n'est pas *rebus integris* ; & qu'il y a eu quelque changement.

6 C'est aussi l'usage de notre France, que quelques docteurs étrangers combattent, & entr'autres *Antonius Faber*, en sa décade 8, *de erroribus Pragmatic. cap* 1 & 2, où il donne une explication toute autre à la loi *majoribus* : Sçavoir qu'elle ne parle que de la division qui n'a pas été suivie de la tradition & translation de possession, *& quæ steterit in finibus nudæ conventionis*, ou pour mieux parler qui n'a pas été exécutée : car pour la possession effective & réciproque, elle ne semble pas nécessaire, tant à cause

BIU Cujas

de la clauſe de *conſtitut.* qu'on inſere aux contrats, que parce que ceux qui partagent ſont déja dans la poſſeſſion, & leur poſſeſſion étant commune & réciproque, elle ſe diſtingue plutôt qu'ils ne l'acquierent.

7 Cet auteur ſe fonde ſur ce que la loi n'ayant pas reglé quelle léſion eſt requiſe contre un partage, ce n'eſt pas à nous de le ſuppléer, & par conſéquent qu'il faut ou une léſion d'outre moitié ainſi qu'en la vente, ou qu'il en faut demeurer là ſi la diviſion a été exécutée, lors même qu'elle a été faite par voie de juſtice : mais il eſt facile de répondre que parmi nous, ſans contrat il n'y a point de diviſion ; qu'après le contrat la choſe eſt parfaite, & qu'il ne reſte plus que la voie de reſtitution en entier, la voie de nullité n'ayant point de lieu : & partant s'il y a contrat ou acte paſſé, il faut de néceſſité recourir aux lettres.

Que ſi au lieu de la léſion d'outre moitié nous nous contentons qu'elle ſoit moindre, nous ne ſuppléons pas pour cela à notre droit. Nous ne voulons pas celle d'outre moitié, parce que les empereurs ne l'ont pas établie, & que s'ils l'avoient jugée néceſſaire, ils s'en ſeroient auſſi-bien expliqués qu'ils ont fait ailleurs pour la vente. N'ayant donc parlé que d'une inégalité, & celle qui eſt trop legere n'étant pas conſidérable pour la voie de reſtitution, ni celle qui eſt requiſe ; il reſte qu'entre le trop & le trop peu, qu'entre l'excès & quelque manquement, on prenne quelque milieu.

8 Ce n'eſt pas que nous ne voulions demeurer d'accord avec *Faber*, que quand le partage a été exécuté, & ſuivi d'une jouiſſance réciproque, qu'en un mot les choſes ne ſont plus en leur entier, il ne ſoit bien plus difficile d'en reclamer, ſuivant la loi *ſi diviſionem, C. familiæ eſciſc.* & la loi *ſi inter C. communia utriuſque judicii.* Mais pourtant n'y ayant point d'autre acte approbatif que la ſimple jouiſſance, n'y ayant point eu de changement conſidérable, cette ſuite de poſſeſſion pendant quelques années, & dans l'intervale de dix ans, ne peut empêcher qu'un de ceux qui ont partagé, ayant depuis reconnu l'inégalité du partage, ne ſe puiſſe pourvoir contre, & en demander un autre, plutôt à ſes frais.

9 Reſte que nous répondions à l'autre raiſon de *Faber*, ſçavoir que la loi voulant qu'on répare tout ce qui a été fait avec inégalité, *in contractibus ſive judiciis bonæ fidei*, il faut établir une même regle, auſſi bien au partage qu'en la vente, & en la vente qu'au partage. Et partant qu'en l'un & en l'autre, où la léſion doit être d'outre moitié, ou qu'une moindre ſuffit. Nous pourrions bien employer ce que *Fachineus, lib. 8, cap. 36*, a remarqué & tiré de la conſultation d'un ancien juriſconſulte, qui eſt parmi celles de Cujas. Savoir qu'en la conſtitution qui étoit au code Gregorien, & de laquelle la loi *majoribus* a été tirée, il n'eſt point parlé de *bonæ fidei judiciis*, & que ſa diſpoſition eſt reſtrainte *in perperam factis diviſionibus.*

Mais paſſant plus avant, nous croyons qu'encore 10
que la vendition ſoit miſe *inter contractus bonæ fidei*, ce n'eſt pas pourtant à l'égal des autres, ni avec les mêmes figures. Nous voulons dire, qu'au lieu que la bonne-foi doit dominer aux autres contrats, elle n'eſt pas ſi religieuſement requiſe au contrat de vente. Qu'en effet l'acheteur & le vendeur ſe peuvent tromper impunément, pourvû que ce ne ſoit pas avec trop d'excès. Ainſi quand il eſt dit, *in l. majoribus*, que ce qui eſt fait *inæqualiter in bonæ fidei judiciis*, cela ſe doit réformer, ce n'eſt pas du contrat de vente qu'il faut l'entendre, mais des autres contrats où la bonne-foi domine. Et c'eſt pour ce ſujet que la vente ayant une liberté plus grande, il en a fallu faire une loi & une regle particuliere.

Et quant à ce qu'on oppoſe, que la diviſion eſt une eſpece de vente ou de permutation, c'eſt improprement, & en tant qu'elle en a quelque reſſemblance. Mais cela n'empêche pas que ce ne ſoit un contrat différent, & qui a ſa nature particuliere, diſtincte & diverſe, ainſi que raiſonne fort bien M. Charles du Moulin, en quelque endroit de ſon commentaire ſur la coutume de Paris : il dit que c'eſt un contrat qui participe *de diſtractu & contractu* : il tient de la vente & permutation, mais ne laiſſe pas d'avoir ſa nature propre, *ita ut non ſit propriè alienatio nec nova acquiſitio, ſed portionum diſtributio.* A quoi il ajoute que la diviſion *æqualentia vocatur, quod æquis partibus fiat, ſive æqua lance.*

Joannes Grivel, *in deciſione Senatus Dolani* 127, traite encore amplement la même queſtion, & y rapporte quelques autres diſtinctions.

OBSERVATIONS.

Quelle léſion eſt requiſe en matiere de partage entre majeurs.

DAns cette queſtion, l'auteur examine, quelle léſion eſt requiſe pour être reſtitué contre un partage fait entre majeurs. Il réfute l'opinion de la gloſe & des auteurs qui tiennent, qu'il faut une léſion d'outre moitié. Il établit, qu'une moindre léſion eſt ſuffiſante, laquelle pourtant il dit devoir être du tiers au quart, parce qu'autrement la choſe ne vaudroit pas la peine de faire les frais d'un nouveau partage.

11 Notre auteur n'avoit garde de prendre un autre parti, puiſque cette maxime qui eſt aujourd'hui conſtante dans tous les tribunaux du royaume, a pris naiſſance dans ſon ſiége, c'eſt M. Papon, lequel étoit lieutenant-général au bailliage de Montbriſon, dans un tems où il n'y avoit que ce ſeul bailliage dans tous le Forez, qui le premier l'a établie dans ſes notaires, tom. 3, l. 9, *de la reſtitution contre partage*, pag. 666 & dans ſes arrêts, liv. 15, tit. 7, nomb. 6, tous les auteurs François ont embraſſé cette opinion. Je me contenterai de citer ici M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, nomb. 52, & ſuivans. Dans ce chapitre, il traite amplement & doctement toutes les queſtions qui peuvent tomber ſur la matiere des partages.

12 L'on peut revenir contre un partage, quoiqu'il ait été fait par une tranſaction ; parce que le premier acte qui ſe paſſe entre les cohéritiers, eſt toujours conſidéré comme un

BIU Cujas

partage. C'eſt la doctrine de M. Papon, dans ſes arrêts, liv. 15, tit. 7; de M. du Moulin, *de uſur. quæſt.* 14, *nomb.* 182; de M. le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, au titre *des partages*, nomb. 55 & de M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 72, où il remarque qu'au parlement de Toulouſe, il ſuffit que la léſion ſoit d'un quart, & que la reſciſion du partage eſt reçue, quoiqu'elle ſoit demandée par celui qui a fait les lots ou par celui qui a choiſi. 13

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AI été un peu court ſur ma premiere obſervation; ainſi je crois qu'il eſt à propos d'y ajouter quelque choſe.

A l'égard de la premiere queſtion, il eſt certain que dans tout le reſſort du parlement de Paris, pour être reſtitué contre un partage fait entre majeurs, il faut que la léſion ſoit du tiers au quart.

Dans les parlemens du droit écrit, il ſuffit que la léſion ſoit du quart, ſuivant le témoignage de M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 72, de M. Faure, ſur le titre du code *commun. utriuſq. jud. definit.* 3, de Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 148, col. 2, de Ferrerius, ſur la queſt. 289 de Guy Pape, ſur la fin. Baſſet, tom. 2, liv. 6, tit. 1, chap. 4. Lapeyrere, lett. P, nomb. 5.

A l'égard des tranſactions, il faut diſtinguer: ou la tranſaction eſt intervenue ſur un partage à faire, ou ſur un partage déja fait.

Dans le premier cas, il y a lieu à la reſtitution, s'il y a léſion du tiers au quart; parce que cette tranſaction étant le premier acte fait entre les cohéritiers, elle tient lieu du partage; car, comme dit fort bien Mornac, ſur le titre du Digeſte, *fam. eſciſc.* le partage eſt un contrat innommé; ainſi il n'importe de quel nom on le baptiſe, ſoit de tranſaction ou autre acte. Il ſuffit que ce ſoit le premier acte fait entre cohéritiers, pour être conſidéré comme un partage. *Quocumque nomine donetur contractus primus inter cohæredes, rei cujuſcumque particeps, ſeu tranſactio vocetur, ſeu non, tamen pro diviſione hæreditatis, rerumque communium accipi debet.* Cela ſe juge de la ſorte dans tous les tribunaux du royaume. Il a été ainſi jugé au parlement de Paris par deux anciens arrêts, des 27 février & 27 mars 1577, remarqués par Bergeron, ſur les arrêts de Papon, liv. 15, tit. 7, nomb. 3, par Lhommeau, dans ſes maximes, liv. 3, tit. *des partages*, pag. 215, & par le Brun, des ſucceſſions, l. 4, chap. 1, nomb. 55. La même choſe ſe juge au parlement de Provence, ſuivant deux arrêts des 22 décembre 1645 & 17 février 1668, rapportés par Boniface, tom. 2, liv. 1, tit. 13, chap. 3. De même au parlement de Bordeaux, ſuivant un arrêt du 10 janvier 1645, remarqué par Lapeyrere, lettre P, nombre 10. L'auteur des nouvelles Notes dit, que la même choſe a été jugée par un arrêt de l'année 1664. *Idem*, au parlement de Bretagne, ſuivant deux arrêts des 18 mars 1566 & 21 décembre 1594, rapportés par du Fail, liv. 1, chap. 208.

Partage.

☞ La même déciſion doit avoir lieu, quoique la tranſaction ſoit intervenue ſur un procès intenté, pour parvenir au partage; parce que l'on ne fait pas ordinairement de partage ſans mémoire & ſans inſtruction. Il n'importe pas que la diſcuſſion ſe faſſe par un procès ou d'une autre maniere, & l'acte qui finit cette diſcuſſion, eſt toujours un partage, quelque nom qu'on lui donne; c'eſt le ſentiment & le langage de M. le Brun, au même endroit.

Dans le ſecond cas, il faut encore diſtinguer, ſi la tranſaction eſt intervenue ſur des conteſtations dépendantes du partage, ou ſur la léſion qui ſe rencontre dans le partage. Dans le premier cas, la tranſaction ne doit être conſidérée que comme l'accompliſſement ou l'exécution du partage, & par conſéquent, elle doit ſuivre la nature & le ſort du partage. Dans le ſecond cas, c'eſt une véritable tranſaction faite ſur un procès pour cauſe de léſion. Cette diſtinction eſt faite par le préſident Faber, dans ſon code, ſur le titre, *comm. utriuſque jud. def. 6, quid verò ſi poſt diviſionem tranſactum proponatur? Multum intererit, an de controverſiâ aliquâ, quæ in conſequentiam & probationem diviſionis ſupererat tranſactum ſit, an ſuper lite motâ vel movendâ ad reſcindendam ex læſionis cauſa diviſionem. Priore caſu non impedit tranſactio reſtitutionem, eâdem probatâ læſione, quam probari ſufficeret, ſi tranſactio nulla interveniſſet, quoniam diviſionis continuatio & perfectio quædam dicenda illa eſt potiùs, quàm alius & novus contractus. Poſteriore verò, hoc eſt, ſi de ipſa quoque læſione tranſactum ſit, conſtat nihil ampliùs quærendum eſſe de diviſione, cùm bona ex novo planèque diverſo jure poſſideantur, ob idque non aliam læſionem ſufficere ad reſcindendam diviſionem, quàm quæ ſufficeret ad reſcindendam tranſactionem.* Ainſi il faut tenir avec ce ſçavant magiſtrat. (M. Catelan, tom. 2, liv. 5, chap. 72, à la fin, fait la mê-

BIU Cujas

me diſtinction) qu'il n'y a qu'un ſeul cas où la tranſaction en matiere de partage puiſſe exclure le bénéfice de reſtitution, ſçavoir quand la tranſaction a été faite ſur la léſion que l'une des parties prétendoit avoir ſouffert par le partage; & même dans ce cas, ſi la léſion étoit énorme, il y auroit lieu à la reſtitution: non pas que la léſion énorme ſoit un moyen de reſtitution contre les tranſactions paſſées entre majeurs, comme le prétendent Guenois, dans ſa conférence des ordonnances *des tranſactions*, & le Brun en cet endroit: car le contraire eſt formellement décidé par ces termes de l'ordonnance, *ſous prétexte de léſion d'une moitié du juſte prix, ou autre plus grande quelconque*: mais parce que la tranſaction en cette occaſion a rapport à un partage, dont la nature ne peut permettre une léſion ſi énorme, *quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* M. le Brun rapporte encore une autre limitation: ſi la tranſaction intervenue ſur les lettres eſt ſérieuſe & ſans fraude; mais ce n'eſt pas là une exception particuliere pour ce cas; elle eſt générale pour toutes ſortes d'affaires: un acte ſimulé & frauduleux n'eſt pas un acte. Il eſt encore quelques autres cas où l'on prétend que les partages ne peuvent pas être reſcindés pour cauſe de léſion.

1°. Si le partage a été fait en jugement, il y a des auteurs qui prétendent qu'il ne peut être caſſé ſous prétexte de léſion, à cauſe de ces mots de la loi *majoribus, ſine judicio factis diviſionibus.* Mais en cet endroit *judicium* ne ſignifie pas une ſentence, il ſe prend pour conſeil: *ſine judicio, id eſt, ſine conſilio*, comme l'explique Godefroy dans ſa note ſur ce mot. D'ailleurs il s'agit en pareille occaſion d'une erreur de fait, que la préſence du juge n'eſt pas capable de réparer, lui-même pouvant être trompé dans les faits, auſſi-bien que les parties, *facta prudentiſſimos fallunt, l. 2, ff. de jur. & fact. ignor.* Enfin il ne ſeroit pas juſte que la préſence du juge fût une occaſion pour bleſſer l'égalité qui doit regner entre cohéritiers, *nec enim jus dicentis autoritas materiam præbere debet alterius circumveniendi, nec ſub Clypeo prætoris decipi quemquam oportet*, dit Chopin ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit. 2, nomb. 3. Il ajoute que cela fut ainſi jugé par un arrêt rendu au parlement le 7 ſeptembre 1583, entre les ducs de Longueville & de Nemours, quoique les partages euſſent été faits entre eux par un arrêt du conſeil du roi, du 30 juin 1553. Il faut dire la même choſe, quoique ce partage aït été fait par des arbitres choiſis par les parties, ou nommés par le juge, *idem ſi arbitro dato diviſio celebrata eſt. l. 8, cod. de collat.* 2°. *Quid juris*, ſi les lods ont été jettés au ſort? Il ſemble que dans ce cas il n'y ait pas lieu à la reſtitution, à cauſe du haſard & de l'incertitude de l'événement; c'eſt, pour ainſi dire, le jugement de Dieu qui a choiſi cette voie pour décider les conteſtations de ſon peuple. Le Sage dans les proverbes dit, que Dieu conduit lui-même le ſort, & qu'il s'en ſert pour terminer les querelles des plus puiſſans, *ſortes mittuntur in ſinum, ſed à Domino temperantur. Contradictiones comprimit ſors, & inter potentes quoque dijudicat, proverb. c. 16, v. 33, &c. 18, v. 18.* Enfin Dieu a ordonné de ſe ſervir de cette voie pour le partage de la terre promiſe entre les différentes tribus du peuple Juif, & pour la diſtribution des diverſes fonctions des prêtres & des lévites. Les apôtres s'en ſont ſervi pour le choix de celui qui devoit remplir la place de Judas, *& dederunt ſortem eis, & ſors cecidit ſuper Mathiam.* A l'égard du droit civil, il approuve la déciſion du ſort dans les partages, comme on peut le voir dans la loi 5, *ff. fam. erciſc.* dans la loi 3, *cod. commun. de leg.* & dans la loi 2, *quando & quanta pars deb.* cependant les opinions ſont fort partagées.

La premiere eſt de ceux qui tiennent indiſtinctement, que contre un partage fait par le ſort, nul, ſoit majeur ou mineur, n'eſt reſtituable. Balde eſt le chef de ce parti ſur la loi derniere, *quod commun. de leg.* La raiſon de ſa déciſion eſt fort belle. *Judicium ſortis dicitur fortunæ judicium, cujus dux eſt Deus.* Son opinion a été ſuivie par pluſieurs auteurs François. Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit. 2, nomb. 10. Carondas, dans ſes obſervations ſur le mot *partage*, Coquille, dans ſes queſtions, queſt. 157, vers la fin, Lhommeau, dans ſes maximes, liv. 3, tit. *des partages*, Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 149, cod. 1.

La ſeconde opinion eſt de ceux qui diſtinguent entre les majeurs & les mineurs: les premiers ne ſont jamais reſtituables contre les partages faits par le ſort: les ſeconds peuvent l'être, quand la léſion eſt conſidérable, Chopin & Carondas au même endroit.

La troiſiéme eſt de ceux qui accordent le bénéfice de reſtitution aux majeurs, quand la léſion eſt énorme, c'eſt-à-dire, de plus de moitié, Balde & Paul de Caſtre, ſur la loi *majoribus.*

La quatriéme, de ceux qui ſoutiennent, que le ſort ne change rien à la déciſion de la loi, qui accorde la reſtitution aux majeurs, quand il y a léſion du tiers au quart; parce qu'il ſuffit que l'égalité ſoit bleſſée, de quelque maniere que le partage ait été fait; c'eſt le ſentiment de Ferriere, ſur la queſtion de Guy Pape 289 à la fin, de Mornac, ſur la loi *majoribus* 3, *commun. utriuſque jud.* de Lapeyrere, lett. P, nomb. 5, & de le Brun, des ſucceſſ. liv. 4, ch. 1 *des partages*, nomb. 54. Cette queſtion pourroit me fournir une vaſte

BIU Cujas

carriere, pour discourir des différens cas où l'on peut recourir au sort, & des différens effets du sort; mais cela seroit plus curieux qu'utile : ainsi je crois devoir me taire. J'avertis seulement que l'on trouvera de quoi satisfaire sa curiosité dans le traité *de jur. primog.* de M. Tiraqueau, *quæst.* 17, *prima opinio*, depuis le nomb. 1, jusques au 102. Il rapporte tout ce que l'on peut trouver de plus curieux sur cette matiere; c'est le plus sçavant de tous les jurisconsultes du droit coutumier : l'on peut dire qu'il pêche par trop de science; mais c'est un défaut dont les magistrats de ce tems ont bien sçû se corriger. Du Moulin parle aussi des effets du sort fort solidement & fort chrétiennement sur la coutume de Paris, pag. 8, gl. 1, depuis le nomb. 13 jusqu'à 25, notre auteur en parle aussi dans la question 179 de ce même livre.

3°. Dans les pays où l'aîné fait les lods, & les cadets choisissent; sçavoir, si l'aîné peut se plaindre du lod qui lui est échu, & demander un nouveau partage. Il semble qu'il ne soit pas recevable; parce que c'est sa faute de n'avoir pas fait les lods égaux.

Cependant il peut être restitué; parce que l'on présume que c'est par erreur qu'il n'a pas observé l'égalité, n'étant pas croyable qu'il ait affécté d'y apporter de l'inégalité; puisqu'il couroit le danger de la supporter. C'est le sentiment du président Faber, au même endroit, *eâ potissimum ratione quod non sit probabile per dolum fraudemve quidquam factum esse ab eo qui fratri dederit optionem : prior enim ille incurrit in periculum damni, quod fratri ex inconsiderata electione possit accidere :* il dit que cela a été ainsi jugé dans son sénat.

M. Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 51, dit que la même chose a été jugée au parlement de Toulouse à son rapport le 20 mars 1659.

4°. Si au lieu de faire partage, un des cohéritiers cede ou vend sa part à un desdits cohéritiers, sçavoir si cette vente ou cession sera sujette à rescision.

Il faut distinguer. 1°. Si la cession ou la vente ont été faites avant que l'inventaire des effets de la succession ait été fait; dans ce cas, il est vraisemblable que le cédant ou le vendeur n'avoit pas un connoissance entiere de ses droits, & par conséquent il est à présumer qu'il y a de l'erreur de sa part, & de la surprise de la part de l'autre. La décision de la loi 9, § 2, *ff. de transact.* doit avoir lieu en cette occasion, *qui per fallaciam cohæredis, ignorans universa, quæ in vero erant, instrumentum transactionis sine aquiliana stipulatione interposuit, non tam paciscitur, quam decipitur.*

2°. Si l'inventaire n'est pas fidelle; s'il y a des omissions considérables, soit que cela soit arrivé par le fait de celui qui a acquis les droits de l'autre, ou autrement; parce que dans l'un & l'autre cas le cédant n'avoit pas connoissance de ses droits : *ignorabat universa quæ in vero erant.*

3°. Quoique l'inventaire soit fidelle & exact, si celui qui a cédé ses droits n'a pas eu communication de l'inventaire, ensemble des piéces inventoriées; ce défaut de communication fait présumer qu'il n'a pas eu une connoissance suffisante de ses droits.

4°. Si la cession a été faite par un absent. M. le Brun, dans l'endroit ci dessus cité, nomb. 55, estime qu'il peut être restitué, s'il n'a pas eu communication de l'inventaire; mais je crois qu'il ne suffit pas que cet absent ait eu communication de l'inventaire, il faut qu'il ait aussi eu communication des piéces inventoriées, par lui-même ou par procureur. L'on ne peut point traiter valablement des effets d'une succession, *nisi visis inspectisque tabulis.*

5°. Si l'on peut reclamer contre un partage fait par celui de la succession duquel il s'agit. Il y a plusieurs distinctions sur cela.

1°. Il faut distinguer entre les pays de droit écrit & ceux de coutume. Le droit distingue entre le partage fait par un pere entre ses enfans, & le partage fait par la mere, les ascendans, les collateraux ou les étrangers.

A l'égard du pere, la loi autorise le partage qu'il a fait de ses biens entre ses enfans, quoiqu'il ne soit revêtu d'aucunes formalités, *qualicumque judicio suam declaraverit voluntatem. l. si cogitatione* 21, *cod. fam. erciſc.*

A l'égard des autres, l'empereur Justinien par sa novelle 48, permet à la vérité, à tout testateur de faire le partage de ses biens par un écrit sous seing-privé écrit de sa main ou d'une autre main, pourvu qu'il soit signé du testateur : mais il désire qu'il affirme, que cet écrit contienne tous ses biens; en ce cas il veut que chacun des héritiers se tienne à la portion qui lui a été assignée, ou qu'il renonce à toute la succession, *necessitate imminente, aut obedire omnibus, aut universa contemnere, & non hæc quidem eligere, his uno resultare, sed defuncti voluntatem ab ejus successoribus ita servare, ut in nullo ei contradici præsumatur.* Il y a pourtant une exception à faire en faveur des enfans ou petits-enfans, qui ont droit de demander leur légitime, ou le supplément, si la portion qui leur a été laissée n'est pas suffisante pour remplir leur légitime : cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu au parlement de Provence, le 28 avril 1659, rapporté par Boniface, tom. 2, liv. 1, tit. 13, ch. 2.

BIU Cujas

2°. A l'égard des pays coutumiers, il faut ſéparer les coutumes en claſſes.

La premiere, de celles qui permettent nommément ces ſortes de partages, comme Bourb. art. 216, Nivernois, ch. 34 *des ſucceſſ.* art. 17. Bourgogne, tit. 7, art. 7. Bretagne, art. 560. Amiens, art. 49. Peronne, art. 107.

La ſeconde claſſe des coutumes que l'on appelle d'égalité, qui défendent abſolument d'avantager les enfans plus les uns que les autres, à quelque titre que ce puiſſe être, comme Tours, art. 202, Anjou, art. 260 & 337 le Maine, art. 278 & 349. Normandie, art. 434. Lodunois, ch. 29, art. 12.

La troiſiéme, de celles qui ne permettent les avantages, que par contrat de mariage, ou donation entre-vifs, comme la Marche, art. 295.

La quatriéme eſt compoſée des coutumes qui defendent d'avantager les enfans venans à la ſucceſſion, mais qui leur permettent de ſe tenir au don qui leur a été fait, comme Paris, art. 307 & pluſieurs autres.

A l'égard des coutumes de la premiere claſſe, celle de Bourbonnois eſt celle qui s'explique le mieux; elle permet au pere & à la mere de partager leurs biens, meubles & immeubles, par quelque acte que ce ſoit, ou par-devant notaire, ou ſous ſeing privé, ſans qu'aucun des enfans puiſſe reclamer contre le partage, ſi ce n'eſt juſques à concurrence de la légitime, que les autres enfans peuvent ſuppléer en effets de la ſucceſſion. Cette coutume déſire, que ce partage ſoit fait 40 jours avant la mort, afin, dit du Moulin dans ſa note ſur cet article, que le pere ou la mere ſoit plus en état de faire une juſte diſtribution de leurs biens, *ne dividens nimium vicinus morti facile erret inæquali diſtributione.* Ce même auteur dit, que le pere ou la mere peuvent faire le partage enſemble ou ſéparément, *ſimul vel ſeorſim.* Cela peut donner lieu à une queſtion aſſez curieuſe, ſçavoir, ſi le ſurvivant peut faire le partage des biens du prédécedé conjointement avec les ſiens. Coquille, ſur la coutume de Nivernois, chap. *de ſucceſ.* art. 17, traite cette queſtion; il dit que la diſpoſition vaut par forme de fidei-commis, enſorte que les enfans ſont obligés de ſe tenir au partage fait par le pere, ou s'ils veulent partager les biens de leur mere à leur volonté, ils ne peuvent demander leur légitime ſur les biens de leur pere.

M. Taiſant, ſur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 6, not. 6, traite auſſi la queſtion. Il eſt de l'avis du judicieux Coquille, il cite deux arrêts rendus au parlement de Dijon; le premier du 29 juillet 1594, le ſecond du 18 décembre 1641, qui l'ont ainſi jugé. La coutume de Bourgogne ne permet qu'aux perſonnes nobles, de partager leurs biens entre leurs enfans, mais la même choſe a été accordée à un roturier par l'uſage & par les arrêts. Cette coutume deſire, que le partage ſoit fait toujours avant le décès. Mais cette ſurvie de 20 jours n'eſt requiſe, que quand le partage eſt inégal: quand il eſt égal, il peut être fait avant les 20 jours, ſuivant les arrêts remarqués par M. Taiſand, ſur le même art. not. 3.

Cette coutume ne détermine pas la forme du partage; les arrêts du parlement de Dijon ont long-tems varié ſur cela; mais elle a été fixée par une déclaration du roi du 17 mars 1643, enregiſtrée au parlement de Dijon le 30 juin 1666, portant que ces ſortes de partages doivent être ſignés d'un notaire ou d'un témoin.

A l'égard des coutumes de la ſeconde & de la troiſiéme claſſe, ces ſortes de partages ne peuvent pas y être reçus, à moins qu'ils ne contiennent une parfaite égalité. Je crois néanmoins, que ſi l'inégalité n'eſt pas conſidérable, l'on doit ordonner l'exécution du partage, ſauf à ſuppléer à ce qui manque pour parfaire l'égalité.

Pour ce qui eſt des coutumes de la quatriéme claſſe, le parlement de Paris favoriſe ordinairement les partages faits par les pere & mere, comme il paroît par deux anciens arrêts des 15 février 1564 & 27 février 1576, remarqués par Papon, dans ſes arrêts, liv. 13, tit. 7, nomb. 7, & par deux autres des années 1607 & 1612, remarqués par Brodeau, ſur M. Louet, lettre P; tom. 2, nomb. 7. Cette maxime reçoit une exception: quand le partage donne atteinte au droit d'aîneſſe, alors l'on n'y a point d'égard, ſuivant pluſieurs arrêts remarqués par Brodeau, au même endroit, nomb. 9.

Ces ſortes de partages ſont révocables par les pere & mere qui les ont faits pendant toute leur vie, ainſi qu'il eſt dit dans les coutumes de Bourbonnois & de Nivernois, dans les articles ci-deſſus cités, & ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du 24 juillet 1578, rapporté par le Veſt, art. 233 & par Brodeau, dans l'endroit ci-deſſus, nomb. 8.

Les coutumes ne parlent que du partage fait par les pere & mere entre leurs enfans. Il a été queſtion de ſçavoir, ſi les partages faits par les autres aſcendans, ou par les collatéraux, devroient avoir le même privilége. A l'égard des ayeuls & ayeules, & autres aſcendans, il y a parité de raiſon, mais non pas à l'égard des collatéraux: ainſi jugé par un arrêt du 14 août 1587, rendu en la coutume de Bourbonnois, qui a caſſé un partage fait par un oncle entre ſes neveux, & l'arrêt eſt rapporté par le Veſt, art. 184, & par

BIU Cujas

Brodeau, dans l'endroit ci-deſſus, nomb. 7, vers la fin. Je crois pourtant qu'il y a une diſtinction à faire : ſi le défunt par le partage n'a diſpoſé en faveur de quelques-uns de ſes cohéritiers, qu'autant qu'il avoit pû faire en faveur des étrangers, en ce cas, les autres héritiers n'ont pas ſujet de ſe plaindre du partage.

DE LA TAILLE.

QUESTION CENT-SOIXANTE-QUATORZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *A meſure que les villes s'augmentent en nombre de citoyens & en richeſſes, le courage des habitans augmente.*
2. *La ville de Saint Etienne en Forez eſt devenue conſidérable par le trafic.*
3. *Les principaux habitans ayant voulu s'affranchir de la collecte, obtinrent des lettres de déſunion de la charge de conſuls & aſſéeurs des tailles, d'avec celle des collecteurs.*
4. *Oppoſition des autres habitans.*
5. *Arrêt du conſeil, du 8 mars 1636, qui ſans avoir égard auſdites lettres, ordonne que les deux charges demeureront unies, pour être exercées conjointement.*

QUESTION CLXXIV.

Si aux villes qui ne ſont pas capitales, la collecte des tailles ſe peut ſéparer de la charge de conſul.

1 A MESURE que les villes s'augmentent en nombre de perſonnes & en richeſſes, le courage des habitans croît pareillement. Devenus plus gros marchands, ils ne peuvent pas ſouffrir les charges viles, ce leur eſt un joug fâcheux, & ils tâchent de le ſecouer.

2 La ville de Saint-Etienne de Furan eſt aſſez conſidérable, & par le trafic & commerce qui s'y fait, & par la communication qu'elle a avec les meilleures villes du royaume, & même hors le royaume, lorſque la paix le permet.

3 En l'état donc qu'elle eſt à préſent, les principaux habitans voulant s'affranchir de la collecte des tailles, obtinrent lettres de ſa majeſté de déſunion de la charge des conſuls & aſſéeurs des tailles de ladite ville, d'avec celle de collecteurs, leſdites lettres en date du mois de janvier 1629 qui furent ſuivies d'un arrêt de vérification de la cour des aydes, du 30 janvier 1630.

4 Les moindres habitans en étant allarmés, & jugeant bien qu'ils ſeroient par ce moyen éloignés du conſulat, & que la collecte des tailles tomberoit toujours ſur eux, firent ligue pour s'y oppoſer, & ainſi la ville de Saint-Etienne ſe trouva partagée en deux factions. Ayant donc baillé requête civile contre l'arrêt, & obtenu arrêt de ladite cour, le 16 juin 1634, portant que par proviſion, & ſans préjudice du droit des parties, les conſuls nommés feroient & exerceroient la charge d'aſſéeurs & collecteurs des tailles conjointement, il en fallut venir au conſeil.

Enfin après une longue conteſtation, & après divers actes d'aſſemblées, le parti plus foible en moyens, mais plus grand en nombre, eut l'avantage, & l'union de la charge de conſul, & de la collecte des tailles fut confirmée par l'arrêt qui ſuit, & qui peut ſervir de réglement & de préjugé.

Extrait des regiſtres du conſeil d'état.

ENTRE les conſuls & habitans de la ville de 5
Saint-Etienne de Furan au comté de Forez, demandeurs en requête du premier décembre 1634 & défendeurs d'une part : & les manans & habitans de ladite ville, défendeurs & demandeurs en requête dudit jour, d'autre : & entre leſdits manans de ladite ville, demandeurs en autre requête du 6 mars 1636, d'une part : & leſdits conſuls & habitans de ladite ville, défendeurs d'autre. Vu par le roi en ſon conſeil ladite requête deſdits conſuls dudit jour premier décembre 1634, à ce que ſans avoir égard à l'arrêt de la cour des aides de Paris, du 16 juin 1634, ni à l'oppoſition formée par leſdits manans & habitans par la requête civile du dernier mai auſſi dernier, il ſoit ordonné que la déclaration de ſix cent vingt-neuf, & arrêt donné en conſéquence d'icelle, le 9 ſeptembre audit an 1634, ſeront exécutés ſelon leur forme & teneur, & que ſuivant iceux, la collecte des tailles ſera faite par les collecteurs déja nommés, & qui le ſeront ci-après, deſquels leſdits conſuls & habitans demeureront reſponſables, ſelon l'intention de ſa majeſté, portée par leſdites lettres & déclaration & arrêt, & que pour l'empêchement à l'exécution deſdites lettres par leſdits manans & habitans, ils ſoient condamnés en tous les dépens, dommages & intérêts deſdits conſuls ; ladite requête deſdits manans & habitans, tendante à ce qu'ils ſoient reçûs oppoſans à l'exécution de l'arrêt dudit conſeil dudit jour 9 ſeptembre, & pour procéder à ladite oppoſition & requête civile, renvoyer leſdites parties en ladite cour des aydes, où l'inſtance eſt pendante : Arrêt du conſeil ſur leſdites requêtes du premier décembre 1634, par lequel eſt ordonné que par-devant le ſieur commiſſaire à ce député, les parties ſeront ſommairement ouies aux fins deſdites requêtes, ladite requête dudit jour ſixiéme

BIU Cujas

mars 1636, desdits habitans de Saint-Etienne de Furan, à ce qu'ils fussent aussi reçûs opposans à l'exécution dudit arrêt du neuviéme septembre 1634, & pour procéder sur ladite opposition, renvoyer les parties en ladite cour des aydes, si mieux n'aime sadite majesté en exécution dudit arrêt du conseil du seiziéme janvier 1635, sans avoir égard auxdites lettres de désunion de la charge de consul & asséeurs des tailles de ladite ville, d'avec celle desdits collecteurs d'icelle, dudit mois de janvier 1629, ni audit arrêt du neuviéme septembre 1634, conformément aux édits des mois de mars 1600, & janvier audit an 1634, faite sur le réglement des tailles de ce royaume, que ladite charge de consuls, asséeurs & collecteurs des tailles en ladite ville, sera exercée conjointement par ceux qui seront choisis & nommés en l'assemblée générale de ladite ville au nombre porté par lesdits édits du mois de janvier 1634, en la maniere accoutumée, & au surplus adjuger auxdits supplians les fins & conclusions par eux prises contenues au procès-verbal du sieur de Chapponnay, & condamner lesdits consuls en trois mille livres d'amende envers les supplians pour l'indue vexation, & aux dommages & intérêts, au bas de laquelle est l'arrêt du conseil, portant que sur les fins d'icelle les parties seroient sommairement ouies par-devant le sieur commissaire à ce député : Procès-verbal dudit sieur commissaire, contenant les dires, déclarations & contestations desdites parties, desquelles leur auroit été donné acte, & ordonné qu'elles remettroient leurs anciennes productions, ajouteroient à icelles tout ce que bon leur sembleroit dans trois jours pour toutes préfixions & délais, pour au rapport du sieur commissaire à ce député leur être fait droit, du septiéme dudit mois de mars 1636, signifié le quinziéme : Arrêt du conseil rendu entre les parties, par lequel avant faire droit sur ladite instance, auroit été ordonné que par-devant le sieur de Chaponnay assemblée générale seroit faite desdits habitans de Saint-Etienne de Furan, pour sur le différend & contestation desdites parties en dresser procès-verbal par ledit sieur, & en donner avis à sa majesté, pour le tout vû & rapporté être fait droit auxdites parties ainsi que de raison, signifié le dix-huitiéme février audit an 1636 : ordonnance dudit sieur de Chapponnay du 23 août 1635, faite en exécution dudit arrêt : ordonnance dudit sieur, contenant la taxe & cottisation d'aucun desdits consuls & habitans, du vingt-septiéme avril 1635 : Procès-verbal dudit sieur de Chapponnay, contenant les dires, contestations & plaintes desdites parties, desquelles leur auroit été donné acte, du vingt-huitiéme dudit mois d'avril 1635 & autres jours suivans : Avis dudit sieur de Chapponnay, du vingt-troisiéme août 1635, donné en conséquence du susdit arrêt, du 16 janvier audit an : Extrait du rôle de la grande taille de ladite ville de Saint-Etienne de Furan de ladite année 1635 : Plainte de partie desdits manans & habitans audit sieur de Chapponnay sur le regalement des tailles, du vingt-quatriéme août audit an 1635 : Procès-verbal dudit sieur de Chapponnay dudit jour, contenant la plainte de partie desdits manans & habitans contre lesdits consuls, de laquelle leur auroit été donné acte, & ordonné qu'il en seroit fait rapport audit conseil, pour leur être fait droit ainsi que de raison : Acte d'assemblée desdits consuls & habitans de ladite ville, du trentiéme septembre audit an 1635, signifié auxdits manans & habitans le 19 octobre ensuivant : Acte d'assemblée desdits manans dudit jour contenant leurs remontrances & oppositions à l'assemblée générale desdits consuls : Arrêt de ladite cour des aydes du seiziéme juin 1634, par lequel est ordonné, que par provision & sans préjudice des droits des parties, le nommé Dutreul, & ceux qui ont été élûs & nommés, feront & exerceront la charge d'asséeurs & collecteurs des tailles conjointement avec ledit Dutreul, Christophe de Chazelles & consors, nonobstant oppositions ou appellations quelconques : Requête civile dudit jour dernier mai 1634, obtenue par lesdits manans & habitans, contre l'arrêt de vérification des lettres de désunion, des mois de décembre 1629 & trentiéme janvier 1630 : Copie desdites lettres de désunion, & dudit arrêt de vérification, ledit arrêt du conseil dudit jour neuviéme septembre, par lequel auroit été ordonné, que lesdites lettres de désunion seront exécutées selon leur forme & teneur, & ce faisant, que lesdits consuls de ladite ville de Saint-Etienne de Furan feront l'assiette desdites tailles, nonobstant ledit édit du mois de janvier : signification dudit arrêt, des 13 & 21 octobre ensuivant : Acte d'assemblée desdits habitans, du 13 mars 1634 : Procuration passée par lesdits habitans, aux fins d'intervenir au procès pendant en ladite cour entre lesdits Dutreul & consuls, du dernier février, 1, 2, 4, 18 mars & autres jours suivans, audit an 1634 : Arrêt de ladite cour des aydes du 27 juin ensuivant, par lequel lesdits manans & habitans sont reçûs opposans audit arrêt de vérification : Autre arrêt de ladite cour, par lequel est ordonné, qu'ils se communiqueront respectivement leurs piéces dont ils s'entendent aider, du 12 juillet audit an : Copie d'autre arrêt de ladite cour, par lequel est permis auxdits consuls d'informer des assemblées desdits manans & habitans, du 30 mai audit an 1634 : Acte de désaveu formé par lesdits consuls à l'obtention de ladite requête civile du 17 juillet audit an : Autre arrêt de ladite cour, des 30 janvier 1630 & 9 octobre 1634 : Edit sur le reglement général des tailles, & vérification d'icelui en ladite cour des aydes, des mois de janvier & 8 avril 1634 : Commission des élûs dudit Saint-Etienne, pour lever les taxes faites sur ladite ville, du 29 mai ensuivant, crue des garnisons & autres droits, du dernier février 1633 : Imposition faite, tant sur lesdits consuls, que manans & habitans, des 6, 7, 22 & 23 décembre audit an 1633 : Acte de création de quatre consuls & quatre collecteurs, pour la levée des tailles de l'année 1634, du 30 octobre 1633 : Sentence donnée en ladite élection, des 24 mars, 1 & 26 décembre 1633, 7 & 26 juillet 1634 : Acte d'appel de ladite sentence, dudit jour 16 décembre 1633, par lesdits consuls, du 13 janvier 1634 : Assignation donnée en ladite cour des aydes auxdits manans & habitans, pour procéder sur ledit appel, du 19 dudit mois de janvier : Acte d'assemblée des 11 janvier 1629, 28 janvier, 1 Juillet 1629, 6 décembre 1632, 4 juillet & 15 décembre 1635, par lequel la surséance portée par l'arrêt du dernier juin audit an, auroit été levée, ordonné que par celui qui sera commis par sa majesté, les amendes, restitutions & condamnations ordonnées par ledit sieur de Chapponnay seront levées : Requête desdits manans & habitans, par laquelle les piéces y mentionnées auroient été reçues & communiquées, du 4 avril 1636 : Copie de sentence des commissaires députés par sa majesté pour le régalement des tailles en la généralité de Lyon, du 2 avril 1635, par laquelle est ordonné, que plusieurs desdits habitans de Saint-Etienne de Furan y dénommés, seroient imposés aux rôles des tailles dudit Saint-Etienne.

BIU Cujas

Etienne de Furan, & iceux condamnés à la reſtitution des taxes eſquelles ils devoient être impoſés: Autre copie de ſentence des élûs de Saint-Chamont, du dix-huitiéme janvier 1636, par laquelle Pierre Dupleines & Simon Favre, auroient été déchargés de la charge de conſuls, & enjoint aux conſuls & habitans de Saint-Etienne de s'aſſembler pour en nommer d'autres, au lieu & place deſdits Dupleines & Favre: Appointement & reglement pris en ladite inſtance, du ſeptiéme décembre 1634: Ecritures & productions pardevers le ſieur commiſſaire à ce député: Oui ſon rapport, & tout conſidéré: LE ROI EN SON CONSEIL, faiſant droit ſur ladite inſtance, ſans s'arrêter audit arrêt du neuviéme ſeptembre 1634, & ſans avoir égard auxdites lettres du mois de décembre mil ſix cent vingt-neuf, & arrêt de vérification d'icelle du trentiéme janvier mil ſix cent trente, a ordonné & ordonne, que conformément auxdits édits des mois de mars mil ſix cent, & janvier mil ſix cent trente-quatre, leſdites charges de conſuls & aſſéeurs des tailles audit lieu de Saint-Etienne de Furan ſeront unies & exercées conjointement avec celles des receveurs & collecteurs deſdites tailles, ſans que ci-après, pour quelque cauſe & occaſion que ce ſoit, elles puiſſent être déſunies & ſéparées, & ce faiſant, que leſdits conſuls ſeront tenus faire la collecte deſdites tailles, ſuivant le département qui en a été fait pendant la préſente année: Que la nomination deſdits conſuls ſe fera par chacune année par l'avis des conſuls qui ſortiront de charges, & de cinq conſeillers de la communauté pour chacun quartier; leſdits cinq conſeillers ſeront députés, nommés & choiſis par les habitans de leur quartier, avant que procéder à la nomination deſdits conſuls, & demeureront en charge pendant trois ans, ſans qu'ils y puiſſent être continués plus long-tems, lequel ordre ſera gardé & obſervé en toutes autres aſſemblées générales qui ſe feront ci-après pour l'audition & examen des comptes, nomination ou deſtitution des capitaines, premier ſergent-major, ou autres officiers néceſſaires, nomination des marguillers & receveurs de l'hôtel-Dieu, & autres affaires publiques, auxquelles aſſemblées ils ſeront tous tenus & obligés de ſe trouver, à peine de cent ſols d'amende, applicable aux pauvres dudit hôtel-Dieu contre les défaillans, s'ils n'ont cauſe & excuſe légitime, & à cette fin ſeront avertis un jour auparavant, & convoqués au ſon de la groſſe cloche, en la maniere accoûtumée: Pourront auſſi ceux qui ont exercé les charges de conſuls audit lieu, quoiqu'elles ſoient finies & expirées, aſſiſter ſi bon leur ſemble auxdites aſſemblées, & y avoir voix délibérative, ſans qu'il s'y puiſſe rien réſoudre & arrêter, qu'en déliberant, ils ne ſoient au moins le nombre de vingt, à peine de nullité des actes de délibération: Que leſdits conſuls, aſſéeurs & collecteurs ſeront tenus en procédant au département & aſſiettes des tailles, y obſerver telle égalité qu'il n'y ait ſujet de plainte, conformément aux édits, arrêts, reglemens & déclarations de ſa majeſté, & ſur les peines portées par iceux: Que de trois en trois ans il ſera procédé à l'élection & nomination d'un ſcribe ou ſecrétaire réſidant & cottiſable aux tailles dudit lieu, pour recevoir les actes & délibérations de ladite communauté, deſquels il tiendra & fera regiſtre, qui demeurera en leur maiſon commune, pour y avoir recours quand beſoin ſera, ſans dépens entre les parties: Ordonne néanmoins ſa majeſté, que les frais & dépens faits & avancés par leſdits habitans, ſuivant la taxe qui en ſera faite, ſeront impoſés ſur tous les contribuables aux tailles dudit lieu de Saint-Etienne de Furan, à proportion de ce que chacun paye & porte de ladite taille, ſans néanmoins que leſdits conſuls, ni autres particuliers joints avec eux, puiſſent rien répéter de frais & dépens par eux faits en la préſente inſtance: FAIT au conſeil d'état du roi, tenu à Paris, le huitiéme jour de mai mil ſix cent trente-ſix. *Signé*, DE BORDEAUX.

DE LA CRAINTE RÉVÉRENTIELLE.

QUESTION CENT-SOIXANTE-QUINZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les interprétes font différence entre la crainte qu'inſpire le reſpect, & celle qu'imprime le danger.*
2. *Savoir ſi la crainte révérentielle eſt ſuffiſante pour faire annuller les actes.*
3. *Raiſons & autorités de ceux qui tiennent pour l'affirmative.*
4. *Réponſe aux autorités de ceux qui ſuivent l'opinion de la gloſe.*
5. *Sentiment de l'auteur, que la ſeule crainte révérentielle n'eſt pas ſuffiſante.*
6. *Pour ſavoir ſi la preſcription court contre la femme pendant le mariage, il faut diſtinguer, ſi le mari eſt garant, ou non, de l'action.*
7. *Autorites des loix, pour établir que la crainte réverentielle n'eſt pas ſuffiſante.*
8. *Réponſe aux loix qui ſemblent contraires.*
9. *Concluſion de l'auteur, qu'il ne faut pas conſidérer la qualité de la perſonne, mais celle du fait.*
10. *La qualité des perſonnes extrêmement puiſſantes ſuffit.*
11. *Exemples des mariages de Louis XI. & de Henri IV.*
12. *Arrêt qui a reſtitué une réſignation faite par le ſieur Deſlandes, au profit de M. le cardinal de Richelieu, archevêque de Lyon, à cauſe de la grande*

BIU Cujas

autorité du cardinal de Richelieu premier miniſtre, ſon frere.

13. *Autre arrêt qui a reſtitué mademoiſelle de Montpenſier, contre le contrat de vente de la terre de Champigny, vendue par M. le duc d'Orléans ſon pere, au cardinal de Richelieu, miniſtre.*

14. *La crainte paternelle ou maritale eſt ſuffiſante, quand le pere ou le mari ont eu un intérêt conſidérable à faire paſſer le contrat.*

15. Idem, *quand il y a une léſion énorme.*

16. *Arrêt du parlement de Provence, qui a débouté une femme de la reſtitution par elle demandée de la vente de ſes biens parafernaux, faite par la crainte de ſon mari.*

17. *Dans les parlemens de droit écrit, cette queſtion ne peut avoir lieu que pour les parafernaux.*

18. *Arrêt du parlement de Provence, qui a jugé l'obligation d'un domeſtique au profit de ſon maître, valable.*

19. *Arrêts des parlemens de Paris & de Toulouſe, qui ont jugé que la crainte révérentielle n'eſt pas ſuffiſante.*

20. *La crainte des grands eſt ſuffiſante.*

21. *De même, des ſeigneurs à l'égard de leurs emphitéotes.*

QUESTION CLXXV.

Quelle doit être la juſte crainte, pour fonder la reſciſion des contrats.

1 NOs interpretes ont établi de la différence entre la crainte révérentielle, qui regarde les perſonnes, pour leſquelles la nature ou la loi nous oblige d'avoir quelque déférence, & cette crainte qu'une forte appréhenſion d'encourir quelque mal ou quelque danger, fait naître au refus de faire ce qu'on commande. La premiere eſt plutôt un reſpect qu'une véritable crainte, & c'eſt plutôt une complaiſance, que le devoir ou le mérite exige de nous, qu'une eſpece de contrainte. Mais la ſeconde impoſe quelque néceſſité, & le conſentement qu'elle extorque, eſt un conſentement forcé, *ſiquidem voluntas coacta non eſt voluntas.*

2 C'eſt de cette différence qu'on a fait naître cette controverſe, ſi la ſeule crainte révérentielle ſuffit pour faire caſſer un acte, c'eſt-à-dire, ſi c'eſt aſſez à un fils, à une femme d'oppoſer qu'ils n'ont prêté leur conſentement que par l'autorité d'un pere ou d'un mari, ou s'il faut y joindre la preuve de quelques menaces ou violences.

3 Pluſieurs de nos interpretes tiennent, que la ſeule crainte révérentielle eſt ſuffiſante, & que ſi le fils a été léſé, ſi la femme s'eſt fait préjudice, ils en peuvent être relevés. Ils alleguent pour ce ſujet la loi premiere, § *quæ onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur*, où le juriſconſulte ayant demandé ſi l'affranchi a conſenti envers ſon patron quelque choſe de préjudiciable à ſa liberté, *onerandæ libertatis gratiâ*, cela peut être valable, & il décide que non, *ſi cauſâ cognitâ liquido appareat, libertum metu ſolo, vel nimiâ patroni reverentiâ ita ſe ſubjeciſſe.*

On allegue encore pour cela la loi pénultiéme, *ff. de furtis*, où le juriſconſulte propoſe, ſi le patron prenant quelque choſe qui appartienne à ſon affranchi en ſa préſence, & ſans qu'il y apporte de l'empêchement par trop de reſpect, commet en cela un larcin. La raiſon de douter procede, de ce que le larcin *eſt contrectatio rei alienæ invito domino*, & de ce que l'affranchi le voyant, & ne contrediſant point, eſt cenſé le vouloir & le conſentir, *vult enim qui non contradicit.* Et toutefois le juriſconſulte décide, que le patron a commis un larcin, *furtum fecit*, à cauſe que l'affranchi ne l'a ſouffert, que *magna verecundiâ, & quia in præſentia pudor ad reſiſtendum impedivit.* D'où l'on infere qu'un ſemblable conſentement n'eſt pas valable, & par conſéquent, que la ſeule crainte qui procede de la qualité des perſonnes peut ſuffire.

A quoi l'on peut ajouter la loi *ſi ſuperſtite, C. dolo malo*, où il eſt dit, que ſi la fille qui a tranſigé avec ſon pere de l'adminiſtration de ſes biens, ne peut pas agir contre lui, *actione de dolo, propter paternam reverentiam, illi tamen in factum actio tribuenda eſt.*

Mais tous ces textes ne ſont pas preſſans, outre qu'au § *quæ onerandæ* de la loi cottee, il n'eſt pas parlé d'un ſimple reſpect, *ſed de nimia reverentia*, il faut conſidérer que c'eſt en faveur de la liberté que cette déciſion eſt faite, n'y ayant rien de plus précieux que la liberté qui ne reçoit point d'eſtimation, tout ce qui ſe fait *onerandæ libertatis cauſâ*, eſt cenſé extorqué, & l'on préſume qu'autrement n'auroit pas dérogé à choſe ſi délicate, & c'eſt pourquoi le juriſconſulte uſe de ces termes, *nimiâ reverentiâ*, parce que le ſeul reſpect ne l'auroit pas exigé. 4

Quant à la loi penultiéme, *ff. de furtis*, la ſimple préſence, & le ſeul ſilence ne peut pas tenir lieu de conſentement. *Qui tacet non utique fatetur, nec conſentit, nec diſſentit, l. 142, ff. de regul. juris.* Ce ſilence fait comme un milieu, *inter conſentire & diſſentire*, & la volonté étant comme ſuſpendue, elle ſe peut déclarer, ou par un acquieſcement, ou par un contredit formel, tout ainſi que nous diſons, que *non nolle eſt quid medium inter velle & nolle.* Outre qu'il y a de la différence entre un conſentement tacite qui s'infere du ſilence, & un conſentement exprès par un acte fait à ce ſujet. Comme on peut dire, qu'à cauſe du reſpect on n'a pas oſé contredire, mais pourtant qu'on n'a pas entendu approuver la choſe; auſſi ce conſentement tacite n'eſt pas ſuffiſant, & pour le détruire, la crainte révérentielle ſuffit. Mais il n'en eſt pas de même d'un conſentement prêté par quelque acte, étant exprès & formel, *metus reverentialis* ſeul ne le peut pas détruire.

Enfin on peut dire avec *Duarenus*, en ſon commentaire ſur le titre *de eo quod metus cauſâ*, qu'en l'eſpece de la loi cottée, il y a concours de deux préſomptions, la préſence & le ſilence de l'affranchi font préſumer ſon conſentement, la qualité du patron & le reſpect que lui doit ſon affranchi, font auſſi préſumer que s'il avoit oſé contredire, il l'auroit fait; & c'eſt pourquoi *præſumptio conſen-*

BIU Cujas

sus cedit præsumptioni reverentiæ, parce que ce consentement n'étant que tacite & foible, ou pour mieux dire n'étant qu'un demi consentement, peu de chose le détruit.

5 Il faut donc tenir l'opinion contraire, que *metus reverentialis* n'est pas suffisant pour faire casser un contrat qu'un fils aura fait, qu'une femme aura consenti, quoique l'un allegue l'autorité paternelle, & l'autre l'autorité maritale. Il est vrai que si le fils étoit sous la puissance du pere, il ne pourroit pas valablement s'obliger envers le pere, mais ce seroit *ob defectum potestatis*, & parce que *nemo potest esse author in rem suam.* Et il en faut autant dire de la femme envers le mari : & c'est ainsi qu'il faut entendre cette regle de droit qui dit, que *velle non videtur qui obsequitur imperio patris vel domini*, parce que le commandement présuppose une puissance absolue.

Mais le fils étant émancipé, & pouvant valablement contracter avec le pere ; il ne lui suffiroit pas de dire, qu'il ne l'a fait que par le respect du pere, & pour ne lui pas déplaire ; il faut qu'il allegue quelque moyen plus considérable pour en obtenir la rescision. Si ce n'est qu'un simple contrat, qu'une convention ordinaire, il en peut être relevé par une lésion trop grande ; mais si c'est une transaction faite avec connoissance de cause, & sans aucune surprise, nous douterions que le fils s'en pût faire relever, quelque lesion qu'il y eût, quoique la loi 3, *C. de dolo*, semble contraire. Mais parmi nous, les transactions sont de plus grand poids, & ont plus de force qu'elles n'avoient par le droit romain.

Quant à la femme qui est en puissance de mari, comme elle ne peut rien stipuler à son profit, elle ne peut aussi consentir valablement aucun acte où l'intérêt du mari soit impliqué. Mais hors cela ayant contracté de son autorité, & le mari n'étant point garand de l'acte, elle n'en peut pas reclamer, s'il n'y a une lésion suffisante ; & il ne lui suffiroit pas de dire, que le mari le lui a fait faire, qu'elle ne l'a fait que par respect ; il faudroit passer plus avant, & proposer qu'il a usé de menaces, & qu'il l'a excédée. Nous supposons en cela que la femme ait contracté de chose dont elle peut disposer, comme des biens paraphernaux. Car si c'étoit de ses biens dotaux, étant inaliénables, ce seroit par la répugnance qui se rencontre eu la chose, que la femme seroit restituable.

6 Or pour sçavoir, si la prescription peut courir contre la femme pendant le mariage, ou si l'autorité qu'a le mari y peut faire obstacle, on y fait cette distinction.

Ou l'acte ne concerne point le mari, & loin d'en être responsable, il peut tirer avantage si la femme en obtient la rescision. Comme si elle se fait relever de ce qu'elle a fait avant le mariage, ou de la cession qu'elle a faite en se mariant, de ses droits échûs : puisque le mari en profiteroit, & qu'il en seroit plus riche, aussi n'est-il pas croyable qu'il l'ait empêchée d'agir, & que s'il y a eu de la négligence, on la peut aussi-bien imputer à la femme qu'au mari.

Mais si le mari est garand de ce que la femme a promis ou consenti, si c'est à lui d'en répondre, & si la femme ne peut agir que l'action ne réflechisse contre le mari ; par exemple, s'il lui a fait vendre son bien dotal, & s'est obligé à la maintenue & garantie : comme la femme n'en peut reclamer qu'on ne poursuive le mari ; aussi faut-il croire que par la même autorité qu'il a porté la femme à vendre, il l'empêche de s'en plaindre.

Et ne faut pas dire qu'en ce cas la seule crainte révérentielle fait obstacle à la prescription, parce qu'il faut croire que si le mari impose silence à la femme, il employe quelque chose de plus que sa qualité ; que du moins il fait valoir les menaces, & qu'autrement, & si la femme n'appréhendoit pas mauvais traitement, elle ne manqueroit pas d'agir.

Au reste pour établir que *metus reverentialis* n'est pas suffisant, il suffit de dire qu'en l'un & l'autre du digeste & du code *de eo quod metus causa*, il n'est point parlé de cette crainte révérentielle, & qu'au contraire, toutes les loix y supposent une crainte véritable. *Metum accipiendum labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis l. 5, ff. de eo quod metus causa.* Et en la loi suivante, il est dit qu'il faut que ce soit une juste crainte, *non vani hominis, sed qui merito & in hominem constantissimum cadat.* Comme en la loi 9 du même titre du code, *metum non jactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit.* 7

Mais plus expresse pour cela est la loi 13, *C. de transactionib.* où il est dit, que *non tamen quilibet motus ad rescindendum ea quæ consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat.* A quoi nous voudrions joindre la crainte d'une perte notable des biens, parce qu'elle peut être aussi sensible.

Il se peut bien faire que le pere voulant porter le fils à passer quelque contrat, le fils y ait quelque répugnance, & que sans le respect qu'il porte au pere, il n'y consentiroit pas ; mais il ne s'ensuit pas pour cela que son consentement ne soit libre, & l'acte valable, n'y ayant point eu de contrainte, mais une simple condescendance. Et c'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit *in l. si patre cogente, ff. de ritu nuptiarum*, qu'encore que le mariage ait été fait *patre imperante, jussu patris*, il ne laisse pas d'être valable, parce que la déférence que le fils a eu à la volonté du pere, a été plus forte que sa répugnance, & que ce fils a mieux aimé se faire violence, que contrarier le pere.

On cite encore pour cela la loi 26, §. 1, *ff. de pignorib.* en laquelle il est dit qu'encore que le fils, par le commandement du pere, ait écrit le contrat qui engageoit le propre héritage du fils, qu'encore qu'il semble l'avoir fait *metu reverentiæ, consensum tamen & obligationi dedisse.* Mais cette loi ne nous semble pas faite à ce sujet. Il est vrai que le fils peut avoir par-là consenti, mais il ne s'ensuit pas qu'y ayant eu de la surprise, & ce consentement n'étant pas exprès, le fils ne s'en puisse faire relever. Il faut donc y appliquer ce qui est dit *in l. 36, ff. de verbor. obligat.* que *pignus contractum est*, & que *filius est quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest, quia enim per dolum obligatus est, competit & exceptio.*

Concluons donc que pour la rescision des contrats, *personarum qualitas non sufficit, facti qualitas id est atrocitas sufficit ;* si ce n'est que la personne soit si puissante & redoutable, qu'on en puisse inférer un juste sujet de crainte. C'est ce qu'on ne peut soupçonner d'un pere ni d'un mari ; le nom de pere *est nomen pietatis & potestatis*, il marque autant d'amour que de puissance, & cette puissance étant accompagnée d'une affection si tendre, on n'en peut présumer qu'en bonne part. La même présomption a lieu pour le mari, y ayant une liaison si étroite entre le mari & la femme, & les deux n'étant qu'une chair, qu'en peut-on craindre de siniſtre ? 9

Mais hors le pere & le mari, il y a d'autres personnes si puissantes & si autorisées, que la seule qualité peut faire présumer la crainte ; & c'est à l'égard de ces personnes, que *metus reverentialis* doit être admise. 10

BIU Cujas

Et quoique par la loi *ad invidiam*, & par la loi *si per impreſſionem, C. de eo quod metus cauſâ*, la crainte ne puiſſe être préſumée par la ſeule qualité de la perſonne avec laquelle on contracte, ces loix ne ſe doivent appliquer qu'aux magiſtrats ordinaires, parce qu'il y a pluſieurs textes, même la loi *ſi quis officium*, & la loi *præfectus ff. de ritu nuptiar.* qui décident le contraire pour ceux qui avoient un pouvoir abſolu dans les provinces. Et même parmi nous l'ordonnance d'Orléans art. 63, ſemble avoir le même motif, quand elle défend aux juges, avocats & procureurs du roi de rien exiger des parties qui ont des procès pendans & indécis en leurs ſiéges.

Quoi qu'il en ſoit, lorſque nos interpretes tiennent que la crainte révérentielle, & qui ſe tire de la qualité des perſonnes, n'eſt pas ſuffiſante, ils y mettent cette exception, *niſi talis & tanta eſſet reverentia pro perſonæ conditione*, qu'on n'ait pas oſé contredire. Auſſi la gloſe *ad l. primam, ff. quod juſſio, docet blanditias potentum, vera eſſe imperia*, & le poëte dit à ce ſujet, *blando vis lacit imperio.* Et il eſt dit en la loi 9, § 3, *ff. de officio proconſulis & legati, hoc etiam ad invidiam qui provinciæ præeſt, ſpectat, ſi quis tam potenter ſe gerat, ut omnes metuant eum.* Enſuite de quoi la gloſe *in cap. licet de electione in Pragmat. Sanctione*, décide hardiment, que *minæ principum inducunt juſtum metum.*

C'eſt parce qu'il eſt plus difficile de ſe contenir dans un grand pouvoir, que de marcher ferme ſur la glace, & il eſt bien rare que ceux qui peuvent beaucoup, s'impoſent de juſtes loix & des bornes. Il ne faut donc pas trouver étrange que la crainte de leur déplaire ſoit une juſte crainte, & que le reſpect de leur qualité, exige des choſes contre la volonté des perſonnes.

C'eſt par cette raiſon que tout ce que les ſujets, ou pour mieux parler, les emphitéotes, & juſticiables accordent à leur ſeigneur, par des tranſactions & compoſitions, eſt préſumé extorqué par la ſeule qualité des perſonnes, s'il n'y a un titre ancien pour cela.

Par cette même raiſon que l'autorité d'un grand tient lieu de force, Louis XII fit déclarer ſon mariage nul avec la fille de Louis XI que le pere lui avoit fait épouſer : & pareillement Henri le Grand fit par cette même conſidération annuller ſon mariage avec la princeſſe Marguerite, parce qu'on ne peut réſiſter au commandement de perſonnes ſi puiſſantes. Comme la réſiſtance ſeroit vaine, il faut ſe taire & obéir.

C'eſt ce qu'on peut appliquer aux gouverneurs des provinces, aux favoris des princes & aux miniſtres d'état, & nous en pouvons donner deux exemples remarquables.

Le premier ſera tiré du procès & différend qui 11
a fait aſſez de bruit, d'entre M. des Landes Payen, conſeiller au parlement, & feu M. le cardinal de Lyon, au ſujet du prieuré de la Charité. C'étoit ſans doute qu'on n'avoit pû s'en faire pourvoir par la démiſſion & réſignation dudit ſieur des Landes, pour avoir été révoquée par acte formel, & qui ne pouvoit être contredit. La principale difficulté conſiſtoit donc en la jouiſſance de mondit ſeigneur le cardinal de Lyon ; car d'une part il avoit joui du bénéfice plus de trois ans, & d'autre part, l'ayant eu par permutation & étant dans la bonne-foi, & aſſiſté d'un titre du moins coloré, il devoit être aſſuré par cette poſſeſſion de plus de trois ans, ſuivant la regle de la chancellerie de Rome, & le titre de la Pragmatique-Sanction, *de triennali poſſeſſore.*

Mais ſur ce que ledit ſieur des Landes diſoit, 12
qu'il n'avoit pas été libre pour agir, & qu'une juſte crainte l'en avoit empêché, pour ne mettre ſa fortune en compromis, à cauſe de l'autorité dudit ſeigneur cardinal, & de la puiſſance abſolue qu'avoit M. le cardinal duc de Richelieu ſon frere, meſſieurs du grand conſeil ont jugé que le ſilence dudit ſieur des Landes, que ſa ſouffrance pendant le miniſtere dudit ſeigneur cardinal duc, ne lui pouvoit faire préjudice, ni établir une poſſeſſion légitime. Ce qu'ils ont depuis confirmé par un arrêt intervenu ſur la requête civile.

L'autre exemple, & qui procede du même prin- 13
cipe, & qui ſera tiré de l'arrêt du parlement, que mademoiſelle d'Orléans a depuis peu obtenu contre l'héritier dudit ſeigneur cardinal duc, & par lequel elle eſt rentrée dans la terre & ſeigneurie de Champigny, & monſeigneur le duc d'Orléans, qui l'avoit aliénée, mis hors de cour ſur la garantie. La cour de Parlement ayant jugé, que dans la puiſſance abſolue qu'avoit eu ledit feu ſieur Cardinal de Richelieu, tout ce qu'il avoit exigé tenoit de la contrainte, & qu'aucun ne lui avoit pû réſiſter, c'étoit une juſte crainte qui n'avoit ceſſé que par ſa mort. Parce que *metus non ex intervallo temporis, ſed ex cauſa metiendus eſt, cap. cum accedens de converſione conjugator.*

OBSERVATIONS.

De la crainte révérentielle.

DANS cette queſtion l'auteur établit par pluſieurs autorités, & par de bonnes raiſons, que la crainte réverentielle n'eſt pas ſuffiſante pour faire reſcinder les actes paſſés par les femmes & par les enfans, ſous prétexte de l'autorité & de la perſuaſion de leurs parens ou de leurs amis. Il met une exception à cette regle, ſi l'action réfléchit contre le pere ou le mari, comme quand ils ſont garants de la choſe aliénée. Je crois qu'il faudroit étendre l'exception à tous les cas, où la choſe concerne la perſonne ou les biens du pere
14 ou du mari, ou quand ils ſont parties en leur nom dans le contrat ; parce qu'alors il eſt à préſumer, que leur intérêt propre les a engagé d'employer toute leur autorité, enſorte que la femme ou le fils n'ont point été libres.

15 M. Faber, dans ſon cod. liv. 2, tit. 11, def. 2 & 6, y met une autre exception, s'il y a une léſion pour la femme, alors on préſume qu'elle n'y auroit pas conſenti, ſi elle avoit été libre.

16 M. de Saint-Jean, dans ſes déciſions, ch. 5, rapporte un arrêt du parlement de Provence, rendu le 8 janvier 1582, lui préſidant, par lequel une femme fut déboutée de la reſtitution par elle demandée contre la vente faite de ſes biens paraphernaux, par crainte de ſon mari.

BIU Cujas

Dans les parlemens du droit écrit, cette queſtion par rapport à la femme, ne peut avoir lieu que pour les paraphernaux ; car à l'égard des biens dotaux, l'aliénation eſt nulle de plein droit. 17

Boniface, tome 2, liv. 4, tit. 19, ch. 1, rapporte un arrêt du même parlement, rendu le 26 avril 1638, par lequel il a été jugé, que l'obligation faite par un domeſtique au profit de ſon maître, ne pouvoit pas être reſcindée, ſous prétexte qu'elle avoit été paſſée par crainte révérentielle. 18

Carondas, dans ſes réponſes, liv. 12, ch. 40, cite pluſieurs arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé que la crainte révérentielle n'eſt pas ſuffiſante à l'égard des femmes. Deſpeiſſes, tome 1, page 756, col. 1, nomb. 10, ſoutient que la crainte révérentielle n'eſt pas un moyen ſuffiſant de reſtitution, il cité Rébuffe & Bouvot. 19

De la crainte des grands.

Notre auteur dit que l'autorité des princes, des grands & des miniſtres, produit quelque choſe de plus qu'une crainte révérentielle, que la crainte de leur déplaire & le danger qu'il y a de leur réſiſter, eſt une crainte raiſonnable & ſuffiſante pour la reſtitution. Il en rapporte quatre exemples conſidérables ; les deux premiers regardent la diſſolution du mariage de Louis XII & de Henri IV. Les deux autres concernent l'autorité du cardinal de Richelieu. Parmi les plaidoyers de M. de Montauban, nous avons celui qu'il fit pour madame la ducheſſe d'Aiguillon, tant en ſon nom, que comme ayant l'adminiſtration des ſieurs marquis & abbé de Richelieu, héritiers de M. le cardinal de Richelieu, contre M. le duc d'Orléans, qui revenoit contre la vente qu'il avoit faite en qualité de tuteur de mademoiſelle de Montpenſier ſa fille, de la terre de Champigny à M. le cardinal de Richelieu. 20

Notre auteur étend ces exemples aux ſeigneurs particuliers à l'égard de leurs emphitéotes. Il dit que tous les nouveaux droits accordés par les emphitéotes à leur ſeigneur, doivent être préſumés extorqués par autorité, quand ils ne ſont point fondés ſur les anciens titres. Il a traité cette queſtion plus amplement, tome 1, liv. 3, queſt. 42, où j'ai fait pluſieurs obſervations que le lecteur prendra la peine de voir s'il lui plaît. 21

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA reſtitution fondée ſur la crainte révérentielle, à l'égard des mineurs, doit être accompagnée de deux conditions. La premiere, que le pere ou le mari ſoient intéreſſés en leur nom dans le contrat. La deuxiéme, qu'il y ait léſion. Cela a été ainſi jugé au parlement de Paris, par un arrêt du 9 mars 1627, à l'égard d'un fils marié ; il eſt rapporté dans le journal des audiences, tome 1, livre 1, chap. 128.

Lapeyrere, let. R, n. 131 dit, que la crainte de reſpect & de révérence, ſont des moyens pertinens de reſtitution contre les actes, que la femme ou le fils de famille font en compagnie du mari & du pere, s'il y a léſion. Il ajoute ces mots, *nous pratiquons à préſent le contraire, pour ce qui eſt du fils de famille majeur.* La nouvelle note dit, que *les proteſtations ſecretes que fait le fils de famille contre les actes paſſés avec ſon pere, ſont des préparatoires pour la reſtitution contre les mêmes actes, ſuppoſé qu'il y ait quelque léſion.* Sic judicatum, *par arrêt du mois d'août de l'année 1683.*

M. Boyer, déciſ. 100, n. 19, dit que la léſion eſt une cauſe ſuffiſante de reſtitution. A l'égard de la femme, quand le mari eſt un homme puiſſant & violent, *ſi maritus ſit auſterus & potens contra uxorem*, nomb. 21, il dit que cela fut ainſi jugé par un arrêt du 8 novembre 1520. A l'égard des grands, il dit que leur qualité eſt ſuffiſante, quand il y a de la léſion, *niſi quis remitteret minimo pretio rem magni valoris alicui tyranno* ; ce mot convient aux grands, aux miniſtres, aux magiſtrats & aux ſeigneurs qui abuſent de leur pouvoir.

BIU Cujas

DES PAYEMENS, SI L'ON PEUT OBLIGER UN CRÉANCIER De prendre des héritages.

QUESTION CENT-SOIXANTE-SEIZIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Les queſtions les plus fréquentes ſont ſouvent les plus mal entendues.*
2. *Raiſons & autorités, pour établir que le créancier n'eſt pas obligé de prendre des héritages en payement.*
3. *Raiſons & autorités en faveur du débiteur.*
4. *Sentiment de l'auteur, que le créancier eſt obligé de prendre des héritages, quand ils ſont à ſa bienſéance, & que cela ne lui fait point de tort.*
5. *Les enfans légitimaires ne peuvent ſe diſpenſer de prendre des héritages en payement de leur légitime, quoique leur pere leur ait donné de l'argent.*
6. *Avis de l'auteur, d'obliger le créancier qui ne veut pas prendre des héritages en payement, de donner un délai à ſon débiteur, de deux ou trois ans.*

QUESTION CLXXVI.

An aliud pro alio invito creditori ſolvi poſſit.

1 CE qui eſt le plus ſouvent agité eſt quelquefois le moins décidé. Nous ne voyons rien de plus fréquent en nos audiences que l'inſtance que font pluſieurs débiteurs, pourſuivis & preſſés par leurs créanciers, à ce qu'ils ayent à prendre des fonds en payement au dire d'experts, & c'eſt ſur quoi on ne peut pourtant donner des regles certaines.

2 On peut dire pour le créancier que c'eſt une maxime aſſurée, que *aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, l. 2, in fine, ff. de rebus creditis ;* c'eſt parce qu'il faut que le payement ſoit égal au prêt, & que le débiteur rende en la même ſorte ce qu'il a reçu. Le juriſconſulte en rend la raiſon en la loi 3 du même titre ; ſçavoir que *in contrahendo quod agitur pro tanto habendum eſt, id autem agi intelligitur, ut ejuſdem generis & eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit.*

Ce qui eſt confirmé *in l. 99, ff. de ſolutionib. & in l. 16 & 17* au même titre du code. En la loi 16 il eſt nettement décidé que le créancier n'eſt pas obligé de prendre en payement une dette, & en la 17 il eſt bien dit que *tollitur obligatio rebus pro numerata pecunia datis*, mais c'eſt *conſentiente creditore :* d'où s'enſuit que n'y conſentant pas, on ne peut pas l'obliger de prendre des fonds.

Qu'en effet il n'eſt pas raiſonnable que celui qui a prêté ſon argent dans l'eſpérance de le retirer pour s'en aider en ſes affaires, en ſoit fruſtré lorſqu'il en peut avoir beſoin : que l'utilité du commerce public s'y oppoſe, en tant que c'eſt ôter l'occaſion du prêt, & bannir le crédit.

3 Pour le débiteur on peut dire que ſi par le droit du digeſte & du code, *aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt*, cette rigueur a été corrigée par Juſtinien en ſa novelle 4, chap. 3, de laquelle a été tirée l'autentique, *hoc niſi debitor C. de ſolutionib.*

Il eſt donc décidé par cette novelle, que ſi le débiteur eſt dans l'impuiſſance de payer en argent, en denrées ou autres effets mobiliaires, en ce cas le créancier peut être contraint de prendre des héritages, *facta per judicem ſubtili ejus cauſæ æſtimatione.*

Qu'on oppoſe en vain l'intérêt du commerce, & le préjudice que cela lui peut cauſer, puiſque cela ſe fait par quelque néceſſité, *neceſſitatis ratione*, ainſi que dit l'empereur : ce qui prévaut à toutes autres conſidérations, n'y ayant rien de plus favorable que la condition d'un pauvre débiteur qui ne peut pas s'aider de ſes biens.

A quoi l'on peut ajouter que cette impuiſſance 4
ſuppoſée, le créancier ſeroit réduit à faire vendre les biens par décret, & que par ce moyen & à cauſe des frais qui en conſument une bonne part, il pourroit perdre ſa dette du tout ou en partie.

Quoiqu'il ſemble qu'il ſe faille plutôt tenir à la novelle qu'aux loix précédentes, nous ne voudrions pourtant pas en faire une regle commune & générale : c'eſt une déciſion qui dépend des circonſtances & de la condition des perſonnes.

Il ſeroit rude qu'un marchand qui n'a autre emploi que ſon négoce, & qui a beſoin de ſon argent pour trafiquer, fût obligé de prendre des fonds. Il ſeroit rude que le créancier étant éloigné de la demeure du débiteur & de la ſituation de ſes héritages, fût obligé d'en prendre qui ne lui fuſſent point commodes. Il ſeroit enfin rude qu'on voulût néceſſiter une pauvre veuve qui n'a que ſa dot, de s'en payer en fond qu'elle ne pourroit pas cultiver & faire valoir.

Mais hors ces conſidérations particulieres & autres, autant ou plus favorables, il ne ſeroit pas moins rude qu'un créancier ſe pouvant payer en fonds à ſa bienſéance, ou aſſez commodes, en fît refus à deſſein de faire vendre & de décreter le tout, pour l'avoir à meilleur prix ; en un mot pour ſe prévaloir de l'impuiſſance & de la miſere de ſon débiteur.

Fait à ce ſujet ce qui eſt dit dans la loi, *ſi ſervos 25, ff. de pignoratitia actione, hæc à judice diſpicienda eſſe, ut neque delicatus debitor, neque oneroſus creditor audiatur :* il faut qu'on conſidere ſi c'eſt plutôt par impuiſſance que de mauvaiſe foi, que le débiteur veut payer en fonds ; & ſi c'eſt plutôt par caprice, ou à mauvaiſe intention que le créancier rejette ſes offres.

BIU Cujas

5 Nous ajouterons qu'encore qu'un pere aſſigne en deniers la légitime d'un enfant, néanmoins ſi l'héritier ne peut répondre au deſir qu'a eu le pere de conſerver la maiſon en ſon entier; s'il n'a point d'argent ni d'autres effets pour payer les charges, il peut être reçû à bailler des fonds à ſes freres & ſœurs : ils ont d'autant moins de raiſon de s'y oppoſer, que de droit leur légitime devoit être payée en corps héréditaires, & qu'on ne leur baille que ce que la loi leur défere. Il eſt vrai qu'étant néceſſités de prendre des fonds, ils pourroient en ce cas ſe tenir à leur portion héréditaire, s'ils la jugeoient plus avantageuſe que n'eſt le légat.

6 Enfin voici le tempérament que nous voudrions ſuivre en quelques rencontres, & lorſque le créancier s'opiniâtre ſans ſujet à ne pas prendre des fonds; c'eſt que nous voudrions l'obliger à attendre, & attermoyer pendant deux ou trois années : Et c'eſt en effet ce que la cour a pratiqué par l'arrêt qui ſuit. En l'eſpece d'icelui le créancier avoit ſoutenu devant le ſénéchal de Lyon, que les fonds qu'on lui vouloit relâcher, n'étoient point à ſa bienſéance, & ſi les autres créanciers s'étoient payés en fonds, auſſi pouvoient-ils avoir pris tout le meilleur.

Contre cette regle, *aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſe*, Jaſon, *ad l. 2, § mutuidatio, num. 8, ff. de reb. creditis*, cote vingt exceptions où fallences, nous nous contentons d'y renvoyer le lecteur.

OBSERVATIONS.

Si un créancier peut être contraint de prendre des héritages en payement.

L'AUTEUR examine ici ſi un créancier peut être contraint de prendre des héritages en payement : il traite la queſtion de part & d'autre ſolidement, & en peu de mots; il ſe détermine à dire que cela dépend des circonſtances.

Suivant la juriſprudence du parlement de Paris, le créancier ne peut point y être contraint; cependant la cour quelquefois l'y oblige, mais il faut pour cela des circonſtances bien favorables.

L'auteur à la fin, dit que les enfans légitimaires ſont obligés de prendre pour le payement de leur légitime des fonds de la ſucceſſion, quoique leurs parens leur ayent légué une ſomme de deniers pour leur légitime. Cela eſt vrai, mais c'eſt par un autre principe, ſuivant lequel la légitime doit être payée en corps héréditaires, comme l'auteur l'établit dans la queſtion 99 du livre ſuivant, où je me réſerve à faire de plus amples obſervations.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

AU parlement de Bordeaux l'on ſuit la diſpoſition de l'authentique, *hoc niſi debitor, cod. de ſolut.* qui eſt tirée de la novelle 4, chap. 3, qui oblige le créancier de prendre en payement les héritages du débiteur; mais elle lui donne la faculté de choiſir les meilleurs, *quæcumque quidem meliora ſunt, dentur creditori.* Cela a été ainſi jugé par un arrêt du 23 ſeptembre 1672, remarqué dans les nouvelles notes ſur les déciſions de Lapeyrere, lett. D, nomb. 4.

Dans le recueil *legum antiquarum*, il y a la loi *julia de fœnore*, qui oblige les créanciers de prendre en payement les héritages de leur débiteur, ſuivant l'eſtimation, *ut debitores creditoribus ſatisfacerent per æſtimationem poſſeſſionum.*

DE LA RESTITUTION DE LA DOT.

QUESTION CENT-SOIXANTE-DIX-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *En droit, il y a pluſieurs perſonnes qui ne ſont tenues que* in quantum facere poſſunt.
2. *Récit du fait qui donne lieu à la queſtion.*
3. *Raiſons du mari, pour obliger les héritiers de ſa femme à prendre des héritages en payement de la dot.*
4. *Raiſons contraires des héritiers.*
5. *Coquille eſtime que l'exception du droit Romain,* in quantum facere poteſt, *doit avoir lieu dans toute la France. Eloge de cet auteur.*
6. *Rebuffe & Deſpeiſſes, diſent que cette exception n'a pas lieu en France.*
7. *Quand un mari a fait un bon emploi des deniers dotaux de ſa femme, les héritiers de la femme ſont obligés de prendre en payement les rentes ou les héritages acquis des deniers de la dot.*

BIU Cujas

QUESTION CLXXVII.

S'il eſt toujours véritable, que pour la reſtitution de la dot, le mari ne ſoit tenu, que in quantum facere poteſt.

1 IL eſt certain que par le droit, il y a des perſonnes qui ne peuvent être convenues que pour ce qu'elles peuvent, *ſunt qui in id quod facere poſſunt conveniuntur*, dit Ulpien, *in l. 16, de re judicata*, entre leſquelles perſonnes il met le mari. *Item maritus de dote in id quod facere poteſt convenitur*, dit-il, en la loi ſuivante : ce qui eſt confirmé en la loi 20 & 24 du même titre, où il eſt dit que cette grace ne s'étend pas à l'héritier, *id enim perſonæ mariti præſtatur.*

Il ſeroit ſuperflu de citer les autres textes du titre *de jure dotium*, & du titre *ſoluto matrim.* qui décident la même choſe : il ſuffit d'alléguer ce qu'en a dit Juſtinien *in l. unica C. de rei uxoriæ actione* au § *cum autem : In tantum quidem*, dit-il, *maritus condemnetur in quantum facere poteſt, quia hoc æquiſſimum eſt & reverentiæ debitum naturali :* mais il ajoute cette exception, *ſi non dolo malo verſatus eſt*, & c'eſt ſur cette exception que doit rouler la difficulté propoſée.

2 M. François Ferriol n'ayant point eu d'enfans de ſon mariage, après le décès de ſa femme, eſt pourſuivi par ſon héritier, pour la reſtitution de ſa dot. Il oppoſe un teſtament mutuel fait à ſon profit, l'héritier l'impugne de faux & s'inſcrit : il baille ſes moyens, & après quelque conteſtation faite en ce ſiége, y ayant eu appel de quelque incident, la cour s'en retint la connoiſſance.

Enfin par arrêt le mari perdit ſa cauſe, & ſon teſtament ayant été rejetté ou comme faux ou comme nul, l'héritier du ſang fut maintenu en l'hoirie & ſucceſſion, & Ferriol condamné à rendre & reſtituer la dot de ſa défunte femme, avec dépens, par arrêt du 8 Février 1653. Enſuite duquel & de l'exécutoire de dépens, y ayant eu ſaiſie réelle de tous les héritages dudit Ferriol, il bailla requête à la cour le 24 avril de la même année, tendante à ce qu'on eût à lui déduire ce qu'il avoit juſtement payé pour le fait de ladite défunte, qu'on eût à ſe payer en fonds au dire d'experts, & qu'il fût déchargé de la contrainte par corps dont il étoit menacé, ſignification des quatre mois lui ayant été faite.

Nous ne dirons rien du premier point, parce qu'il étoit purement de fait, & dépendoit des quittances rapportées.

3 Quant au ſecond, le demandeur en requête ſoutenoit, que l'offre qu'il avoit faite de payer en héritage, étoit pertinent, & qu'on avoit dû s'en contenter : que c'étoit pour obvier aux frais d'un décret, & afin qu'en faiſant ceſſer l'intérêt du créancier, il en pût reſter quelque choſe au débiteur.

Que la cour devoit conſidérer que c'étoit un mari qu'on pourſuivoit de rendre une dot, & après que le mariage avoit duré vingt-cinq ans. Que cette dot ayant été conſommée, & le mari en ayant fait l'emploi le plus avantageuſement qu'il avoit pû pour le bien de ſa famille, il ſeroit trop dur & rigoureux, qu'il fût contraint d'en faire une reſtitution ſi préciſe, & que par faute d'y ſatisfaire on fît vendre tous ſes biens ; vû même qu'il n'avoit été obligé de prévoir qu'au défaut d'enfans il lui faudroit rendre cette dot.

Qu'il eſt vrai qu'il en étoit débiteur, mais que c'eſt un débiteur favorable & privilégié, un débiteur que la loi conſidére comme celui qui en a été autrefois le maître, & en a pû diſpoſer ; qui n'a pas été obligé de garder l'argent dans un coffre, mais qui a pû s'en ſervir. Et c'eſt pourquoi la même loi ne veut pas que le mari en ſoit tenu, que *in quantum facere poteſt, ob honorem benè tranſacti matrimonii*, & parce que *in condemnatione perſonarum quæ in id quod facere poſſunt, damnantur, non tantum quod habent extorquendum eſt, ſed ipſarum ratio habenda eſt ne egeant*, ainſi qu'il eſt dit *in l. 173, ff. de regul. juris.*

Que pourtant on n'en étoit pas aux termes d'une diminution, & qu'on tendoit ſeulement à ce que les héritiers de la femme ayent à prendre des fonds en payement, afin qu'il en reſte au mari, & qu'il ne ſoit pas dépouillé de tout comme il ſeroit, ſi les biens étoient vendus par décret, & partie du prix conſommée en frais.

Pour le dernier point, le demandeur diſoit que ſi après le mariage, la qualité de mari obligeoit encore à quelque reſpect pour les biens, à plus forte raiſon pour ſa perſonne : qu'elle devoit être vénérable aux héritiers de la femme, puiſqu'il reſtoit encore ombre de ce lien, & que la mémoire en devoit être éternelle. Que comme le mari & la femme n'avoient été qu'une même chair ; l'outrage qu'on feroit au mari réfléchiroit encore ſur la femme, & il ne pourroit ſouffrir un affront en ſa perſonne qu'elle ne s'en reſſentît : Qu'elle n'a donc pas entendu, en faiſant ſon frere héritier, qu'il pût contraindre ſon mari par corps pour le faire pourrir en priſon, après l'avoir dépouillé de tous ſes biens : c'eſt ce qu'on ne peut préſumer, & c'eſt une rigueur qui choque les apparences.

Que puiſque la loi épargne la femme qui a ſpolié l'hoirie, & au lieu d'une action extraordinaire, elle ne donne que l'action civile *rerum amotarum*, quoiqu'il y ait du dol de ſa part, elle entend de même qu'on épargne la perſonne du mari, qu'elle ſoit ſacrée à la femme & à ſes héritiers, lors ſur-tout qu'il n'eſt pas abſolument inſolvable, & qu'il veut payer en fonds.

A cela les héritiers répondoient, qu'après une ſi longue conteſtation, qu'après une condamnation par arrêt & ſaiſie réelle, l'offre de payer en fond venoit à tard, & ne pouvoit être acceptée ; d'autant mieux que c'étoit choſe appartenante à des mineurs, & pour leſquels une mere & tutrice ne pouvoit prendre des fonds qui n'étoient pas à leur bienſéance, qui même étoient ſitués en autre province ; qu'on ſeroit obligé de les revendre, ce qu'on ne pourroit faire qu'à perte : que ce n'étoit donc qu'une fuite, qu'une exception moratoire pour arrêter le cours des criées. 4

Que ſi c'étoit un mari qui devoit, c'étoit un mari fuyard, qui avoit voulu arracher aux héritiers du ſang la ſucceſſion qui leur étoit échue, qui pour y parvenir les avoit fait plaider long-tems & conſommer en frais : qu'après ces fuites & chicannes, & le vice & ſoupçon du teſtament qu'il avoit tâché de faire valoir, il n'étoit plus digne de la grace que la loi accorde aux maris.

OBSERVATIONS.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

DANS cette queſtion l'auteur examine, ſi les héritiers d'une femme peuvent contraindre ſon mari au-delà de ce qu'il peut faire, & s'ils ſont obligés de prendre des héritages en payement; il fait voir que la maxime du droit *in quantum facere poteſt*, eſt fondée ſur la bienſéance & ſur l'humanité; cependant il ne décide pas la queſtion.

Coquille, dans ſes queſtions, ch. 122, eſtime que la diſpoſition du droit romain doit être ſuivie en cette occaſion, même dans les pays de coutumes; il dit que les loix des Romains n'ont force de loi préciſe auprès de nous, mais ſeulement pour la raiſon qui eſt en icelles. Il ſemble que puiſque les conſtitutions de nos rois, ni les coutumes du royaume ne réſiſtent point à cette équité & bienſéance, nous devons embraſſer cette honnêteté, & nous régler par icelle. C'eſt avec raiſon qu'on appelle cet auteur judicieux; car tous ſes ſentimens, ſes doutes mêmes ſont judicieux; mais il poſſédoit encore une qualité plus excellente, il avoit le cœur bon: dans tous ſes ouvrages l'on voit regner un air de probité, un grand amour pour le bien public, & un grand fond de charité pour le ſoulagement des malheureux: enſorte que les vertus de ſon cœur ſurpaſſoient infiniment les qualités de ſon eſprit. On ne ſçauroit aſſez recommander la lecture & l'étude d'un auteur de ce caractere, l'on y puiſe tout enſemble des déciſions très-équitables & des ſentimens d'honneur & de probité. 5

Rebuffe, *in proemio conſt. reg. gl.* 5, *n.* 91, dit que ce bénéfice n'a pas lieu en France, Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 449, nomb. 25, dit la même choſe. 6

A l'égard de la ſeconde queſtion, je crois qu'elle dépend des circonſtances; quand un mari a employé les deniers de la dot de ſa femme en rente ou héritages bien ſolides: enfin quand il a agi comme un bon pere de famille, il y auroit de l'injuſtice aux héritiers de la femme, de refuſer de prendre ces rentes ou ces héritages, & de vouloir contraindre le mari à trouver de l'argent, ſur-tout dans des tems malheureux, où l'argent peut être fort rare. 7

DES EXCEPTIONS PERPÉTUELLES.

QUESTION CENT-SOIXANTE-DIX-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Ce qui eſt le plus commun, n'eſt pas toujours le mieux entendu.*
2. *Loix d'où eſt tirée la maxime*, quæ ſunt temporalia ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum.
3. *Imbert & Papon ont parlé de cette maxime, mais imparfaitement.*
4. *Il faut diſtinguer entre les exceptions connexes à la choſe, & celles qui ſont étrangeres.*
5. *Exemples des exceptions inhérentes au contrat.*
6. *Les exceptions étrangeres ne ſont pas compriſes dans cette régle.*
7. *Exemple d'une exception étrangere, qui ſe réſout en action ou reconvention.*
8. *Autre exemple d'une exception inhérente, propoſée par Imbert.*
9. *Raiſons de l'auteur, pour ſoutenir l'opinion d'Imbert.*
10. *La premiere exception a lieu principalement en garantie.*
11. *La ſeconde n'eſt qu'une ſimple reconvention, ou demande incidente.*

QUESTION CLXXVIII.

An quæ ſunt annalia de agendum, ſint perpetua ad excipiendum? *Et ſi cela eſt abſolument véritable.*

QUELQUES-UNS diront que cette maxime étant aſſez commune, elle ne méritoit pas d'en former une queſtion dans ce recueil: mais outre que nous prétendons écrire plutôt pour le vulgaire, que pour les ſçavans de qui nous voudrions apprendre; il ſuffit de répondre que ce qui eſt le plus commun, n'eſt pas toujours le mieux entendu, & que bien ſouvent on allegue les maximes ordinaires, ſans en pénétrer le ſens; que par faute d'y faire les diſtinctions néceſſaires, les avocats mêmes s'y trompent, & en tirent de mauvaiſes conſéquences.

La maxime propoſée eſt tirée de la loi *pure* 5, §

BIU Cujas

6, *ff. de doli mali exceptione*, & de la loi *licet* 5, *C. de exceptionib.* En la premiere, le juriſconſulte dit, que *non ſicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda eſt: nam hæc perpetuo competit*, & il en rend cette raiſon, *cum actor quidem in ſua poteſtate habeat, quando utatur ſuo jure, is autem cum quo agitur non habeat poteſtatem, quando conveniatur.*

En ladite loi *licet*, *C. de exceptionib.* il eſt décidé que *licet interdictum unde vi intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua ſuccurri ei qui per vim expulſus eſt*, & c'eſt de l'explication de ces deux textes que nous eſpérons puiſer la déciſion de notre queſtion.

Nous n'avons point lû d'autres auteurs qui en ayent expreſſément traité, que Imbert, en ſon Enchiridion en la lettre E, & après lui, mais plus amplement M. Papon, au ſecond de ſes notaires, liv. 9, titre des exceptions peremptoires, ouvrage docte & laborieux, qui enferme tout le droit & la pratique: mais pourtant il nous ſemble qu'ils n'en ont pas donné une réſolution aſſez nette, & qui puiſſe ſervir de regle.

Ce qu'a dit le juriſconſulte, qu'il eſt libre à un demandeur de convenir & d'agir, mais qu'il n'eſt pas en la liberté du défendeur d'être convenu, n'eſt pas toujours véritable. Car ſelon la loi *diffamari*, *C. de ingenuis manumiſſis*, un défendeur peut néceſſiter celui qui prétend ouvrir ſes prétentions à ſe déclarer: de ſorte qu'il faudroit ſuivre la diſtinction que Joannes Faber a faite, & que Imbert a remarquée: ſçavoir que ſi le poſſeſſeur ou défendeur peut agir, s'il peut implorer l'office du juge, les exceptions en ce cas ne ſont pas perpétuelles: ce qu'on peut dire de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, & de la querelle d'inofficioſité, parce que ce ſont des exceptions qui ſe peuvent changer en actions, & pour leſquelles on peut prévenir.

En effet, en la loi *Papinianus*, § *ſi filius*, *ff. de inoffic. teſtam.* le juriſconſulte Ulpien dit, que le fils exherédé étant dans la poſſeſſion des biens; & l'héritier inſtitué y voulant être établi, le fils peut bien oppoſer que *querelam inofficioſi in modum contradictionis*, c'eſt-à-dire, par voie d'exception; mais il ajoute: *quemadmodum ageret, ſi non poſſideret, ſed peteret*, c'eſt-à-dire, pourvu que ce ſoit dans le même tems *intra quinquennium.*

Mais ſi le poſſeſſeur ou le défendeur ne peut pas agir ni implorer l'office du juge, il peut toujours oppoſer pour exception ce dont il n'avoit aucune action ni voie de juſtice, & c'eſt en ce cas que l'exception doit être perpétuelle.

Or, pour mieux expliquer cela, nous eſtimons qu'il faut diſtinguer entre les exceptions viſcérales & connexes qui procedent de la choſe même, & *quæ perimunt actionem*, & à cauſe de ce ſont appellées péremptoires; & les exceptions étrangeres, & qui n'ont point de dépendances néceſſaires. Comme les premieres ſont attachées à la choſe, elles en ſont inſéparables, & l'on n'en peut dire que ce qu'on dit *de pacto cohærente*, *de pacto incontinenti apposito*, que *vi ipſa inſunt*, & qu'elles paroiſſent à l'inſtant même de l'action.

En effet, l'exception *pacti de non petendo* en eſt une, & c'eſt ce que dit l'empereur Antonin; *in l.* 5, *C. de pactis*, que *exceptio pacti conventi petitionem repellit.* L'exception *doli mali*, *quod metus cauſâ*, & *de vi* ſont des exceptions viſcérales, inherentes au contrat. L'exception *de conditione non adimpleta* ſe tire de la même ſource, & c'eſt pourquoi on peut toujours les oppoſer. Auſſi des deux loix que nous avons cottées l'une parle *de doli mali exceptione*, & l'autre *de vi*; & c'eſt pourquoi il eſt décidé en l'une & en l'autre que ce ſont des exceptions perpétuelles.

Mais pour les exceptions étrangeres, détachées de l'action, qui n'ont point de néceſſité ni de dépendances, & tiennent de la reconvention, elles ne ſont pas compriſes dans notre regle: c'eſt parce que ce ſont plutôt des actions que des exceptions. Ce ſont des demandes réciproques accumulées, & le défendeur par ces exceptions tend plutôt à une compenſation, qu'à détruire la demande principale.

Par exemple, *Titius* fait demande à un journalier, à un laboureur du payement d'une obligation, il excipe de quelques ſalaires, de quelques journées, ou labourages qu'il prétend, cette exception n'eſt point viſcérale, c'eſt plutôt une nouvelle action qu'exception. C'eſt pourquoi ſi ce qu'on oppoſe & qu'on voudroit compenſer eſt hors le tems d'en faire demande, s'il y a plus de deux ans, cette exception n'eſt pas recevable, & l'on ne peut pas dire que *quæ ſunt annalia ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum.*

Comme nous venons de dire que c'eſt plutôt une action qu'une exception, on ne peut auſſi, ſoit pour agir, ſoit pour défendre, excéder le terme preſcrit pour l'action, ſuivant ce qui a été allégué de la loi *Papinianus* au § *ſi filius*, *ff. de inoffic. teſtam.* autrement ce ſeroit rendre les actions perpétuelles, & détruire indirectement les preſcriptions établies, contre l'intention de la loi.

Comme le mercenaire & le laboureur a dû demander ſes ſalaires & ſes labourages dans le tems preſcrit, il s'en doit imputer la faute, & ce qu'il ne peut plus demander par action, il ne peut non plus l'oppoſer par exception.

Reſte qu'au ſujet de notre queſtion nous parlions d'un fait qui a été agité par Imbert en ſon manuel, & depuis par M. Papon à l'endroit déja cotté. Un frere & une ſœur comme cohéritiers partagent la ſucceſſion paternelle; la fille étant lors mineure, ne s'en plaint point de ſon vivant; après ſa mort, la fille qu'elle avoit laiſſée en reclame, & obtient lettres pour faire caſſer le partage, prétendant qu'il y eût de l'inégalité trop grande.

L'oncle excipe qu'elle avoit eu plus qu'elle ne devoit avoir, qu'il s'étoit lui-même trompé, & qu'au lieu de la moitié des biens qu'elle avoit eu, elle n'en devoit prendre qu'une portion beaucoup moindre, à cauſe d'une poſthume à laquelle les parties n'avoient point ſongé. A cet effet, & pour faire réduire la portion de cette niéce, l'oncle obtient lettres pour être relevé de l'erreur qui avoit été faite lors du partage.

Contre ces lettres la niéce oppoſe que ſon oncle n'étoit pas recevable, puiſqu'il avoit contracté étant majeur, & ne s'étoit pas pourvû dans les dix ans que l'ordonnance a preſcrit. Lui ſoutient au contraire; qu'employant ces lettres par forme d'exception il étoit bien recevable. Imbert dit que la queſtion ayant été propoſée à monſieur le Maître, lors avocat-général, & depuis premier préſident, il jugea que cet oncle étoit recevable en ſes lettres: ce que le même Imbert approuve, mais il ne l'établit pas bien, ne ſe fondant que ſur ce que c'étoit par voie d'exception, & que l'exception étoit perpétuelle. M. Papon a eu raiſon d'en douter, ou plutôt d'être de ſentiment contraire.

Nous voulons ſuivre l'opinion d'Imbert plutôt que celle dudit ſieur Papon, mais par d'autres principes, & qui ſeront plus certains. Nous diſons donc en premier lieu, que ces lettres étant employées par voie d'exception, cette exception étoit viſcérale, & tendoit directement à ſaper le fondement de

BIU Cujas

la demandereſſe. Elle fondoit la reſciſion par elle demandée, ſur ce qu'elle avoit été léſée. Pouvoit-on mieux débattre cette léſion qu'en faiſant voir que le partage lui étoit avantageux, & qu'elle avoit eu une portion plus grande que celle qui lui competoit: quand même le défendeur & demandeur en lettres incidentes n'eût pu y revenir, toujours étoit-il bien fondé à obliger ſa partie à conteſter ce point, puiſque c'étoit pour détruire la léſion.

En ſecond lieu nous paſſons plus avant, & ſoutenons qu'il n'y avoit point de fin de non-recevoir, de quelque façon qu'on veuille prendre ces lettres incidentes; c'eſt parce que la demandereſſe ne pouvoit faire caſſer le partage, que les parties ne fuſſent remiſes au premier état. C'eſt une conſéquence néceſſaire de la reſtitution en entier, *eſt in priſtinum ſtatum repoſitio*, de ſorte que tout le tems qui s'eſt écoulé entre deux n'eſt plus conſidérable, & il le faut prendre pour une treve & ſuſpenſion ou plutôt comme un ſommeil.

Tout a dormi pendant cet intervalle, & il ne ſe peut faire que le défendeur ſoit lui-même remis au premier état, qu'il ne ſe trouve dans les dix ans de l'ordonnance, & recevable à reclamer du partage. S'il pouvoit avant ce partage affoiblir la portion de ſa ſœur, il s'enſuit que ce partage ne ſubſiſtant plus, & les parties étant aux termes comme s'il n'y en avoit point eu, on pouvoit faire à préſent ce qu'on put faire lors.

Outre qu'il répugne que la demandereſſe pût oppoſer un acte qu'elle détruiſoit, ni en tirer quelque approbation, elle-même établiſſant ſa ruine. Il eſt vrai que ſe départant de ſes lettres, & renonçant au bénéfice de reſciſion avant un jugement, elle auroit par ce moyen arrêté ſon oncle. Elle l'auroit réduit aux termes purement de demandeur, & en ce cas lui auroit pû oppoſer la fin de non-recevoir tirée de l'ordonnance des dix ans.

Nous ajouterons pour confirmation de cette queſtion, l'article 106 de la coutume de Paris, par lequel reconvention en cour laïque n'a point de lieu, ſi elle ne dépend de l'action, & que la demande en reconvention ſoit la défenſe contre l'action premierement intentée: & tel eſt notre uſage contraire à celui des cours eccléſiaſtiques, ſuivant le titre de *mutuis petitionibus*.

Tronçon ſur ledit article 106 allegue un paſſage de Tertullien au livre ſecond contre Marcion, qui ſemble établir la reconvention, encore qu'elle ne ſoit pas viſcérale, *Ægyptiis de Hæbræis petentibus vaſa aurea & argentea, contra Hæbræi mutuas petitiones inſtituerunt, allegantes quoque mercedes ſibi reſtitui oportere operariæ ſervitutis, pro civitatibus & villis ædificatis.*

Mais cet exemple ne ſe peut tirer à conſéquence: car outre qu'il n'y avoit pour lors aucun tems reglé pour agir & demander, il faut remarquer qu'on avoit fait travailler les Hébreux par force; que bien loin de les payer, on les traitoit mal & en eſclaves: de ſorte qu'un juſte ſalaire leur ayant été refuſé, ils avoient bien pû s'en payer par leurs mains, & retenir ce qu'ils avoient pris. C'eſt la raiſon qu'en rend le même Tertullien, *qui enim urbes & villas operati fuerant Ægyptiis, digni utique operarii mercede non ad fraudem ſunt inſtincti, ſed ad mercedis compenſationem quàm aliàs à dominatoribus exigere non poterant*; outre que ce fut par un commandement de Dieu: & c'eſt pourquoi S. Auguſtin en ſes queſtions ſur l'Exode, dit, qu'il ne faut pas que cet exemple nous invite à prendre le bien d'autrui: *hoc enim Deus juſſit, nec Iſraëlitæ furtum fecerunt, ſed Deo jubenti miniſterium præbuerunt.*

OBSERVATIONS.

DANS cette queſtion l'auteur examine une regle tirée du droit qui eſt triviale au palais, *quæ ſunt temporaria ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum.* Il diſtingue entre les exceptions qui procédent de la choſe même, & celles qui lui ſont étrangeres. Dans le premier cas il convient que la preſcription ne commence contre l'exception, que du jour que l'action a été intentée, mais dans le ſecond cas, il dit que l'exception n'eſt plus recevable après le tems preſcrit pour agir en pareil cas.

La premiere exception eſt reçue dans tous les cas où la garantie a lieu, comme dans les contrats de vente & dans les partages; les acquéreurs & les cohéritiers qui ſont évincés en tout ou en partie, ont trente ans pour agir, à compter du jour de l'éviction, parce qu'ils n'ont pas été en droit d'agir avant qu'ils ayent été troublés.

La ſeconde exception eſt proprement ce que l'on appelle reconvention ou demande en compenſation, laquelle n'eſt plus recevable, quand le tems pour la former eſt paſſé.

DE L'ÉLECTION DES CONSULS.

QUESTION CENT-SOIXANTE-DIX-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Belle morale ſur les déſordres que cauſent les factions dans une ville.*
2. *Il eſt du devoir des magiſtrats de les prévenir, ou d'y remédier d'abord.*
4. *L'arrêt qui ſuit régle la forme de l'élection des conſuls.*
4. *Cet arrêt exclut du conſulat les officiers & les domeſtiques de l'évêque & des ſeigneurs.*
5. *Il régle le tems de l'audition des comptes des conſuls qui ſortent de charge.*
6. *Le choix qui ſe fait par le ſort, eſt*

BIU Cujas

toujours le meilleur.
7. *Exemple tiré du nouveau testament.*
8. *Exemple tiré de l'ancien testament.*
9. *Autorité de Saint Augustin.*
10. *Exemples tirés du droit civil.*
11. *Le sort n'a pas lieu dans les élections ecclésiastiques.*
12. *Arrêt du conseil d'état, qui régle la forme de l'élection des consuls de la ville du Puy.*

QUESTION CLXXIX.

De l'élection des consuls, & des assemblées consulaires & de la forme d'icelles, & si le sort y peut être admis.

1 ON doit bien prendre garde à ne point faire de partis dans une ville; ou s'il s'en fait, à les étouffer d'abord : car étant une fois formés ils partagent toute une ville, & c'est pour lors qu'il est difficile d'y remédier. En effet, on voit que sans considération de parentelle, d'alliance, ni d'amitié, chacun suit le mouvement du parti dans lequel il s'est engagé, & met en arriere tout autre intérêt. Ensuite de quoi non-seulement les plus factieux, mais ceux mêmes qui devroient être les plus retenus, se portent à des violences & des extrémités dangereuses; & de-là procedent les insultes, les excès, les homicides & les assassins.

L'arrêt que nous donnons au public en sert de preuve, & il ne faut que le lire pour connoître quelles sont les conséquences de ces factions populaires. Nous le proposons aussi, afin qu'il serve d'exemple aux autres villes, & oblige les habitans d'icelle à ne viser qu'au bien public, & à leur utilité commune, sans s'intéresser aux démêlés que les grands peuvent avoir.

2 Mais c'est un avis qui regarde principalement les magistrats & tous ceux qui ont des charges publiques; c'est à eux de prévoir qu'ayant une fois lâché la bride au peuple, ils n'en sont plus les maîtres, & qu'il faut qu'ils reçoivent la loi qu'ils devroient donner. C'est donc à eux d'y songer, & de prévenir de bonne heure le désordre qu'ils voyent naître; ils le doivent d'autant mieux, que le plus souvent ils en souffrent les premiers, & que qui reçoit du mal en ces occasions le garde : c'est parce qu'il est comme nécessaire que les excès & les crimes qui s'y commettent demeurent impunis; qu'on sacrifie l'intérêt des particuliers à l'intérêt du public, & que pour réunir les esprits & faire cesser les désordres, on oublie ce qui s'est passé en établissant une espece d'amnistie.

3 Mais outre cette instruction générale qu'on doit tirer de l'arrêt, il en contient d'autres particulieres, & c'est un réglement notable qui peut servir en d'autres endroits. On y voit en premier lieu une élection de consuls cassée, parce qu'elle avoit été tumultuairement faite, & que l'autorité de la justice y avoit été blessée. En second lieu la forme de l'élection des consuls y est prescrite, en telle sorte qu'elle coupe le chemin aux brigues, en tant que chaque métier est obligé de nommer trois électeurs, & que l'un d'eux est tiré au sort, car par ce moyen dans l'incertitude qui doit être le vrai électeur, il est mal-aisé de gagner tant de personnes; outre que les quatre de chaque rang qui seront nommés par les chefs des métiers pour être consuls, étant pareillement jettés au sort, c'est plutôt le sort que la brigue qui fait les consuls.

4 En troisiéme lieu, cet arrêt & reglement prévient encore les brigues & monopoles, en tant qu'il exclut du consulat, & des charges dépendantes des états du pays de Velay, les officiers & domestiques, tant de monsieur l'évêque, que des barons & gentilshommes ayant entrée auxdits états : parce qu'en effet chacun tâche d'y jetter les siens, & ils y entrent plutôt pour y faire leur profit, que pour servir le public & s'acquérir quelque réputation. Et ç'a été aussi la premiere cause du mal, *prima mali labes*, & la source des désordres.

En quatriéme lieu, c'est avec beaucoup de prudence que le roi & son conseil ont changé le tems de la nomination des quatre auditeurs des comptes : car comme elle se faisoit le 4 novembre : les consuls étant encore en charge, parce qu'on ne les change que le 25 du même mois : aussi leur pouvoir durant encore, il est aisé de juger, que leur autorité faisoit qu'on ne leur donnoit pour auditeurs que ceux qu'ils vouloient. C'est donc bien à propos qu'on a ordonné, qu'il faut que les consuls & autres qui doivent rendre compte soient sortis de charge, avant qu'on leur donne des auditeurs. 5

Au surplus, comme par ce réglement, non-seulement le choix des électeurs, mais encore celui des consuls doit dépendre du sort, il ne sera pas hors de propos d'en dire ici quelque chose. 6

On peut alléguer sur ce sujet ce qui est dit aux actes des apôtres, qu'ayant voulu subroger un autre en la place de Judas, ils en choisirent deux, & qu'ayant jetté le sort, *sors cecidit super Mathiam.* Car encore que plusieurs estiment qu'ensuite de la priere des apôtres, cela se fit par la voie des suffrages, & ensuite d'une inspiration divine; il n'y a pourtant rien qui répugne que les apôtres n'ayent remis ce choix au sort. Qu'après avoir invoqué le conseil de Dieu, ils ne l'ayent pû tirer au sort. Car, comme dit S. Augustin, liv. 4, *de Genes. cap.* 23, *solent quæ sorte dantur divinitùs dari :* & le même S. Augustin, *psalmo* 30, *serm.* 2, parlant de ce même choix dit : *Electi sunt duo judicio humano; electus de duobus unus judicio divino : de duobus consultus est Deus, & cecidit sors super Mathiam.* 7

Ensuite de quoi il est dit *in canone cleros* 21 *distinct.* que comme à l'exemple de saint Mathias, ceux du clergé étoient jettés au sort, *clerus inde dictus fuit, quia sors Græcè dicitur* Κληρὸς. Sur quoi l'on peut voir ce qu'en a dit Alciat, *lib.* 5, *parergon. cap.* 22. Quoi qu'il en soit, il est certain que dans l'ancienne loi les prêtres & les lévites étoient faits & choisis par le sort, comme on peut l'apprendre *ex* 1. *Paralipom. cap.* 24, 25 & 26, car encore que le sort soit appellé par quelques-uns *judicium fortunæ*, la fortune se doit entendre en ce cas de la providence divine. 8

En effet, saint Augustin au lieu cité dit, que *sors non est aliquid mali, sed res in dubitatione humana divinam inducens voluntatem*; & il ajoute, que *in sorte non est electio, sed voluntas Dei.* Ce qui semble être assez prouvé par ce qui est dit au chap. 16 des proverbes, que *sortes mittuntur in sinum, sed temperantur à Domino*, & au chap. 18, *contradictiones comprimit sors; & inter potentes quoque dijudicat*; passage formel au sujet de l'arrêt ci-joint. Fait encore à ce sujet ce qui est dit au chapitre pre- 9

BIU Cujas

mier de saint Luc, que le prêtre *Zacharias sorte exiit ut incensum poneret*, sur quoi saint Ambroise dit, *sorte ergo eligebatur ut introiret sacerdos.*

10 Quant à ce qui est du droit civil, il permet le sort en plusieurs rencontres, & nous avons pour cela des textes formels, *ut in l. sed cum ambo, ff. de judiciis, ubi sorte res discerni solet, in l. si quæ sunt, ff. famil. ercis. l. generaliter, § si quis, ff. de fideicomm. libertatib. & in l. si in principio C. communia de legat.* & enfin *in § optionis institution. de legat.* où l'empereur dit, *fortunam esse rei judicem.*

11 Au reste si le sort n'a plus lieu *in electionibus ecclesiasticis*, il n'est pas à rejetter pour les consuls & magistrats populaires, lors même que le choix a précédé de ceux qu'on juge plus dignes. Car sur qui que le sort tombe, il doit être indifférent, & cette voie peut faire cesser l'envie & la jalousie. La préférence venant du sort, ne doit point causer de regret & de ressentiment.

Nous en pourrions dire davantage, mais nous nous contenterons de renvoyer le lecteur à ce quen a dit *Molinæus, ad consuetud. Parisiens.* § 8, *Glosa* 1, *ubi tractat de sorte divisoria, consultoria, & divinatoria*, & encore en ce qu'en a écrit plus amplement après lui *Tiraquellus, in quest. 17, de jure primogenitorum.*

Vide Augustinum, in epist. 119, ad januarium, où il reprend ceux, *qui de paginis evangelicis sortes legunt, & ad vitæ hujus vanitatem, propter aliam vitam loquentia oracula volunt convertere.*

Extrait des registres du conseil d'état.

12 LE roi voulant pourvoir aux désordres & mouvemens survenus depuis quelque tems dans la ville du Puy & pays de Vélay, tant sur le sujet de la tenue des états dudit pays, qu'élection consulaire de ladite ville, & plusieurs autres désordres qui y sont arrivés, & s'étant fait représenter les plaintes, informations & procédures criminelles qui ont été faites pour raison de ce; sçavoir les plaintes rendues par les consuls de ladite ville à maître Marcellin de Filere Juge-Mage, de ce qu'au préjudice des défenses faites par le sieur marquis de Chattes, sénéchal de ladite ville, de s'attrouper & prendre les armes, on n'auroit pas laissé de le faire : Procès-verbal de maître Jean de Ravissac, bailli de la cour commune sur la prise des armes du 14 du même mois : Information faite par ledit Filere Juge-Mage sur le sujet dudit armement le 16 dudit mois : Information faite par ledit Filere le 24 dudit mois sur le même sujet : Décret d'ajournement personnel du parlement de Toulouse du 10 juin ensuivant, contre les nommés la Julie, le Blanc & le Gay sieur de Leraise, habitans de ladite ville : Procès-verbal du sieur de Ravissac, bailli de la cour commune, sur les excès commis par le nommé Dupont en la personne du nommé Jourde, sur l'emprisonnement dudit Dupont du 22 dudit mois de juin : Autre procès-verbal dudit de Ravissac sur la rupture & brisement des portes du couvent & jardin des religieuses de sainte Claire faits par quelques particuliers habitans, du 13 juillet 1656 : Information faite par maître Huguns de Pradier d'Agrain, conseiller & magistrat en la sénéchaussée de ladite ville du Puy, sur la plainte à lui rendue par Maurice le Blanc, avocat du roi en ladite sénéchaussée, & François le Blanc son frere, des excès commis en la personne dudit François le Blanc par les nommés Guillaume Fournel, Jean Gallier & autres, dudit jour 13 juillet 1656 : Ordonnance du sieur comte du Roure, lieutenant de sa majesté au gouvernement de Languedoc, portant itératives défenses aux habitans de ladite ville du Puy de s'attrouper & prendre les armes du 17 du même mois : Arrêt de la cour des comptes, aydes & finances de Montpellier, du 4 août 1656, rendu sur la requête de Mathieu Maigret, commis à la recepte des impositions du diocèse du Puy, & informations faites en conséquence, par lequel décret de prise de corps auroit été décerné contre les nommés Mathieu Arnaud, maréchal de forge, son valet, Gaspard Verot, procureur en la sénéchaussée, & Jacques le Blanc, dit le Sacre, & d'ajournement personnel contre Claude Bernard, prieur de saint-Etienne de l'Arderol : Autre information faite par ledit Pradier d'Agrain, sur les plaintes dudit M. Maurice le Blanc avocat de sa Majesté en la sécéchaussée du Puy, & André Giraudet ancien avocat, touchant les démolitions de leurs maisons & granges : exécuté par trente ou quarante hommes assemblés à Polignac & à Cheirac, du 6 août audit an 1656 : Procès-verbal des consuls de ladite ville du Puy du 16 dudit mois, sur la prise des armes, suscitée ledit jour par le nommé Lafont, notaire, au préjudice des défenses : Autre information faite par ledit Pradier d'Agrain le 21 dudit mois, sur la plainte du nommé Antoine Dupont, touchant l'assassinat commis en sa personne par le nommé Antoine Pascal & autres ses complices : Information faite par le sieur de Montbrac, conseiller en la sénéchaussée du Puy le 21 août 1656; sur la plainte rendue par M. Maurice le Blanc, avocat du roi, touchant les excès commis contre le nommé Pastre, maître serrurier, par le sieur de Raviſſac, bailli, & les sieurs Doyde & Eyraut, consuls, le 10 dudit mois : Plainte dudit Pascal dudit jour sur l'insulte à lui faite par ledit Dupont : Procès-verbal de Pierre Marêchal & Gabriel Arnaud, consuls, sur la levée du corps mort du fils puîné du sieur Gerentes, assassiné à coups de pistolets, du 3 septembre audit an : Autre procès-verbal de Raymond Eyraut, consul, dudit jour sur la levée du corps mort du nommé Laurens, valet de messire Jean de Montauban, official & vicaire-général du sieur évêque du Puy : Plainte rendue par ledit sieur de Montauban, official, le 12 dudit mois, touchant un libelle diffamatoire affiché la précédente nuit ès carrefours de la ville, contre l'honneur du sieur évêque du Puy : Information pour raison dudit assassinat, faite par ledit Pradier d'Agrain, sur la plainte dudit sieur official du 24 dudit mois : Autre procès verbal des consuls du 20 dudit mois, sur la prise des armes par le peuple lors de l'entrée du sieur évêque du Puy à son retour de Savoye : Autre procès-verbal du sieur Filere Juge-Mage, sur le même sujet du 22 dudit mois : Plainte rendue au sieur Jourdain, lieutenant en la sénéchaussée de ladite ville par le nommé Pierre de Coubladour, touchant le meurtre commis en la personne de Marcelin de Coubladour son frere, par le nommé Claude Barry : Autre information faite par le nommé Masson, notaire, en vertu d'une commission de la cour du sénéchal, touchant les excès commis en la personne du nommé Truc par trois particuliers, habitans du Puy : Autre information faite par le sieur de Filere Juge-Mage le 7 octobre 1656, sur la plainte des consuls de ladite ville du Puy, pour raison de la démolition de la loge où se retiroient ordinairement les commis préposés à la levée des deniers d'octroi : Autre plainte rendue au sénéchal du Puy par le syndic des consuls touchant l'enlevement par force des

BIU Cujas

meubles du sieur Eyrault, dernier consul, fait par le sieur lieutenant Bernard : Procès-verbaux desdits consuls, & des sieurs Raviſſac, bailli de cour commune, & Bernard conſeiller touchant l'armement du 11 octobre 1656 : Autre procès-verbal du sieur marquis de Chattes dudit jour, portant qu'au préjudice de ſes défenſes on n'auroit pas laiſſé de battre le tambour, & de s'attrouper avec armes devant l'évêché : Information faite par le sieur de Montbrat, conſeiller en la cour de la ſénéchauſſée du 15 octobre audit an, ſur une plainte dudit official & grand-vicaire dudit sieur évêque du Puy : Plainte rendue au bailli de Polignac, par le nommé Pierre Peyret, bourgeois du Puy le 16 du même mois, touchant l'aſſaſſinat commis en la perſonne d'un ſien valet par le nommé Juſte de la Font, Pierre Aſtruc & pluſieurs autres habitans du Puy : Information faite ſur ladite plainte par le sieur Filere, juge-mage du 17 dudit mois : Autre information faite par ledit Filere, juge-mage, du 18 dudit mois, ſur la plainte rendue par ledit Peyret, touchant la ruine de ſa maiſon & de ſa vigne : Autre information faite par ledit sieur de Montbrac le 20 du même mois & autres jours ſuivans, ſur la plainte du procureur du roi en la ſénéchauſſée, ſur l'inſulte faite auxdits habitans de ladite ville, en vendangeant leurs vignes, par le nommé Chapon, lieutenant du lieu de Polignac, accompagné de pluſieurs autres, du 17 du même mois : Plainte rendue au ſénéchal de la ville du Puy par Maurice le Blanc, avocat du roi, touchant la démolition d'une maiſon à lui appartenante, ſiſe au lieu des Eſtreyts, proche du bourg de Polignac, faite le 30 juillet précédent, par cinquante ou ſoixante perſonnes portant armes à feu : Procès-verbal du sieur Chaſtenet, conſeiller au parlement de Toulouſe, commiſſaire député par ladite cour, ſur le refus qui lui auroit été fait par les habitans du Puy, de lui ouvrir les portes de leur ville, du 25 novembre audit an : Information faite par le sieur de Gabrial, conſeiller de ſa majeſté en ſes conſeils, & maître des requêtes ordinaire de ſon hôtel, du 19 décembre, en exécution dudit arrêt du conſeil obtenu par le sieur évêque du Puy le 10 novembre précédent : procès-verbal des conſuls du 20 du même mois, ſur ce qu'ils auroient été forcés de remettre les clefs des portes de ladite ville au nommé Jacques le Bland, dit le Sacre, qui les auroit fait fermer juſqu'à ce que l'élection des conſuls eût été faite : Decret de priſe de corps décerné par ledit sieur de Chaſtanet, conſeiller au parlement de Toulouſe, contre les nommés Chalarmenc dit la Plane, Maurin dit la Brouſſe, le Blanc dit le Sacre, & cinq autres habitans de ladite ville du Puy, du 28 du même mois : Autre décret de priſe de corps décerné par ledit Chaſtanet, contre maître Maurice le Blanc, avocat de ſa majeſté en la ſénéchauſſée du Puy, & cinquante autres habitans de ladite ville, des premier & quatriéme décembre audit an : Continuation d'information par ledit sieur de Garibal, du troiſiéme janvier dernier : arrêt de mort rendu par contumace, par le parlement de Toulouſe, contre les nommés Girardin, le Blanc, dit le Sacre, Maurice & François le Blanc ſes freres, Gay, dit Lablache, & ſoixante autres habitans du Puy, du 10 deſdits mois & an : Procès-verbal du sieur de Montbrac, conſeiller, du 15 dudit mois, ſur l'émotion du peuple arrivée ledit jour : Autres procès-verbaux des sieur Filere, Jourdain, lieutenant-général, & Marrel, prévôt des maréchaux, dudit jour, ſur ce que les habitans de ladite ville auroient pris les armes, nonobſtant les défenſes portées par l'arrêt du conſeil du 22 novembre 1656 : Autre information faite par ledit sieur de Garibal le 19 janvier dernier, ſur la plainte du nommé Pierre Chabanat, avocat, touchant l'inſulte à lui faite le 17 dudit mois par le nommé Rabaſte : Autre information faite par ledit sieur de Garibal le 17 dudit mois de janvier dernier, en exécution des arrêts du conſeil des 10 novembre & 22 décembre 1656, tant ſur les faits contenus ès requêtes du sieur évêque du Puy, & conſuls, & habitans de ladite ville, qu'autres faits mis par devant lui : Plainte rendue audit Pradier d'Agrain, commiſſaire ſubdélégué par ledit sieur de Garibal, par Antoine Obrier, ſyndic des habitans du Puy, des excès & violences qui étoient journellement faites auxdits habitans de ladite ville, par des perſonnes interpoſées & ſuſcitées par leurs ennemis : Information ſur ladite plainte faite par ledit commiſſaire le vingt-ſeptiéme février dernier : Autres informations faites par ledit sieur de Garibal, tant dans ladite ville du Puy, que dans le château de Chadrac, à charge & à décharge ſur faits mis en ſes mains par le ſyndic général de Languedoc, le 15 janvier dernier, & autres jours ſuivans : Informations faites par le sieur Chabanacy, conſeiller au bailliage de Montfalcon, commiſſaire ſubdélégué par ledit sieur de Garibal, ſur autres faits mis en ſes mains par ledit ſyndic général de Languedoc, des 10, 12 & 20 février, 3, 5 & 21 mars, 23 & 24 avril dernier : Autre information faite par ledit sieur de Pradier d'Agrain, ſubdélégué dudit sieur de Garibal, ſur la plainte rendue par Antoine Obrier, ſyndic de ladite ville du Puy, touchant une aſſemblée de gens armés faite par le sieur vicomte de Polignac, le 27 mai dernier : Décret de priſe de corps décerné par la cour des aydes de Montpellier le 5 juin dernier, ſur les plaintes de maître Mathieu Maigret, commis à la recette des impoſitions du diocèſe du Puy, contre le nommé Girardin, & d'ajournement perſonnel contre les nommés Torrette, Teſte-Vache & Dupont, tous habitans du Puy : Requête reſpectivement préſentée au conſeil par le sieur évêque du Puy, conſuls, bourgeois & habitans de ladite ville, M. Maurice le Blanc, avocat de ſa majeſté en la ſénéchauſſée, le ſyndic du clergé du diocèſe du Puy, le ſyndic du chapitre de l'égliſe cathédrale : Et les curés des égliſes paroiſſiales de ladite ville, d'une part : Et par le ſyndic-général de Languedoc, sieur vicomte de Polignac, marquis de Chattes, de Filere, juge-mage, Brunel, conſeiller en la ſénéchauſſée, Raviſſac, bailli de la cour commune, & Jean Irail, ſyndic des conſuls en charge en l'année mil ſix cent cinquante-ſix, tant en ladite qualité de ſyndic, que comme procureur de Marie Gerentes, veuve de feu Pierre Chilhac, François Colomb, sieur de Talobre, neveu du défunt Gabriel Delicques de Ferranche, religieux Chartreux, Jean Perrin, Guillaume Fornel, Pierre Peyret, Jean Gallien, Claude Barry, Matthieu Bardin, Jacques Berard, Pierre Charentus, & Jacques Rebaſte habitans de la ville du Puy, d'autre part : Enſemble toutes les autres piéces qui auroient été miſes par-devers le sieur de Lamoignon, conſeiller de ſa majeſté en ſes conſeils, & maître des requêtes ordinaires de ſon hôtel, commiſſaire à ce député : Oui ſon rapport : après que, de l'ordonnance du conſeil, il en a communiqué avec les sieurs d'Ormeſſon, de la Poterie, de Lezeau & de Vertamont, conſeillers ordinaires de ſa majeſté en tous ſes conſeils : Et tout conſidéré. Le roi étant en ſon conſeil, a ordonné & ordonne,

BIU Cujas

que les mouvemens ſurvenus en ladite ville du Puy & pays de Vélay, depuis le mois de novembre 1655, ceſſent entierement, & que tous ſes ſujets de ladite ville & pays vivent enſemble en paix & concorde ſous ſon obéiſſance : à cet effet ſeront les ordonnances ci - devant décernées par le ſieur comte du Roure, lieutenant - général pour ſa majeſté en la province de Languedoc, & par le ſieur marquis de Chattes, ſénéchal de ladite ville, contre les attroupemens & port d'armes, exécutées ſelon leur forme & teneur : Ordonne, que les officiers & habitans qui ſe ſont éloignés de ladite ville au ſujet deſdits mouvemens, y reviendront inceſſamment, & rentreront dans la pleine & entiere fonction de leurs charges, & dans la jouiſſance de leurs biens, avec défenſes à toutes perſonnes de les y troubler, ni de leur méfaire ni médire, à peine de la vie ; quoi faiſant & les choſes rétablies dans l'ordre & la tranquillité qu'il convient : Ordonne ſa majeſté, que les états particuliers dudit pays de Vellay, qui ont accoutumé de ſe tenir enſuite des généraux de la province de Languedoc, ſe tiendront en ladite ville du Puy, en préſence dudit ſieur comte du Roure, ſon lieutenant-général audit pays, & d'un commiſſaire de ſa majeſté, qui ſera à cet effet député : & quant aux conſuls élûs au mois de février dernier, ordonne, que les nommés Robert Lyonnet, Claude Joumar, Jacques Prunet, & Claude François, continueront ſeuls l'exercice de leurs charges, juſqu'à la nouvelle élection ; & à l'égard d'Ambroiſe Bonnot & Charles Geneſtet, ſe réſerve ſa majeſté d'y pourvoir par ci-après ainſi que de raiſon, & ſe fera ladite élection le 25 novembre prochain, en la maniere accoutumée, en la préſence dudit lieutenant-général & dudit commiſſaire, qui tiendront la main à ce que toutes choſes s'y paſſent ſuivant l'uſage ordinaire, & ſuivant le réglement du mois d'octobre 1625, lequel ſera obſervé ſelon ſa forme & teneur, juſques à ce qu'autrement par ſa majeſté en ait été ordonné, fors & excepté qu'au lieu que chaque métier ou profeſſion n'avoit accoutumé de nommer qu'un ſeul électeur, ils en nommeront dorénavant trois de leur corps, qui ſeront enſuite jettés au ſort, & celui ſur lequel le ſort tombera, demeurera réſervé pour procéder à ladite élection, & les quatre de chaque rang qui ſeront nommés par les chefs de métiers, pour être conſuls, ſeront tirés au ſort, & celui ſur lequel il tombera, demeurera conſul, ſans qu'on procede à recueillir une ſeconde fois les voix, pour retenir celui des quatre qui en avoit le plus, ainſi qu'il étoit ci-devant pratiqué : Et ne pourront à l'avenir être admis au conſulat, ni pareillement à aucunes charges dépendantes des états dudit pays de Vélay, aucuns officiers ni domeſtiques de l'évêque du Puy, ni des barons & gentilshommes ayant entrée auxdits états, & que l'élection des quatre auditeurs des comptes qui ſe faiſoit ci-devant le 4 novembre, ne ſe fera dorénavant, à commencer en la préſente année 1657, que huitaine après l'élection des nouveaux conſuls, & lorſque ceux qui auront à rendre leurs comptes devant leſdits auditeurs, ne ſeront plus en charge. Au ſurplus, ordonne ſa majeſté, qu'aſſemblée ſera faite des habitans de ladite ville par-devant ledit commiſſaire du conſeil, & pris avis des officiers du ſiége du ſénéchal, & de celui de la cour commune, s'il eſt à propos pour le bien de ladite ville, d'ajouter ou retrancher quelque autre choſe audit réglement, & de ce qu'il conviendroit d'y changer, pour enſuite en être donné avis à ſa majeſté par ledit commiſſaire, & le tout vû & rapporté au conſeil, être ordonné ce que de raiſon. Ordonne, que les informations & procédures criminelles, mentionnées au préſent arrêt, enſemble celles ſur leſquelles ledit arrêt du parlement de Toulouſe, du 10 janvier dernier, eſt intervenu, leſquels ſa majeſté a évoqué & évoque à ſoi & à ſon conſeil, & les requêtes & piéces deſdites parties ſeront miſes ès-mains dudit commiſſaire pour être par lui procédé ſuivant les ordres & inſtructions qu'il recevra de ſa majeſté, & cependant ſurſeoiront tous décrets décernés en conſéquence deſdites procédures & informations, même l'exécution deſdits arrêts du parlement de Toulouſe, du 10 janvier dernier, juſques à ce qu'autrement par ſa majeſté en ait été ordonné : Faiſant ſa majeſté très-expreſſes inhibitions & défenſes à tous ſes ſujets, tant de ladite ville du Puy, que du pays de Vélay, de quelque état & condition qu'ils ſoient, de contrevenir au préſent arrêt, ni de s'attrouper, prendre les armes, injurier ou provoquer l'un l'autre de fait où de parole, ſur le ſujet de ce qui s'y eſt paſſé, & ſera le procès fait & parfait extraordinairement aux contrevenans en dernier reſſort par ledit commiſſaire du conſeil, appellés avec lui le nombre des officiers de ſa majeſté, ou autres gradués requis par l'ordonnance ; & ce qui ſera ordonné par ledit commiſſaire pour l'exécution du préſent arrêt, ſera exécuté nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques ; deſquelles, ſi aucunes interviennent, ſa majeſté s'en réſerve la connoiſſance, ou à ſon conſeil, icelle interdite à tous autres juges, tous dépens, dommages & intérêts réſervés. Fait au conſeil d'état du roi, ſa majeſté y étant, tenu à Sedan, l'onziéme jour d'août mil ſix cent cinquante-ſept. PHELIPPEAUX.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : Au premier des huiſſiers de notre conſeil, ou autre huiſſier ou ſergent ſur ce requis : Nous te mandons & commandons par ces préſentes ſignées de notre main, que l'arrêt dont l'extrait eſt ci - attaché ſous le contreſcel de notre chancellerie, ce jourd'hui donné en notre conſeil d'état, nous y étant, pour pourvoir aux déſordres & mouvemens ſurvenus depuis quelque tems dans la ville du Puy & pays de Vélay, tant ſur le ſujet de la tenue des états dudit pays, qu'élection conſulaire de ladite ville, & pluſieurs autres déſordres qui y ſont arrivés, tu ſignifies à tous nos ſujets, tant de ladite ville du Puy, que dudit pays de Vélay, de quelque état & condition qu'ils ſoient, & à tous autres qu'il appartiendra, à ce qu'ils n'en prétendent cauſe d'ignorance, & faſſe pour l'exécution dudit arrêt que nous voulons être lû, publié & affiché par-tout où beſoin ſera, & des ordonnances ci-devant décernées par les ſieurs comte du Roure, lieutenant-général pour nous en notre province de Languedoc, & marquis de Chattes, ſénéchal de ladite ville, mentionnés audit arrêt, tous commandemens, ſommations, défenſes ſur les peines y contenues, & autres actes & exploits néceſſaires, ſans autre permiſſion, nonobſtant oppoſitions ou appellations quelconques, dont, ſi aucunes interviennent, nous nous en réſervons en notre conſeil la connoiſſance, & icelle interdiſons à tous autres juges, & ſera ajouté foi comme aux originaux, aux copies dudit arrêt, & des préſentes collationnées par l'un de nos amés & féaux conſeillers & ſecrétaires : Car tel eſt notre plaiſir. Donné à Sedan, l'onziéme jour d'août, l'an de grace mil ſix cent cinquante-ſept, & de notre regne le quinziéme. *Signé*, LOUIS. Et plus bas, par le roi. PHELYPPEAUX.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

L'Arrêt du conſeil d'état qui eſt ici rapporté, regle la forme de l'élection des conſuls de la ville du Puy. Il ordonne, que chaque corps de métier nommera trois élûs, qui tireront au ſort pour ſçavoir celui qui ſera réſervé pour procéder à l'élection des conſuls; à ce ſujet notre auteur parle de l'origine des élections par le ſort. Il dit des choſes très-curieuſes, que le lecteur prendra la peine de lire, s'il lui plaît.

DE LA PEINE DES BLASPHÉMATEURS.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *La peine du blaſphéme ne ſauroit être trop ſévere.*
2. *A la rigueur, tout blaſphémateur mérite la mort.*
3. *Quand les blaſphémes ne ſont pas exécrables, & que c'eſt plutôt un vice de la langue que de la penſée, la peine doit être moindre.*
4. *C'eſt de la ſorte qu'il faut entendre les ordonnances, qui ne puniſſent les blaſphémateurs que d'une peine pécuniaire.*
5. *Le blaſphéme s'attaque directement à Dieu.*
6. *Les rois de France ont toujours eu un grand ſoin de punir les blaſphémateurs.*
7. *Le parlement a toujours été fort exact à faire exécuter les ordonnances contre les blaſphémateurs.*
8. *La licence de guerre empêche l'exécution des ordonnances contre les blaſphémateurs. Les loix comparées aux toiles d'areigné.*
9. *Arrêt du 8 mars 1655, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, enſuite pendu & étranglé, & ſon procès & ſon corps brûlés, & les cendres jettées au vent.*
10. *Arrêt du 16 juin 1655, ſemblable au précédent.*
11. *Arrêt de réglement du 6 juillet 1655, portant défenſes à toutes perſonnes de jurer le ſaint nom de Dieu, ſous les peines portées par la déclaration du roi.*
12. *Arrêt du 19 août 1655, qui condamne un bourreau à faire amende honorable, & être pendu & étranglé, pour avoir juré en jouant aux cartes & aux quilles.*
13. *Arrêt du 13 mars 1656, qui condamne un joueur à être fuſtigé dans tous les carefours du fauxbourg Saint Germain, & puis attaché au carcan, avec un écriteau,* jureur du ſaint nom de Dieu.
14. *Arrêt du 9 janv. 1657, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & aux galeres perpétuelles.*
15. *Arrêt du 16 avril 1657, qui condamne un laquais à faire amende honorable, & être pendu, pour avoir juré & blaſphémé.*
16. *Arrêt du 28 mai 1657, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, au fouet & aux galeres pour neuf ans.*
17. *Arrêt du 14 juin 1657, qui condamne un homme ſexagenaire à faire amende honorable, & au banniſſement pour cinq ans, pour avoir blaſphémé.*
18. *Autre arrêt du même jour, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & aux galeres pour trois ans.*
19. *Arrêt du 19 août 1658, qui condamne un blaſphémateur à l'amende honorable, à avoir la langue percée d'un fer chaud, & aux galeres pour neuf ans.*
20. *Arrêt du 31 août 1658, qui condamne un blaſphémateur à faire amende honorable, & au banniſſement de cinq ans.*
21. *Arrêt du 23 ſeptembre 1658, qui condamne à l'amende, & au banniſſement de trois ans.*
22. *Arrêt du 22 nov. 1658, qui condamne un blaſphémateur à l'amende honorable, & aux galeres pour neuf ans.*
23. *Arrêt du 23 décemb. 1658, qui condamne un blaſphémateur à l'amende honorable, & aux galeres pour 3 ans.*

BIU Cujas

24. *Jugement du roi Louis XIV, contre un blaſphémateur.*
25. *Peine de mort par l'ancien teſtament contre les blaſphémateurs.*
26. *Peine du droit civil, ſemblable.*
27. *Ordonnance de Saint Louis, de percer avec un fer chaud la langue des blaſphémateurs.*
28. *Ordonnance de Philippe VI, portant condamnation du pilori.*
29. *Ordonnance de Charles VII, portant, outre la peine du pilori, une amende de vingt ſols.*
30. *Ordonnance de Louis XII, portant peine corporelle & amende, avec injonction de reveler les blaſphémateurs.*
31. *Ordonnance du même prince, contre les gens de guerre qui blaſphément.*
32. *Ordonnance de François I. ſemblable.*
33. *Ordonnances de Henri II, conformes aux précédentes.*
34. *Ordonnances d'Orléans, de Moulins & de Blois, conformes.*
35. *Ordonnances de Henri III, qui renouvellent les précédentes.*
36. *Ordonnance de Henri IV, qui ordonne l'exécution des autres.*
37. *Ordonnance de Louis XIII, qui renouvelle les anciennes.*
38. *Déclaration de Louis XIV, du 30 juillet 1666, qui renouvelle les ordonnances de ſes prédeceſſeurs.*
39. *Auteurs qui ont écrit de la peine du blaſphéme.*
40. *Eloge de l'auteur du traité de la police.*

QUESTION CLXXX.

Quelle doit être la peine des blaſphémateurs.

NOus avons trop d'horreur des blaſphémes, & trop d'averſion contre ceux qui les proferent, pour ne pas inſérer dans ce recueil les arrêts qui ont été donnés depuis peu contre les blaſphémateurs. C'eſt afin que ceux que la gravité d'un crime ſi exécrable n'en pourra pas détourner, en ſoient arrêtés par l'appréhenſion des peines. Elles ne ſçauroient être trop ſéveres, & quoique d'abord les arrêts que nous donnons au public ſemblent rigoureux, ils ne le ſont pas pourtant, ſi l'on conſidere que d'une part, ce crime eſt grand & fort odieux, & que d'autre part, le cours en étant ſi fréquent, on ne le peut arrêter que par des châtimens exemplaires.

Outre qu'il faut croire, que dans l'eſpece de ces arrêts, ou les blaſphémes étoient exécrables, ou réitérés, c'eſt-à-dire, que les accuſés en avoient proféré d'étranges, ou étoient coutumiers de blaſphémer; parce que autrement nous voulons croire, que pour des blaſphémes communs, & pour la premiere ou ſeconde fois, la peine auroit été moindre.

2 Ce n'eſt pas qu'à la rigueur le blaſphémateur ne mérite la mort, parce que c'eſt un crime de leſe-majeſté divine, & que comme remarque le commentateur ſur l'ordonnance, la félonie s'y trouve jointe. Or, comme celui qui commet félonie envers ſon ſeigneur, perd tout ce qui releve de ce ſeigneur, ne s'enſuit-il pas que la vie de l'homme relevant de Dieu, *in quo vivimus, movemur & ſumus*, que l'homme la tenant de lui, il en eſt indigne, & la doit perdre, quand il renie ſon auteur & ſon ſouverain. Quand, ſelon le pſalmiſte, il dit, impie dit qu'il n'eſt point de Dieu, ou qu'il voudroit qu'il n'y en eût point.

3 Mais pourtant quand les blaſphémes ne ſont pas conçûs en termes exécrables, qu'ils ne marquent pas une malice, ou plutôt une manie; que c'eſt plutôt un vice de la langue que de la penſée, une promptitude qu'une préméditation, & que le blaſphême a plutôt échappé qu'on n'y a ſongé, quoiqu'il ne faille pas excuſer entierement cet effet de la colere, & ce premier mouvement, la punition en doit être moindre.

C'eſt auſſi de la ſorte qu'il faut entendre les ordonnances de nos rois, dont le compilateur a 4
formé le premier article du titre des blaſphémes. Car comme elles n'impoſent qu'une peine pécuniaire juſqu'à la cinquiéme fois; auſſi faut-il croire qu'elles n'ont entendu parler que des blaſphêmes communs, & non de ces blaſphémes qu'on affecte d'aggraver, & qu'on ne peut ouir ſans frémir d'horreur.

Or tant s'en faut que la mauvaiſe habitude puiſſe ſervir d'excuſe ou d'attenuation, qu'au contraire 5
on en eſt plus puniſſable. Auſſi l'article compilé des mêmes ordonnances paſſe à la condamnation du double, du triple & du quadruple, à meſure qu'on récidive. Il paſſe enfin au carcan, au pilori, & à couper la lévre aux coupables, & même les derniers arrêts ſont allés juſques au gibet & dernier ſupplice.

Tant y a qu'au lieu que les autres péchés ne ſemblent qu'offenſer la loi, le blaſphéme s'attache directement à Dieu, & offenſe ſa majeſté divine au premier chef. Saint Athanaſe ſur ſaint Matthieu dit à ce ſujet, *qui peccat, legem Dei tranſgreditur; qui blaſphemat, contra ipſam deitatem impiè agit.*

Et quoique Tibere ait dit dans Tacite, *deorum injuriæ diis curæ ſint*, & que par cette raiſon, *perjurii ſolus Deus vindex ſit*, ſuivant la loi ſeconde, *C. de rebus creditis*; il faut pourtant ſuivre ce que dit le même Tibere chez Tacite, qui lui étoit bien permis de remettre les offenſes qu'il ne regardoient que ſa perſonne, mais qu'il n'en pouvoit faire le même, des injures qui regardoient l'état & l'empire. Diſons à ſon exemple, qu'on ne peut pas pardonner, ni diſſimuler les blaſphémes & les injures qu'on fait à Dieu, & comme il veut que nous lui remettions la vengeance de nos injures propres, il déſire auſſi que nous embraſſions la vindicte de celles qui le concernent.

Saint Auguſtin fait merveilles là-deſſus, & après avoir exagéré que nous ayons tant d'ardeur pour les offenſes qui nous ſont faites, & que nous ayons ſi peu de zèle pour les outrages & les inſolences

BIU Cujas

qu'on commet contre la majeſté d'un Dieu, il conclud, *dimittamus ergo propter Deum quod in nobis perpetratum eſt, & quod commiſſum eſt in Deo, quod dimittere non poſſumus, vindicemus.*

6 C'eſt un reproche qu'on ne peut pas faire à nos rois, ils ont toujours eu un ſoin particulier de l'honneur de Dieu, & de la Vierge & des Saints. Ils ont toujours fait punir aſſez ſévérement les blaſphémes, & ils ont fait pluſieurs ordonnances contre les blaſphémateurs. S'il faut remonter juſqu'au bon ſaint Louis, nous apprenons de ſon hiſtoire, qu'il leur faiſoit percer la langue, & que d'ailleurs très-clement, il ne vouloit point qu'on ſe ralâchât de cette peine.

Le défunt roi d'heureuſe mémoire, & celui qui regne à préſent, & qui lui ont tous deux auſſi-bien ſuccedé pour la piété que pour le nom, n'ont pas manqué d'imiter ſon zele, & d'établir des peines pour les blaſphémes. C'eſt auſſi enſuite de leurs
7 ordonnances, & même de la déclaration de notre glorieux monarque Louis XIV, que le parlement s'eſt rendu plus exact & plus rigoureux contre les blaſphémateurs, ainſi que font foi les arrêts ci-après marqués.

8 Mais il eſt à craindre que ces châtimens exemplaires n'en arrêtent pas le cours, & que la licence que la guerre cauſe n'y ſerve d'empêchement. Et d'ailleurs comme l'on compare les loix aux toiles d'araignée, qui ne ſervent qu'à prendre des moucherons, il eſt encore à craindre que la nobleſſe qui ſe ſert des blaſphémes pour ornement de langage, ne ſe mocque des peines qu'on fait ſouffrir aux plus foibles.

Divers arrêts de la cour de parlement, rendus enſuite de la déclaration du roi, vérifiée en parlement, ſa majeſté y ſéant, contre les blaſphémateurs du ſaint nom de Dieu, de la ſainte Vierge, & des ſaints.

9 ARrêt du 8 mars 1655, confirmatif de la ſentence rendue au ſiége de la connétablie & maréchauſſée de France à la table de marbre du palais à Paris, contre Claude Poulain, dit Saint-Amour de Thorigny, condamné à être tiré de la priſon de Senlis à jour de marché, & conduit nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, attaché ſur une claie au cul d'un tombereau, au-devant de la porte de la principale égliſe de Senlis, & là faire amende-honorable, puis être conduit au marché pour y être pendu & étranglé, ſon corps & ſon procès brûlés & réduits en cendres, & les cendres jettées au vent, comme blaſphémateur du ſaint nom de Dieu & de la ſainte Vierge, exécuté audit Senlis, le 13 mars 1655.

10 Autre arrêt de la cour, du 16 juin 1655, confirmatif de la ſentence du bailli de Saint Marcel-lès-Paris, contre Pierre Mercier, dit Maiſon-Rouge, Tavernier demeurant au marché aux pourceaux, condamné faire amende honorable, nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, devant la principale porte de l'égliſe ſaint Marcel, ce fait mené & conduit audit marché aux pourceaux, pour y être pendu & étranglé, ſon corps mort, brûlé & réduit en cendres, les cendres jettées au vent, exécuté le 19 juin 1655, pour avoir blaſphêmé le ſaint nom de Dieu, étant priſonnier pour dette civile dans ladite priſon de ſaint Marcel.

11 Autre arrêt général du 6 juillet 1655, portant défenſes à toutes perſonnes de jurer le ſaint nom de Dieu, ſous les peines portées par la déclaration du roi, & arrêts de la cour ci-devant donnés.

Autre arrêt de la cour du 19 août 1655, con- 12
firmatif de la ſentence du Juge de Romorantin, contre Pierre Bernier, exécuteur de la haute-juſtice dudit lieu, condamné faire amende honorable, puis pendu & étranglé pour avoir juré & blaſphêmé le ſaint nom de Dieu en jouant aux cartes & aux quilles : Exécuté audit Romorantin.

Autre arrêt de la cour du 13 mars 1656, par 13
lequel la ſentence du bailli de Saint-Germain-des-Prés, rendue contre Louis Juppin, dit Vaducul, porteur de hotte, par laquelle il n'étoit condamné qu'à être mis au carcan pendant ſix heures, eſt infirmée, & en conſéquence ladite cour a condamné ledit Juppin à être fuſtigé nud de verges par tous les carrefours du fauxbourg Saint-Germain, puis mis au carcan, ayant écritaux devant & derriere, portant ces mots (*jureur du ſaint nom de Dieu.*) Exécuté le 15 mars par treize carrefours dudit faubourg.

Autre arrêt du 9 janvier 1657, par lequel la 14
ſentence du bailli du Fort-l'Évêque, rendue contre Denys Dubois, par lequel il n'étoit condamné qu'aux galeres pour ſept ans, eſt infirmée, & la cour recevant le procureur-général du roi appellant *à minima*, & faiſant droit ſur ſon appel, a condamné icelui Dubois faire amende honorable nud en chemiſe, la torche au point, la corde au col devant la principale porte de l'égliſe Notre-Dame de Paris : ce fait, conduit aux galeres à perpétuité, pour avoir juté le ſaint nom de Dieu, étant priſonnier dans les priſons du Fort-l'Évêque pour argent.

Autre arrêt du 16 avril 1657, confirmatif de 15
la ſentence du lieutenant-criminel de robe-courte au châtelet, contre Bonaventure-Pierre Jolly, laquais condamné à faire amende honorable nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, devant la principale porte de l'égliſe Notre-Dame de Paris, ce fait être pendu & étranglé en la place de Grêve, pour juremens & blaſphêmes.

Autre arrêt du 28 mai 1657, infirmatif de la 16
ſentence du lieutenant-criminel du châtelet de Paris, par laquelle Denis Ambroiſe, dit le Turc, a été condamné au fouet & aux galeres pour neuf ans, pour blaſphémes, & par ledit arrêt icelui Ambroiſe eſt condamné faire amende honorable devant le principale porte de l'égliſe Nôtre-Dame, & devant celle de ſaint Paul, ayant écritaux devant & derriere portant ces mots : (*jureur & blaſphémateur du ſaint nom de Dieu :*) & enſuite ladite ſentence exécutée.

Autre arrêt de la cour du 14 juin 1657, par 17
lequel Martin Damnet, âgé de plus de ſoixante ans, eſt condamné faire amende honorable, nud en chemiſe, la torche au poing, ayant écritaux devant & derriere, portant ces mots : (*blaſphémateur du ſaint nom de Dieu :*) ce fait, banni pour cinq ans du royaume, & pour l'exécution dudit arrêt renvoyé par-devant le juge de Vierſon en Berri.

Autre arrêt du 14 juin 1657, confirmatif de la 18
ſentence du bailli du Fort-l'Évêque, contre Alexis Layeau, bonnetier à Paris, condamné à faire amende honorable, nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, devant la principale porte de l'égliſe ſaint Euſtache, puis mené & conduit aux galeres, pour y ſervir l'eſpace de trois ans, pour blaſphêmes & juremens du ſaint nom de Dieu.

Autre arrêt du 12 août 1658, par lequel la ſen- 19
tence du bailli de Lagny, rendue contre Nicolas Aucerne, par laquelle il étoit condamné à faire

BIU Cujas

amende honorable, nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, devant la porte de l'égliſe de ſaint Pierre dudit Lagny, ce fait, fuſtigé par les carrefours, & à l'un d'iceux flétri ſur les deux épaules, puis banni, a été infirmée, la cour recevant le procureur-général du roi, appellant *à minima*, & faiſant droit ſur ſon appel, a condamné led. Aucerne à faire ladite amende honorable, ayant deux écritaux, l'un devant & l'autre derriere, portant ces mots : (*blaſphêmateur du ſaint nom de Dieu :*) ce fait, la langue percée d'un fer chaud, puis mené aux galeres pour neuf ans, pour blaſphémes.

20 Autre arrêt de la cour en la chambre de l'édit, le 31 août 1658, par lequel ladite cour a reçu le procureur-général du roi appellant *à minima*, de la ſentence rendue par le bailli d'Eſſonne, près Château-Thierry, contre Pierre Lievin, de la religion P. R. par laquelle, pour tous les cas mentionnés en ſon procès, auroit été condamné à dire & déclarer au devant de l'auditoire dudit Eſſonne, nud tête & à genoux, qu'il auroit parlé contre Dieu, l'égliſe & les prêtres, qu'il en avoit regret, en demandoit pardon à Dieu & à juſtice, condamné à vingt-cinq livres d'amende aux pauvres de la paroiſſe dudit Eſſonne : & faiſant droit ſur ledit appel, a condamné ledit Lievin faire amende honorable nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, étant à genoux, tenant en ſes mains une torche ardente du poids de deux livres, au-devant de l'égliſe dudit Eſſonne, & à dire & déclarer, que méchamment, fauſſement & contre vérité, il a proféré des paroles d'impiété, tenu & ſemé des propoſitions pernicieuſes contre Dieu, l'égliſe & les prêtres, & qu'il s'en repent, endemande pardon à Dieu & à juſtice, ce fait, banni pour cinq ans, & pour l'exécution renvoyé audit Eſſonne, près Château-Thierry.

Autre arrêt du 23 ſeptembre 1658, ſur l'appel 21
interjetté par François Neveu, de la ſentence du prevôt de Paſſy, a été ordonné que pour réparation des juremens proférés par ledit Neveu, mentionnés en ſon procès, il feroit amende honorable, nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, ayant en ſes mains une torche ardente du poids de deux livres, au-devant de l'égliſe des Bons-Hommes-lès-Paris, ce fait banni pour trois ans dudit Paſſy, prevôté & vicomté de Paris.

Autre arrêt de la cour du 22 novembre 1658, 22
par lequel la ſentence du prevôt de Mante, rendue contre Nicolas le Vacher, portant condamnation d'amende honorable, & mort, auroit été miſe au néant, émandant, pour réparation des juremens & blaſphémes mentionnés en ſon procès, a été condamné faire amende honorable, nud en chemiſe, la torche au poing, la corde au col, devant la principale porte de l'égliſe Nôtre-Dame de Paris, ce fait, conduit & mené ès-galeres du roi, pour y demeurer & ſervir le tems & eſpace de neuf ans comme forçat, pour blaſphémes & juremens, exécuté le 5 décembre 1658.

Autre arrêt du 13 décembre 1658, par lequel la 23
ſentence du prévôt de Paſſy, rendue contre François Neveu, ci-deſſus, par lequel il étoit condamné à mort, a été infirmée, & ledit Neveu condamné aux galeres, trois ans, pour blaſphémes.

OBSERVATIONS.

De la peine des blaſphémateurs.

L'Auteur rapporte ici pluſieurs arrêts contre les blaſphémateurs. Chenu, dans ſes additions ſur les arrêts de Papon, liv. 1, tit. 2, en rapporte auſſi pluſieurs. Le parlement de Paris a toujours été fort ſévere contre le blaſphéme, & avec raiſon : car c'eſt un crime qui s'en prend directement à Dieu ; il eſt d'autant plus énorme, qu'il eſt gratuit & qu'il n'apporte aucun profit ni plaiſir à ceux qui le commettent.

Il y a quelques années que par ordre du roi un miſérable qui avoit proféré pluſieurs 24
blaſphémes à Verſailles, eut la langue percée devant la cour du château ; l'horreur que ce prince a témoigné d'un crime ſi exécrable, & ſes bons exemples, ont enfin banni de la cour la mauvaiſe coutume qui s'y étoit introduite de jurer ; & comme la ville copie les manieres de la cour, & que les provinces ſuivent les façons de vivre de Paris, les honnêtes gens dans tout le royaume évitent les juremens. Il ne s'agit plus que de faire paſſer ces mœurs parmi le menu peuple, les payſans & les ſoldats qui ſont encore enclins à ce malheureux vice ; mais comme la plûpart de ces gens-là ne ſont pas ſenſibles à l'honneur, & ne ſe perſuadent pas par raiſon, il faut faire exécuter les ordonnances & les arrêts, & faire ſouvent des exemples, afin de bannir entierement de tout le royaume un crime ſi déteſtable.

Nous voyons dans l'écriture ſainte, que Dieu ordonne de faire mourir ſans diſtinction 25
tous ceux qui blaſphémeroient le ſaint nom du Seigneur, *qui blaſphemaverit nomen Domini, morte moriatur. Levit. chap. 24, verſ. 16.*

L'empereur Juſtinien dans ſa novelle 77, ch. 1, § 1 & 2, exhorte les hommes à ſe 26
corriger de ce vice qui attire la colere de Dieu ſur les empires. Il veut que ceux qui ne ſe corrigeront pas, ſoient punis du dernier ſupplice : car, dit-il, ſi les blaſphémes prononcés contre les hommes ſont punis ; combien, à plus forte raiſon, doit-on punir ceux qui ſont proférés contre Dieu : *ſi enim contra homines factæ blaſphæmiæ impunitæ non relinquuntur, multo magis qui ipſum Deum blaſphemant, digni ſunt ſupplicia ſuſtinere.*

Nos rois, dont la piété a toujours été grande, ont fait pluſieurs ordonnances pour la 27
punition de ce crime, il faut commencer par ſaint Louis, il ordonna de percer avec un fer chaud les lévres des blaſphémateurs : & ſur ce que quelques-uns trouvoient cette peine trop rigoureuſe, il répondit qu'il la ſouffriroit volontiers lui-même, ſi par-là il

BIU Cujas

pouvoit bannir le blaſphéme de ſes états : Voilà une réponſe digne d'un roi très-chrétien.

28 Par l'ordonnance de Philippe VI de 1347, les blaſphémateurs ſont condamnés d'être mis au pilori pour la premiere fois, & de demeurer en priſon un mois entier au pain & à l'eau. Pour la ſeconde fois encore au pilori, & d'avoir la levre de deſſus fendue avec un fer chaud ; la troiſiéme fois la lévre de deſſous auſſi fendue ; la quatriéme fois toute la balévre ; la cinquiéme fois la langue coupée entiérement, afin que le coupable ne puiſſe plus parler mal de Dieu. Il eſt enjoint à tous ceux qui entendront blaſphémer, de dénoncer les coupables à juſtice, ſous peine de ſoixante ſols d'amende, & au cas que celui qui a oui les blaſphémes, & qui ne les a pas dénoncés à la juſtice, ſoit ſi pauvre, qu'il ne ſoit pas en état de payer l'amende, il doit demeurer en priſon au pain & à l'eau juſques à due ſatisfaction.

29 Cette ordonnance fut renouvellée par celle de Charles VII de l'an 1460, qui ajouta à la peine corporelle une amende de vingt ſols pour la premiere fois, applicable moitié à l'égliſe, & l'autre moitié au profit du ſeigneur du lieu.

30 Louis XII par une ordonnance faite à Blois en 1510, augmenta les amendes pécuniaires, les laiſſant néanmoins à l'arbitrage des juges, & confirma les peines corporelles ; & afin que le crime fût connu & ne demeurât pas impunis, il ordonna que tous ceux qui entendroient les blaſphémes, ſeroient tenus de venir les réveler à juſtice 24 heures après, à peine de ſoixante ſols pariſis d'amende, ou autre plus grande, ſelon la condition, âge & diſcrétion des perſonnes

31 Par une autre ordonnance faite à Saint-Germain-en-Laye le 24 juillet de la même année, concernant les troupes, ce même roi fit défenſes tant aux ſoldats qu'aux officiers, de blaſphémer le nom de Dieu, ſous peine d'être mis au carcan l'eſpace de ſix heures pour la premiere fois, & en cas de récidive, d'avoir la langue percée d'un fer chaud, & chaſſés pour jamais hors les légions, & ſi le compagnon l'entend, ſera tenu de le réveler, ſur peine d'être puni comme blaſphémateur.

32 François I, par deux ordonnances, l'une du 30 mars 1515 & l'autre du mois d'octobre 1535, renouvella les ordonnances de Louis XII & en ordonna l'exécution.

33 Henri II, par une ordonnance du 5 avril 1547, faite à Saint-Germain-en-Laye, renouvella les mêmes ordonnances, & par une autre faite à Blois au mois de mars 1550, il ordonna que les ſoldats qui blaſphémeroient le nom de Dieu, ſeroient mis au carcan par trois divers jours, trois heures chaque fois, & à la fin de chaque fois, tête nue, demanderoient pardon à Dieu.

34 L'ordonnance d'Orléans, art. 23, ordonne aux juges de faire exécuter contre les blaſphémateurs les ordonnances de ſaint Louis & des autres rois.

L'ordonnance de Moulins, art. 86, veut que les blaſphémateurs ſoient punis, non-ſeulement d'amendes pécuniaires, mais auſſi de punition corporelle, dont le roi charge l'honneur des juges qui en connoîtront.

L'ordonnance de Blois, art. 35, enjoint à tous les juges, ſous peine de privation de leurs charges, de procéder à la punition des blaſphémateurs, ſuivant la rigueur des ordonnances.

35 Henri III, par une déclaration du 4 octobre 1581, regla l'amende à 50 livres pour la premiere fois, à 100 livres pour la ſeconde fois, & à tenir priſon pendant huit jours ; & pour la troiſiéme fois à 200 livres d'amende, & tenir priſon pendant un mois au pain & à l'eau ; & en cas de récidive, d'être puni corporellement ſelon la gravité du blaſphéme, & pour le payement de l'amende le coupable tiendra priſon, & s'il ne peut payer, il ſera puni corporellement, *ſi non poteſt ſolvere in ære, luat in corpore ;* l'amende ſera partagée par tiers, ſçavoir un tiers au dénonciateur, un tiers à la fabrique de l'égliſe du lieu, & l'autre tiers au roi.

Par une autre déclaration du 9 février 1584, concernant les gens de guerre, il leur eſt fait défenſes de jurer, ſous peine pour la premiere fois de perdre la dixiéme partie de leur ſolde, pour la ſeconde fois la moitié, & pour la troiſiéme fois le tout, & en cas de récidive, d'être caſſés.

36 Henri IV, par une déclaration du 6 avril 1594, ordonna l'exécution des ordonnances des rois ſes prédéceſſeurs contre les blaſphémateurs, voulant que les coupables fuſſent punis pour la premiere fois, en dix écus d'amende, & pour la ſeconde fois, en vingt écus, applicable aux pauvres, & en cas de récidive, de peine corporelle, ſuivant les ordonnances.

37 Louis XIII, par deux déclarations, la premiere du 10 novembre 1617, & l'autre du 7 août 1631, fit défenſes à toutes perſonnes, de quelque état, qualité & condition qu'elles fuſſent, de jurer & blaſphémer, à peine d'être condamnés pour la premiere fois en 50 livres d'amende, la ſeconde fois en cent livres d'amende, & à tenir priſon pendant huit jours, la troiſiéme fois en 200 livres d'amende, & à tenir priſon

BIU Cujas

pendant un mois, & en cas de récidive, d'être punis corporellement, à l'arbitrage de juges, ſuivant l'énormité du crime. Il ordonna que les amendes ſeroient partagées par tiers, ſçavoir un tiers au dénonciateur, un tiers à la fabrique de l'égliſe paroiſſiale du lieu, & l'autre tiers au roi, & que les condamnés tiendroient priſon juſqu'à l'entier payement; & ceux qui ne ſeroient pas en état de payer, ſeroient châtiés en leur perſonne.

Louis XIV a fait auſſi deux déclarations contre les blaſphémateurs, la premiere du 7 ſeptembre 1651, la ſeconde du 30 juillet 1666, laquelle je crois à propos de rapporter ici. 38

Déclaration du roi, contre les blaſphémateurs du ſaint nom de Dieu, qui renouvelle toutes les anciennes.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous ceux qui ces préſentes lettres verront, ſalut : Conſidérant qu'il n'y a rien qui puiſſe davantage attirer la bénédiction du ciel ſur notre perſonne & ſur notre état, que de garder & de faire garder par tous nos ſujets inviolablement les ſaints commandemens, & faire punir avec ſévérité ceux qui s'emportent à cet excès de mépris, que de blaſphémer, jurer & déteſter ſon ſaint nom, nous aurions lors de l'entrée en notre majorité, & à l'imitation des rois nos prédéceſſeurs, fait expédier une déclaration le 7 ſeptembre 1651, enregiſtrée en nos cours de parlement, portant défenſes, ſous de ſéveres peines, de blaſphémer, jurer & déteſter la divine Majeſté, & de proférer aucune parole contre l'honneur de la très-ſacrée Vierge ſa mere, & des Saints : Mais ayant appris avec déplaiſir qu'au mépris de noſdites défenſes, au ſcandale de l'égliſe & à la ruine du ſalut d'aucuns de nos ſujets, ce crime regne preſque par tous les endroits des provinces de notre royaume, ce qui procede particulierement de l'impunité de ceux qui le commettent, nous nous eſtimerions indigne du titre que nous portons de roi très-chrétien, ſi nous n'apportions tous les ſoins poſſibles pour réprimer un crime ſi déteſtable, qui offenſe & attaque directement & au premier chef la divine Majeſté : A ces cauſes, ſçavoir faiſons, qu'après avoir fait mettre cette affaire en délibération en notre conſeil; de l'avis d'icelui, & de notre pleine puiſſance & autorité royale, nous avons, en confirmant & autoriſant les ordonnances des rois nos prédéceſſeurs, même notredite déclaration dudit jour 7 ſeptembre 1651, défendu & défendons très-expreſſément à tous nos ſujets, de quelque qualité & condition qu'ils ſoient, de blaſphémer, jurer & déteſter le ſaint nom de Dieu, ni proférer aucune parole contre l'honneur de la ſacrée Vierge ſa mere, & des Saints : Voulons & nous plaît que tous ceux qui ſe trouveront convaincus d'avoir juré & blaſphémé le ſaint nom de Dieu, & de ſa très-ſainte mere, & des Saints, ſoient condamnés pour la premiere fois à une amende pécuniaire, ſelon leurs biens, la grandeur & énormité du ſerment & blaſphéme; les deux tiers de l'amende applicables aux hôpitaux des lieux, & où il n'y en aura, à l'égliſe; & l'autre tiers au dénonciateur. Et ſi ceux qui auront été ainſi punis retombent à faire ledit ſerment, ſeront pour la ſeconde, & tierce, & quatriéme fois condamnés en amendes doubles, triples & quatruples; & pour la cinquiéme fois ſeront mis au carcan aux jours de fêtes, de dimanches ou autres, & y demeureront depuis huit heures du matin juſqu'à une heure après midi, ſujets à toutes injures & opprobres; & en outre condamnés à une groſſe amende : Et pour la ſixiéme fois, ſeront menés & conduits au pillori, & là auront la lévre de deſſus coupée d'un fer chaud : Et la ſeptiéme fois ſeront menés & mis audit pillori, & la lévre de deſſous coupée : Et ſi par obſtination ou mauvaiſe coutume invétérée ils continuoient, après toutes ces peines, à proférer leſdits juremens & blaſphémes, voulons & ordonnons qu'ils ayent la langue coupée tout juſte, afin qu'à l'avenir ils ne les puiſſent plus proférer : Et en cas que ceux qui ſe trouveront convaincus n'ayent de quoi payer leſdites amendes, ils tiendront priſon au pain & à l'eau pendant un mois ou plus long-tems, ainſi que les juges le verront plus à propos, ſelon la qualité & énormité deſdits blaſphémes : Et afin que l'on puiſſe avoir connoiſſance de ceux qui retomberont auxdits blaſphémes, ſera fait regiſtre particulier de ceux qui auront été pris & condamnés. Voulons que tous ceux qui auront oui leſdits blaſphémes, ayent à les réveler aux juges des lieux dans vingt-quatre heures enſuivant, à peine de ſoixante ſols pariſis d'amende, ou plus grande s'il y échet. Déclarons néanmoins que nous n'entendons comprendre les énormes blaſphémes, qui, ſelon la théologie, appartiennent au genre d'infidélité, & dérogent à la bonté & grandeur de Dieu, & de ſes autres attributs : Voulons que leſdits crimes ſoient punis de plus grandes peines que celles de deſſus, à l'arbitrage des juges, ſelon leur énormité : Si donnons en mandement à nos amés & féaux les gens tenant notre cour de parlement de Paris, & à tous baillis, ſénéchaux, prevôts, & autres nos officiers qu'il appartiendra, que notre pré-

BIU Cujas

ſente déclaration ils faſſent lire, publier & regiſtrer par tous les lieux & endroits de leur reſſort & juriſdiction, & icelle faire garder & obſerver : Et à notre procureur-général en notredite cour & ſes ſubſtituts, de tenir la main à l'exécution, & de faire pour ce toutes les réquiſitions & diligences néceſſaires, en ſorte qu'il n'y ſoit point contrevenu : car tel eſt notre plaiſir : En témoin de quoi nous avons fait mettre notre ſcel à ceſdites préſentes : Donné à Fontainebleau le trentiéme jour de juillet, l'an de grace mil ſix cent ſoixante-ſix ; & de notre regne le vingt-quatriéme. *Signé*, LOUIS ; & plus bas, par le roi, DE GUENEGAUD.

OBSERVATIONS.

39 NOus avons pluſieurs auteurs qui ont écrit de ce crime, & de la peine qui lui eſt dûe, je me contenterai de citer ceux que j'ai lû, Menochius, *de arbit. cauſ. caſus* 375 & 376. Maſcardus, *de probat. tom.* 1, *concl.* 194 & 195. Julius Clarus, *ſent. l.* 5, § *blaſphemiam.* 3. Boërius, *deciſ. queſt.* 301. Gregorius, *ſyntag. jur. l.* 33, *c.* 12. Gonzales, ſur le chap. 2, *de maled.* aux décrets, Papon dans ſes arrêts, liv. 1, tit. 2, & Chenu, dans ſes additions ſur ce titre.

40 L'auteur du traité de la police, que l'on vient de donner au public, liv. 3, tit. 6, chap. 1, 2 & 3, traite amplement & doctement cette matiere : l'on peut dire que cet auteur fait honneur à ſon corps : les auteurs du journal des ſçavans du lundi 14 avril 1706, qui en ont fait l'extrait, lui ont rendu un témoignage très-avantageux, auquel je ſouſcris avec plaiſir.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DAns la précédente obſervation j'ai parlé des ordonnances faites par les rois de la troiſiéme race contre les blaſphémateurs ; mais je n'ai rien dit de celles des rois de la premiére & deuxiéme race.

A l'égard des rois de la premiere race, je n'ai pas connoiſſance qu'ils ayent rien ſtatué ſur cela.

Pour ce qui eſt des rois de la deuxiéme race, nous voyons dans les capitulaires pluſieurs diſpoſitions ſur le blaſphéme ; mais il faut prendre garde que ce mot a différentes ſignifications ; il vient du mot grec βλασφημια qui ſignifie blâme, médiſance, injure, infamie, malédiction, exécration ; il a toutes ces ſignifications dans les capitulaires. Il ſignifie blâme, quand on ſe plaint d'un jugement. Dans le capitulaire de l'an 805, art. 8, tome 1, page 325, *qui nec judicium ſcabiniorum adquieſcere, nec blaſphemare volunt ;* cela ſignifie ceux qui ne veulent ni acquieſcer, ni blâmer ou appeller du jugement des échevins.

1°. Quand il eſt dit dans le capitulaire de l'an 744, art. 13, page 154, *qui in blaſphemiam alterius cantica compoſuerit ;* ce mot ſignifie un libelle diffamatoire.

2°. Quand il eſt dit dans le capitulaire de l'an 802, art. 35, *lites & contentiones atque blaſphemia divitentur ;* il ſignifie médiſance.

3°. Quand il eſt dit dans le capitulaire de l'an 810, art. 10, *de latronibus qui magnam habent blaſphemiam*, il ſignifie infamie.

Mais il ſe prend auſſi pour un crime de ſacrilége dans le capitulaire de Louis le Pieux, de l'an 826, art. 5, p. 650, *ſi quis quolibet modo blaſphemiam in Deum jactaverit, ab epiſcopo vel comite pagi ipſius, carceri uſque ad ſatisfactionem tradatur, & publica pœnitentia mulctetur.* La même choſe eſt répétée dans le capitulaire concernant la loi divine, art. 101, liv. 6, page 940.

Enfin dans les capitulaires rapportés dans l'addition 3, page 172, art. 84, il y a peine de mort contre les blaſphémateurs ; & ceux qui ne les dénonceront pas, *ſi quis quolibet modo blaſphemiam in Deum jactaverit, à præfecto urbis ultimo ſupplicio ſubjiciatur : qui vero talem cognoſcens non manifeſtaverit, ſimiliter coerceatur.*

Je crois devoir avertir le lecteur, que mes citations ſont priſes des capitulaires de l'édition de Baluſe, de l'an 1677.

Philippe Auguſte fit auſſi au commencement de ſon regne en 1180 un édit ſévere, contre les blaſphémateurs, par lequel les perſonnes de qualité, coupables de cet énorme crime, étoient condamnées à une groſſe amende, & les autres à être jettées dans l'eau. Abrégé de Mezeray, tome 3, page 104.

BIU Cujas

DES ACCUSÉS QUI NE VEULENT PAS RÉPONDRE.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-UNIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Un accusé d'incendie déclaré prevôtable.*
2. *Si l'accusé faisant refus de répondre, il faut lui créer un curateur, comme à un muet.*
3. *Sentiment de l'auteur, qu'il faut distinguer entre un muet volontaire, & un muet nécessaire.*
4. *Qu'il n'est pas nécessaire de créer un curateur à un muet.*
5. *Sentiment d'Airault d'interpeller plusieurs fois le muet volontaire.*
6. *L'ordonnance de 1670, tit. 18, regle la maniere dont le procès doit être fait à l'accusé qui refuse de répondre.*
7. *Eloge de l'ordonnance de 1670, & de ceux qui y ont travaillé.*
8. *Les bonnes loix sont plus capables d'immortaliser le nom du prince, que les plus grandes conquêtes.*

QUESTION CLXXXI.

Ce qu'on doit observer, l'accusé faisant refus de répondre, & y persistant, & ce que c'est que lui faire son procès comme à un muet.

1 UN accusé d'incendie, quoique déclaré prévôtable, par jugement de compétence des présidiaux, n'ayant pas voulu répondre ni reconnoître le prévôt, & ayant persisté à ce refus, quelque sommation & injonction qu'on lui sçût faire, quelques-uns étoient d'opinion qu'on lui devoit décerner un curateur qui pût suppléer à son défaut.

2 Ils se fondoient sur ce qu'on a accoutumé de dire, qu'à faute de vouloir répondre par l'accusé, on lui fera son procès comme à un muet. Ils inféroient de là que comme à un muet, il faudroit décerner un curateur pour réparer son défaut, & lui donner moyen de détruire ou d'affoiblir la preuve, il en faut autant faire pour celui qui refuse de répondre, autrement que ce n'est pas lui faire son procès tout ainsi que s'il étoit muet.

3 Nous fûmes pourtant de sentiment contraire, & pour l'établir, nous dîmes, qu'il falloit faire distinction entre un muet nécessaire & un muet volontaire. Pour le premier, comme il est dans l'impuissance, & que c'est par un défaut de nature, qu'il ne peut répondre; aussi faut-il que la justice y supplée, & que ne pouvant lui-même se justifier par sa bouche, un autre le fasse, ou le puisse faire.

Mais pour le muet volontaire, puisqu'il ne tient qu'à lui de répondre, il ne mérite pas que la justice l'en excuse, ni lui prête aucun secours. Bien loin d'en être excusable, il en est plutôt coupable; puisqu'en effet ce refus est une contumace & désobéissance : mais d'autant plus blâmable qu'elle est accompagnée de malice & d'obstination.

4 Nous ajoutions que ce muet volontaire étoit en effet plus odieux que n'est pas un contumax. Si le contumax ne se présente pas, il peut avoir quelque obstacle qui l'empêche de comparoître. Quoi qu'il en soit, il fuit l'aspect de la justice, c'est plutôt par crainte que par mépris, & l'on ne peut pas dire que s'il la méprise, il la brave. C'est ce que le muet volontaire fait, & non-seulement il méprise les juges, mais il les brave à leur face, & il semble se mocquer d'eux, & de leur pouvoir.

Or, comme l'on ne donne point de curateur aux contumax, & qu'on se contente de les poursuivre par défauts, il n'y a pas apparence d'en donner un à ce muet & contumax volontaire, & l'on se doit contenter de l'avoir pressé de répondre, & de l'en avoir interpellé par divers intervalles, à peine de désobéissance & de conviction. Et c'est à ce sujet que les empereurs *in l. si falsorum, C. de falsis*, disent que *nemo seu tacendo, seu defensionem recusando potest crimen evitare.* Au contraire, ce silence lui nuit, & ce refus est une marque de la défiance que la conscience cause. *Nam qui omnino non respondit contumax est, & prætorum contemnere videtur*, dit le jurisconsulte, *in l. de ætate § tacuit ff. de interrogationib.*

Ayant consulté sur ce point nos livres, on se rendit en ce qu'en a décidé le sieur Ayraud, lieutenant-criminel d'Angers, & versé en semblables matieres, en ce docte & laborieux traité qu'il a fait de l'instruction judiciaire. C'est au livre troisiéme, en la partie l'audience, nombre 26 & 27, où il conclut, que comme il faut que l'absent soit contumacé par trois ou quatre ajournemens, & que chacun d'iceux ait un juste & raisonnable intervalle; aussi faut-il par plusieurs fois sommer & interpeller l'accusé de répondre & en rédiger par écrit les actes. Et même qu'il ne suffit pas d'interpeller, mais qu'il faut enjoindre & commander qu'il réponde, à peine de désobéissance & de conviction. C'est ce qu'il prouve par quelques exemples, & même d'un procès par lui fait & parfait à un voleur qui n'avoit pas voulu répondre, ensuite de l'instruction qu'on lui avoit donnée. Le Brun en son procès criminel, est de même sentiment, & tient que s'il y a preuve, le silence de l'accusé le rend contumax, & emporte effet de confession. 5

Aussi nous ne voudrions pas qu'on se contentât de dire à l'accusé, que son procès lui sera fait comme à un muet, il le faut menacer de désobéissance & de conviction, & lui déclarer que par faute de répondre, il sera passé outre à l'instruction de son procès, & que les faits dont il se trouvera chargé demeureront pour confessés & avérés.

BIU Cujas

Le même Ayraud à l'endroit cotté & auparavant, traite du ſourd & du muet, & comme le procès leur peut être fait.

Au ſujet que nous avons propoſé, il y avoit d'autant moins de doute, que quoique l'accuſé n'eût voulu répondre & ſubir l'interrogatoire, il n'avoit pas laiſſé lors de la confrontation des témoins, de parler & les reprocher. Ce qui rendoit ſon ſilence plus affecté & ſuſpect. Comme cela n'eſt pas ordinaire, & que les premiers juges le peuvent ignorer, & s'y trouver empêchés, nous avons jugé à propos d'en former une queſtion.

OBSERVATIONS.

6 Cette queſtion eſt aujourd'hui inutile, l'ordonnance de 1670, tit. 18, regle la maniere dont le procès doit être fait à l'accuſé qui refuſe de répondre.

Dans l'article 7, elle dit qu'il ne ſera donné aucun curateur à l'accuſé qui ne voudra pas répondre, le pouvant faire.

Dans l'article 8 il eſt dit que le juge lui fera ſur le champ trois interpellations de répondre, à chacune deſquelles il lui déclarera, que ſon procès lui ſera fait comme à un muet volontaire, & qu'après il ne ſera plus reçû à répondre ſur ce qui aura été fait pendant ſon refus.

L'article 9 dit, que ſi l'accuſé perſiſte en ſon refus, le juge continuera l'inſtruction du procès, & qu'il fera mention à chaque procédure que l'accuſé n'a voulu répondre.

L'article 10 porte, que ſi dans la ſuite l'accuſé veut répondre, ce qui aura été fait pendant ſon refus ſubſiſtera, même la confrontation des témoins, contre leſquels il ne ſera plus reçu à fournir des reproches, s'ils ne ſont juſtifiés par piéces.

7 L'article 11 dit, que ſi l'accuſé a commencé de répondre, & ceſſé de vouloir le faire enſuite, que la procédure ſera continuée comme il eſt ordonné ci-deſſus.

Le contenu dans ces articles eſt très-judicieux, & fait honneur au jugement de notre auteur, qui a penſé la même choſe que les célébres avocats, & les grands magiſtrats qui ont travaillé à la rédaction de cette ordonnance, qui eſt très-ſainte & très bien rédigée; elle rendra la mémoire du roi Louis XIV éternelle : car les bonnes loix ſont plus capables d'immortaliſer le nom d'un prince, que les plus grandes conquêtes, mais cette ordonnance, auſſi-bien que celle de 1667, ne concerne que l'ordre de la procédure; ainſi la gloire qui en réſulte, ne peut remplir que la ſphere du palais : au lieu que la réformation que je propoſe ayant pour objet les queſtions du droit romain, la gloire que le roi acquérera par cette voie, s'élevera juſques dans les cieux, & ſe répandra par toute la terre.

DES EXCEPTIONS.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-DEUXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait, ſur lequel roule la queſtion.*
2. *C'eſt une regle générale, que les contrats & actes publics doivent être entretenus par proviſion.*
3. *Limitation à l'égard du mineur, qui demande d'être reſtitué contre le contrat.*
4. *Limitation, quand l'exception eſt auſſi prompte que l'action.*
5. *Sentiment de Mornac pour cette limitation, établi ſur trois loix par lui citées.*
6. *Autres textes de droit, pour autoriſer cette limitation.*
7. *Raiſon de cette limitation,* exceptio eſt actionis excluſio.
8. *La minorité prouvée eſt une exception peremptoire.*
9. *La minorité établie pour une affaire, ſert pour toutes les autres, quand la preuve a été faite* cauſa cognita.
10. *Le créancier qui a dépoſé dans l'enquête pour établir la minorité, ne peut plus la débattre.*
11. *Dans le prêt fait à un mineur, c'eſt au créancier à prouver l'emploi de ſes deniers,* debet eſſe curioſus de verſione in rem.
12. *Concluſion de l'auteur, que quand l'exception eſt auſſi prompte que l'action, il n'échet point de garniſon.*
13. *Sentence rendue au bailliage de Montbriſon, le 24 décembre 1657, qui l'a ainſi jugé.*

QUESTION

BIU Cujas

QUESTION CLXXXII.

Si l'exception étant auſſi prompte que l'action, il y peut écheoir garniſon ou proviſion.

1 TITIUS en l'année 1652, pour lors mineur, & ſur l'âge de vingt-quatre ans, fait une promeſſe ou cédule de la ſomme de mille livres au profit de Mevius, laquelle ſomme il dit lui avoir été prêtée à ſon beſoin. Depuis, Titius ayant été fait prêtre & curé du lieu, Mevius ne lui en fait aucune demande, & décede. Après ſon décès, & en l'année 1657, les héritiers font aſſigner Titius en reconnoiſſance & payement de cette promeſſe. Il demeure d'accord de l'avoir faite, mais ſoûtient qu'il n'en a rien reçû, & ayant obtenu lettres, oppoſe ſa minorité, & la preuve qu'il avoit faite de ſon âge devant le juge des lieux.

C'eſt que Titius ayant obtenu la cure, ou étant ſur le point d'en être pourvû, auroit remontré au juge qu'il lui falloit juſtifier de ſon âge, qu'il ne le pouvoit faire, parce que les papiers du curé décédé depuis peu étoient ſous le ſcellé, & partant auroit requis qu'il fût levé pour faire perquiſition du regiſtre des baptêmes. Cela ayant été ordonné, le procureur d'office oui, & le ſcellé levé, il ne ſe ſeroit trouvé aucun regiſtre des baptêmes. Enſuite de quoi le même Titius auroit requis qu'il lui fût permis de faire ouir des témoins pour la preuve de ſon âge, ce qu'il auroit fait, & en cette enquête faite à ſa réquiſition, le parrain en parle avec certitude & cauſe de ſcience, & les autres confirment ſon témoignage.

Eſt à remarquer qu'entre les témoins qui compoſent cette enquête, Mevius créancier par nous déſigné, en eſt un qui dépoſe bien ſçavoir que Titius étoit né en l'année mil ſix cent vingt-huit, ſur la fin du carême, & environ les fêtes de Pâques. Ce qu'il dit d'autant mieux ſçavoir, que comme voiſin & ami, il fut avec d'autres, féliciter le pere de la naiſſance du fils, & boire du vin de la commere.

Titius ayant donc oppoſé ſa minorité, ſes lettres & la preuve de ſon âge, on ne laiſſa pas d'inſiſter à la garniſon, & la cauſe ayant été plaidée en notre ſiége avec aſſez de chaleur, nous dîmes :

Que la cauſe ſembloit être d'autant plus importante, qu'elle dépendoit de la diſcuſſion de deux ou trois maximes de notre droit, ou de notre uſage, & qu'elle pouvoit ſervir de regle en ſemblables occurrences :

Qu'il étoit vrai que par une regle générale, tous
2 contrats & actes publics doivent être entretenus par proviſion, en tous cas ſous caution, parce qu'un acte public, comme diſent nos interprêtes, *eſt probatio probata*, & que comme il ſubſiſte de ſoi-même, auſſi eſt-il auſſi-bien exécutoire, qu'obligatoire. Qu'il en faut autant dire des cédules reconnues, parce que la reconnoiſſance fait que c'eſt comme un acte public enſuite de l'ordonnance qui lui donne cette force.

Mais comme il n'eſt point de regle ſi générale, qu'elle n'ait quelqu'exception, nous dîmes qu'il falloit auſſi donner une limitation notable à la regle que nous venions d'établir, & qu'encore qu'un acte public, ou une cédule reconnue eût ſon exécution préparée, elle pouvoit quelquefois être arrêtée par des exceptions viſcérales, ou auſſi promptes.

Qu'un mineur reclamant d'un contrat, cela ne 3
ſuffiſoit pas pour en arrêter l'exécution, & la proviſion requiſe, ſi ſa minorité étoit conteſtée, & qu'il lui en fallût chercher la preuve. Mais qu'étant confeſſée, ou le débiteur en ayant la preuve en main, il ne ſembloit pas qu'en ce cas il fût raiſonnable de lui faire payer, ce qu'il lui faudroit rendre à l'inſtant, parce que ſuivant la regle du droit : *Dolo facit qui petit quod brevi redditurus eſt.*

Nous dîmes donc que contre cette maxime gé- 4
nérale, que tous actes publics doivent être entretenus par proviſion, toutes cédules reconnues doivent être ſuivies de la garniſon, il falloit établir cette limitation, ſi ce n'eſt que le débiteur oppoſe un moyen valable & péremptoire, & qu'il en puiſſe juſtifier ſur le champ. En un mot, ait une exception qui ſoit auſſi prompte que l'action.

Nous alléguâmes à ce ſujet ce qu'en a remarqué 5
maître Antoine Mornac, ſur la loi *precibus, C. de probationib.* où il aſſure que lorſque l'exception eſt auſſi prompte que l'action, il n'y peut écheoir proviſion ni garniſon, ce qu'il confirme par trois textes, ſçavoir par la loi *ſi is à quo, ff. ut legator. nomine caveatur*, par le chapitre *litteras de reſtitutione ſpoliator;* & par le chapitre *veniens de teſtibus*, qui ſont aſſez formels pour cela.

Qu'en effet en la loi cottée, le légataire demandant caution à l'héritier, le juriſconſulte décide que ſi l'héritier peut détruire ſa prétention ſur le champ, & lui montrer que ſon legat eſt inutile, il peut dire en ce cas *hodie conſtat, hodie agamus*; & par conſéquent ſe libérer du bail de caution. Et quant aux textes du droit canon nous dîmes qu'il nous ſembloit encore plus exprès. Car au chap. *litteras*, le pape préſuppoſe qu'un défendeur arrête le demandeur, *ſi probationes promptæ ſint & paratæ, ſi probationes offerantur incontinenti paratæ.* Et au chapitre *veniens*, le pape ayant établi, que *ſententia debet executioni mandari*, il ajoute auſſitôt *niſi incontinenti probetur exceptio*, d'où s'enſuit qu'étant prompte & prête, elle peut arrêter l'exécution.

Mais quoique le ſieur Mornac donnant pour re- 6
gle, que quand l'exception eſt auſſi prompte que l'action, il n'y doit écheoir proviſion ni garniſon, il ne l'ait établi que ſur ces textes; nous dîmes que nous en trouvions deux autres que nous jugions plus formels. Sçavoir la loi 3, § *ibidem, ff. ad exhibend.* où le juriſconſulte dit, qu'il faut conſidérer & peſer les exceptions d'un défendeur, & *ſi qua tam evidens ſit ut facile repellat agentem, debet reus abſolvi, ſi obſcurior, vel quæ habeat altiorem quæſtionem differendam in directum judicium.* Ce qui eſt encore confirmé *in l. ille à quo*, § *ſi de teſtamento, ff. ad Trebell.* Où il eſt dit, *ſi cognitio prolixiorem tractatum habeat*, comme par exemple, *ſi verba fideicommiſſi de longinquo petenda ſint*, c'eſt-à-dire, ſi l'exception eſt tirée de loin, ou requiert une plus longue conteſtation, on ne doit pas s'y arrêter, & qu'elle ne peut faire obſtacle. D'où s'enſuit à contraire ſens, que ſi elle eſt prompte & claire, elle doit du moins ſuſpendre l'exécution.

Que s'il en faut rendre raiſon, nous dîmes qu'elle 7
étoit évidente : car il eſt certain que l'exception *eſt actionis excluſio*, ainſi qu'il eſt dit en la loi ſeconde, *ff. de exceptionib.* & c'eſt pourquoi l'action & exception ne peut compatir enſemble, & il faut ou que l'exception ſoit rejettée, ou qu'elle détruiſe l'action, ou du moins qu'elle en ſuſpende l'ef-

BIU Cujas

fet. Mais s'il eſt vrai que l'exception ſoit la ruine de l'action, qu'elle la détruiſe, il faut qu'on avoue que cette exception ne peut être prompte & conſtante, qu'elle ne peut être établie, qu'il ne ſoit vrai de dire que l'action ne l'eſt plus, qu'elle eſt détruite ou ébranlée, & par conſéquent qu'en cet état le demandeur n'a pas ſa prétention ſuffiſamment fondée, parce que *exceptione probata principalis intentio perimitur*, ainſi qu'il eſt dit au chap. *litteras de reſtitut. ſpoliator*, qui a été déja cité.

8 Comme en cette rencontre, la minorité prouvée, n'eſt-il pas vrai de dire, que la promeſſe n'eſt pas valable, que d'elle-même elle ne peut pas ſubſiſter, & qu'il faut de néceſſité que pour la faire valoir, on ſe charge de prouver l'emploi, *de in rem verſo*. Qu'elle a donc beſoin d'un appui, d'une force qui vienne d'ailleurs, que ce n'eſt plus *probatio probata*, parce qu'en effet c'eſt au créancier ou à ſes héritiers à vérifier l'emploi des deniers au profit & utilité du débiteur. Et c'eſt ce qui eſt décidé par l'empereur Juſtinien au commencement du titre *de replicationib.* en ſes inſtitutes, où il dit que quand on a oppoſé une exception qui nuit & fait obſtacle à l'action, *alia allegatione opus eſt adjuvandi actoris gratia, quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur, & reſolvitur ejus exceptione*, de ſorte que comme *exceptio actorem excludit*; il faut auſſi que *replicatio reum excludat*, parce que *replicatio eſt contraria exceptio & quaſi exceptionis exceptio.*

Mais ſi la prétention du demandeur étant par elle détruite ou affoiblie, elle a beſoin d'un appui, & s'il faut qu'elle tire ſa force d'ailleurs, s'il faut qu'en ce cas, *actor replicationibus ſuam intentionem, ſi quam habeat, muniat*, ainſi qu'il eſt dit en la loi 10, *C. de exceptionib.* c'eſt une conſéquence que ſon fondement n'eſt pas aſſuré, & qu'on n'y peut pas aſſeoir une condamnation diffinitive ni proviſionnelle.

Enſuite, & ces maximes poſées, nous dîmes qu'il ne reſtoit qu'à examiner, ſi l'exception du défendeur en cette cauſe étoit auſſi prompte que l'action. Qu'il demeuroit d'accord d'avoir fait la promeſſe, mais qu'il dénioit de s'en être prévalu, & d'en avoir reçu les deniers. Que pour ce ſujet, & pour en être relevé, il avoit obtenu lettres, & les fondoit ſur ſa minorité. Qu'il en avoit la preuve, & que par icelle il paroiſſoit que lors de la promeſſe il ne pouvoit avoir au plus que vingt-quatre ans. Qu'à ce moyen, & ſi cette preuve étoit hors de contredit, au défaut de juſtifier l'emploi, le défendeur étoit reſtituable *in integrum*, & par conſéquent avoit une exception auſſi prompte que l'action.

9 Qu'encore que cette preuve eût été faite avant cette inſtance, & pour autre fait, le défendeur pouvoit dire qu'elle devoit ſervir, parce que *probatio ætatis in una cauſa facit jus in cæteris*, ſuivant la loi 43, *ff. de minorib.* Mais pourtant que cela ne ſe devoit entendre que quand c'eſt une preuve qui a été faite, *cauſa cognita*, comme dit la loi, & avec un légitime contradicteur, ce qu'on ne peut dire de l'enquête qu'on rapporte; parce que ce n'eſt qu'un examen à futur, une preuve de l'âge par anticipation & par précaution, ſans contradicteur ni partie intéreſſée. Et c'eſt pourquoi s'il n'y avoit autre conſidération, nous dîmes que nous n'eſtimions pas qu'on pût s'y arrêter, que ce fût une preuve ſuffiſante, & qui pût établir une exception auſſi prompte.

10 Mais ce qui faiſoit la difficulté, c'eſt que le créancier même avoit dépoſé en cette enquête, avoit établi l'âge du défendeur, en avoit parlé avec certitude, en un mot, avoit reconnu ſa minorité. Après laquelle reconnoiſſance nous ne croyons pas qu'on la pût débattre, & la révoquer en doute. Que ſi le défunt étoit vivant, & que lui-même pourſuivît le payement de la promeſſe, il n'y auroit pas apparence qu'il pût déſavouer ce qu'il avoit dépoſé, & démentir ſon témoignage : *Nimis enim indignum quod ſua quiſque voce dilucidè teſtatus eſt, id in eumdem caſum infirmari, teſtimonioque proprio reſiſtere*, ainſi qu'il eſt dit en la loi *generaliter C. de non numerata pecunia, & in cap. per tuas de probationib.* Que ſi le défunt ne ſeroit pas recevable à contredire ſon propre témoignage, ceux qui le repréſentent, qui viennent de ſon chef, & qui n'ont pas plus de droit, ne le peuvent non plus conteſter.

Et ne faut pas qu'on oppoſe qu'il y a toujours à conteſter ſur l'emploi des deniers, & par conſéquent que puiſque la conteſtation principale peut prendre long trait, il y a lieu de prononcer ſur la garniſon. Car la conteſtation qu'il y peut écheoir, n'eſt pas, *ex parte rei, ſed ex parte actoris*; ce n'eſt pas pour fortifier ſon exception, mais au contraire c'eſt pour la détruire que le demandeur a beſoin de prouver l'emploi. Et c'eſt pourquoi, comme nous avons dit, que l'exception exclut l'action; auſſi s'enſuit-il qu'il n'y a point de véritable & légitime action, ſi par la réplique qu'on fait de l'emploi & de la preuve d'icelui, on n'exclut cette exception. Et ainſi & juſqu'à ce que l'emploi ſoit vérifié, l'exception ſubſiſte & ſuſpend du moins l'action.

Au reſte, nous dîmes que nous ne croyons pas 11
qu'on voulût ſoutenir, que c'eſt au débiteur à prouver, que rien n'a été converti à ſon profit : car outre que c'eſt une négative, nos loix & les arrêts chargent le créancier du mineur à vérifier l'emploi des deniers, par cette raiſon générale, que qui contracte avec un mineur, avec une perſonne ſuſpecte, *debet eſſe curioſus de verſione in rem.* Et quoiqu'on dit, que *minor non reſtituitur, quia minor, ſed quia læſus* : il ſuffit de répondre, que de ce qu'il s'eſt obligé mineur, & qu'il ne paroît pas qu'il en ait profité, & que ce ſoit pour cauſe légitime, il eſt préſumé léſé. Et partant qu'au défaut de prouver un juſte emploi, & la minorité & la léſion préſumée ſemblent concourir.

Enfin nous dîmes que nous ne voulions pas entrer au fonds, & examiner s'il y avoit lieu de conjecturer le contraire, par l'âge avancé du débiteur, par ſa qualité & condition, par ſon ſilence & négligence de retirer ſa promeſſe, parce que toutes ces conſidérations, & les contraires qu'on peut alléguer, regardent le principal, & y doivent être renvoyées.

Mais à préſent, quoique la caution releve & 12
faſſe ceſſer tout intérêt, nous dîmes que l'exception étant auſſi prompte que l'action, & le défendeur étant d'ordinaire plus favorable que le demandeur, il y avoit plus apparence de ſuſpendre la garniſon que de l'ordonner. Qu'un créancier ne perdant rien dans le retardement, il valoit mieux décharger quant à préſent celui qui peut devoir, que d'obliger à payer celui qui peut ne rien devoir. Et qu'en effet l'aveu formel que le créancier avoit fait de la minorité de ſon débiteur, le témoignage qu'il en avoit rendu ayant balancé & ſuſpendu notre ſentiment, nous empêchoit d'adhérer à la garniſon requiſe.

Il fut ainſi jugé, & la garniſon jointe au prin- 13
cipal par ſentence du vingt-quatre décembre mil ſix cent cinquante-ſept, en la cauſe du ſieur Eleu de Loſme & ſa femme, contre le ſieur Burellier, curé de Roanne.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

DANS cette queſtion l'auteur établit, que quand l'exception eſt auſſi prompte que l'action, il ne peut y écheoir garniſon, c'eſt-à-dire, que l'on ne peut pas condamner le débiteur à payer par proviſion.

Sur ce fondement l'auteur décide, que l'on ne doit pas condamner un mineur, qui prend des lettres contre une obligation par lui paſſée en minorité de payer le contenu en l'obligation, ſous prétexte qu'elle doit être exécutée par proviſion.

A ce ſujet, il dit que c'eſt au créancier à juſtifier de l'emploi des deniers, & faire voir qu'ils ont tourné au bénéfice du mineur; parce que celui qui contracte avec un mineur, *curioſus eſſe debet de verſione in rem.* J'ai parlé de cette queſtion dans ce liv. 4, queſt. 1, où le lecteur me permettra de le renvoyer.

DE LA DONATION DE TOUS BIENS PRÉSENS, Et à venir.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-TROISIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Si l'on peut diviſer la donation de tous biens préſens & à venir.*
2. *Opinion de Brodeau, qu'une ſemblable donation peut être diviſée; que le donataire peut retenir les biens préſens, & abandonner les biens à venir, pourvu que ce ſoit* rebus integris.
3. *Sentiment de l'auteur, que cette diviſion peut être faite en tout tems, & que tel eſt l'uſage des ſiéges de Lyon & de Montbriſon.*
4. *Raiſon, parce qu'une ſemblable donation en contient deux, l'une des biens préſens, & l'autre des biens à venir.*
5. *Sentence arbitrale de trois fameux avocats de Lyon, qui l'a ainſi jugé.*
6. *Sentiment de Ricard, qu'une ſemblable donation ne peut pas être diviſée.*
7. *Réponſe aux arrêts cités par Brodeau.*
8. *Clauſe propoſée par l'auteur, pour ſéparer les biens préſens d'avec les biens à venir.*
9. *Réponſe aux raiſons de Ricard. Eloge de cet auteur.*
10. *Argument de la vente aux donations.*
11. *Réponſe à un arrêt cité par Papon.*
12. *Réponſe aux textes du droit cités par ces auteurs.*
13. *Hypothèſe, ſur laquelle eſt intervenu l'arrêt ſuivant.*
14. *Sentence des avocats de Lyon, par laquelle le fils donataire eſt condamné de payer la moitié des dettes créées avant la donation, & la moitié des dots & légitimes, demeurant à ſon choix pour les biens à venir.*
15. *En cet endroit le mot de* charges *comprend les légitimes, à cauſe des termes de la clauſe.*
16. Modica circumſtantia facti, magnam diverſitatem juris inducit.
17. *Il n'y eut pas d'appel de la ſentence au chef du choix laiſſé au donataire d'accepter la donation des biens à venir, ainſi cette queſtion n'a pas été jugée par l'arrêt qui ſuit.*
18. *Arrêt du 9 juin 1657, confirmatif de la ſentence ci-deſſus.*
19. *Arrêt du 23 décembre 1653, qui déboute un donataire de ſa demande en diſtraction des biens dont le donateur étoit ſaiſi, lors de la donation de tous biens préſens & à venir.*
20. *La juriſprudence des parlemens de droit écrit, permet au donataire de ſe tenir aux biens préſens.*
21. *A préſent la juriſprudence du parlement de Paris eſt ſemblable.*
22. *Diſſertation ſur trois queſtions.*
23. *La premiere, qu'en droit la donation des biens préſens & à venir eſt valable; & que le donataire n'eſt point obligé de payer les dettes contractées depuis la donation.*

BIU Cujas

24. *La ſeconde, qu'un ſemblable donataire n'eſt pas tenu de payer les legs faits par le donateur.*
25. *La troiſieme, que le donateur ne peut pas diſpoſer des biens qui lui ſont échus depuis la donation par ſucceſſion, au préjudice du donataire.*
26. *Eſpece du fait, ſur laquelle roule la derniere queſtion.*

QUESTION CLXXXIII.

Si la donation de tous biens préſens & à venir, ou de la moitié d'iceux, ſe peut diviſer, & accepter pour une partie, & rejetter pour l'autre, comment ſe doit entendre le mot de charges.

1 LE premier membre de la queſtion propoſée a été traité par maître Julien Brodeau aſſez amplement, en ſes notes ſur monſieur Loüet, en la lettre D, nombre 69, & depuis par maître Jean Marie Ricard, en la troiſiéme partie de ſon traité des donations, chapitre 10, ſur la fin. Ainſi l'un & l'autre pouvant en donner la réſolution au lecteur, nous n'en aurions pas parlé, ſi l'uſage contraire de ces provinces ne nous y avoit obligés. Outre que nous y avons été invités par l'arrêt ci-après inſéré, où la même difficulté s'étoit rencontrée, ſans que néanmoins elle ait été nettement décidée.

2 Venant donc à la queſtion générale, le premier des deux auteurs que nous avons cités, ſçavoir, Brodeau, panche pour la diviſion, & croit qu'on ſe peut tenir à la donation des biens préſens, & renoncer aux biens depuis acquis, pour ſe libérer des dettes poſtérieures à la donation. Après avoir établi que de droit on ne peut pas prendre une partie de la choſe léguée, que même de deux légats, on ne peut pas en accepter l'un pour répudier celui qui a quelque charge impoſée, *l. 4 & 5. ff. de legat. 2.* après avoir encore établi la même regle pour l'inſtitution d'héritier, ſuivant la loi premiere & ſeconde, *C. de acquir. hæredit.* & la loi 20. *C. de jure deliberandi*, il prend une concluſion contraire pour les donations entre-vifs, ce qu'il confirme par un arrêt du 27 octobre 1627, par lequel un donataire fut reçû à la diviſion & ſéparation des biens, & à ſe tenir à ce qui étoit exiſtant lors de la donation & à quitter le ſurplus.

Il eſt vrai que le même auteur y ajoute cette limitation, que la diviſion ſe doit demander, *rebus integris*, & avant l'acceptation; de ſorte que le donataire majeur, *& ſui juris*, ayant une fois accepté la donation des biens préſens & à venir, demeure par-là obligé à payer toutes les dettes juſqu'à concurrence de la valeur des biens, ſans qu'il en puiſſe faire aucune diſtinction. Ce que le même auteur dit avoir été jugé par arrêt du 2 janvier 1627, par argument de la loi 20, *ff. de optione legata*, & parce que la donation étant un acte indiviſible, & réciproquement obligatoire, l'ayant une fois acceptée, on ne s'en peut plus dédire. Enſuite de quoi il conclut que ſi ces arrêts ſemblent d'abord contraires, leur conciliation ſe doit pourtant tirer de la diſtinction qu'il fait de l'acceptation faite, *rebus integris, vel non.*

De ſorte que ſuivant cette diſtinction, le donataire majeur d'une moitié des biens préſens & à venir, ou de la totalité, par contrat de mariage, & qu'il a par conſéquent acceptée, ſeroit obligé de payer les dettes depuis contractées, ce qui pourroit rendre ſa donation inutile. C'eſt ce qui ſemble un peu rude; car par ce moyen il eſt au pouvoir du donateur de faire indirectement, ce qu'il ne peut pas directement faire, c'eſt-à-dire, révoquer la donation, & en détruire l'effet. 3

Auſſi juſqu'à préſent on avoit tenu le contraire, tant en ce ſiége qu'à Lyon, & ſoit aux jugemens contradictoires, ſoit aux arbitrages, nous avons vû laiſſer le choix au donataire, de ſe tenir aux biens préſens pour ſe libérer des dettes créées depuis la donation, ou d'accepter le tout, en payant toutes les dettes. C'eſt qu'on jugeoit qu'en une donation il y en avoit deux, l'une des biens préſens, & l'autre des biens à venir, & par conſéquent qu'on les pouvoit diſtinguer & ſéparer, ſe tenir à l'un & renoncer à l'autre, les biens étant différents & ſéparables. Qu'autrement ce ſeroit ouvrir la porte aux fraudes, & rendre illuſoires les donations qui ſe font en faveur de mariage. 4

Cet uſage que nous ſuppoſons, réſulte aſſez de la ſentence arbitrale ci-après mentionnée, rendue par trois fameux avocats de Lyon, & où le choix eſt laiſſé au donataire pour la donation des biens à venir, & même cette ſentence porte que c'eſt aux termes du droit. 5

Quant à l'autre auteur que nous avons allégué au commencement, ſçavoir Ricard, il traite la queſtion tout autrement, & rejettant la diſtinction de Brodeau, il tient que toute donation étant faite ſous la condition de l'acceptation, comme l'acceptation ne ſe peut diviſer lorſqu'elle a été faite ſolidairement & ſans diſtinction dans ſon principe, la donation ne peut non plus être diviſée par le donataire. Que le donateur ayant choiſi cette façon de donner, il n'a pas entendu s'ôter le pouvoir d'engager ſes biens, & d'en diſpoſer en bon pere de famille. Qu'il a bien entendu s'établir une interdiction d'en diſpoſer au profit d'un autre à titre lucratif, mais non pas ſe lier les mains, & s'impoſer un empêchement de faire ſes affaires. Bref, qu'à proprement parler ſon intention n'a été que de conſerver au donataire ſa ſucceſſion future. 6

De ſorte que c'eſt réduire une donation entre-vifs, pure & ſimple & irrévocable, à une inſtitution d'héritier contractuelle, laquelle ne peut avoir lieu que pour les biens qui ſe trouvent au tems du décès, & qui ne peut empêcher l'inſtituant d'agir & de s'obliger. C'eſt ce que le même Ricard confirme par un arrêt formel du 23 décembre 1654, donné en la grand'chambre, au rapport de monſieur Gontier, & en l'eſpece duquel la femme donataire du mari de tous biens préſens & à venir dans la coutume d'Auvergne, étant pourſuivie pour une dette poſtérieure à la donation, fut déboutée de la diſtraction qu'elle avoit requiſe des biens préſens, parce que l'acceptation étant individue, le donataire ne peut pas diviſer l'effet de ſa donation, & ſans diſtraction des dettes, ſi elles ont été contractées pour cauſe néceſſaire ou non.

Mais comme cet auteur ne ſemble ſe fonder que ſur l'acceptation & la force d'icelle; auſſi peut-on dire que cela ne choque pas la diſtinction de Brodeau, qui reconnoît qu'après l'acceptation faite indiſtinctement, il n'y a plus lieu de diviſion, quoiqu'elle ſe puiſſe faire, *rebus integris*, & en acceptant.

BIU Cujas

Après quoi il ne resteroit qu'à examiner, si la donation est divisible ou non, si ce n'est qu'un seul & même contrat, un seul & même acte qu'il faille, *aut in totum agnoscere, aut à toto recedere*, ainsi qu'il est dit en la loi 16, *ff. de administrat. tutorum*: ce qui n'est pas sans difficulté. Car comme la donation contient deux sortes de biens, les présens & les futurs, quelle répugnance y peut-il avoir de dire que c'est une double donation? Qu'en effet le donateur entend se dépouiller dès lors des biens qu'il a, en payant les dettes qu'il a faites. Mais que pour les biens à venir il entend qu'il demeure au choix de son donataire de s'en prévaloir, en payant les dettes qui seront à l'avenir contractées?

Et cette pensée nous semble d'autant mieux fondée, ou du moins plausible, qu'il est sans doute que quand on comprend en une donation les biens à venir, c'est plutôt en faveur du donataire que du donateur; que c'est pour rendre la donation plus avantageuse, & que par cette addition le donateur n'entend pas pouvoir déroger à la donation, & en créant des dettes au-delà de ce qu'il peut acquérir, détruire ou retrancher ce qu'il donne à son donataire. D'où s'ensuit qu'on ne doit pas retorquer contre lui ce qui a été fait à son bénéfice, & ce seroit contre la regle de droit, qui ne permet pas que ce qui se fait en faveur de quelqu'un, lui cause du préjudice.

7 A quoi nous ne voyons pas que les arrêts cottés par Brodeau puissent faire obstacle. Car pour celui qui est inséré au livre second, chap. 120 du journal des audiences, s'il a été jugé qu'une donation entre-vifs faite par un mari & sa femme à leur niece, à la charge d'acquitter par elle le testament de chacun, une fois acceptée, passe en forme d'obligation, & ne peut être divisée, c'est parce que la charge & condition n'étoit pas indéfinie, mais reglée & limitée à six mille livres. C'est parce que la donataire pouvoit dès lors connoître ce qu'elle pouvoit amander de la donation, & ce qu'on lui en pouvoit retrancher. C'est enfin parce que les biens du mari & de la femme confus dans une même & seule disposition, n'étoient censés qu'un seul patrimoine & qu'une seule succession, comme si le survivant avoit succédé à l'autre. Or toutes ces considérations ne se rencontrent pas en notre question, à cause même que le nombre des dettes postérieures étant incertain, & pouvant excéder les biens à venir, le donataire n'auroit rien d'assûré, ne sçauroit ce qu'il devroit profiter de la donation, & il pourroit arriver qu'elle lui seroit infructueuse. Outre que semblable donation ayant été faite par contrat de mariage, elle en est plus favorable, & le droit en doit être plus assuré, & moins révocable.

Quant à l'arrêt de monsieur d'Espernon, que Chenu a inseré en la seconde centurie, chap. 82, & Filleau en la question 182, nous ne voyons pas qu'il serve à notre sujet. Outre qu'en icelui il s'agissoit d'une institution d'héritier contractuelle qui est indivisible, il semble que la cour a jugé par ledit arrêt que cet héritier institué par contrat de mariage n'étoit pas tenu aux dettes contractées depuis, entant que la dame demanderesse fut renvoyée à se pourvoir sur les meubles, acquêts & immeubles, & autres biens que ceux de l'institution.

Et enfin il se collige de cet arrêt, qu'en instituant un héritier par contrat de mariage, on s'étoit réservé à disposer jusqu'à quatre mille livres de rente; ce qui pouvoit suffire pour payer les dettes, & sur quoi elles devoient être prises. Ainsi l'espece étant toute différente, cet arrêt n'a rien de commun avec la question que nous traitons.

Quoi qu'il en soit, pour jouer au plus sûr, & lever le doute, nous conseillons de stipuler la chose par une double clause, en ces termes. *Lequel pour l'amitié qu'il porte à sondit fils, futur époux, & pour les agréables services qu'il en a reçûs & qu'il espere recevoir, a donné & donne à sondit fils présent & acceptant la moitié de tous & un chacun les biens qu'il a & possede de présent, en quoi qu'ils consistent & puissent consister, en supportant la moitié des dettes qu'il peut avoir contractées, & la moitié des charges & légitimes. Et voulant encore ledit tel gratifier davantage sondit fils, futur époux, lui a de plus donné & donne la moitié des biens que ci-après il pourra acquérir, à la charge & condition qu'en se prévalant de la moitié d'iceux biens à venir, sondit fils sera aussi tenu de payer la moitié des dettes que ledit donateur pourra desormais contracter.* 8

Car quoique le même Ricard tienne, que quand même la donation ne seroit pas faite par une même clause, & que le donateur auroit premierement donné ses biens présens purement & simplement, & par une clause suivante ses biens à venir, le donataire ne pourroit pas pourtant diviser ce contrat, s'il n'y avoit stipulation particuliere qu'il pourroit prendre l'un & laisser l'autre, nous ne pouvons pas approuver son sentiment. Nous estimons au contraire, qu'en ce cas le donataire pourroit sans doute se tenir aux biens présens, & abandonner les biens à venir. 9

Cet auteur véritablement judicieux & solide, & qui d'ordinaire s'attache aux principes, dit qu'on doit présumer que le donateur a fait ces deux donations en un même contrat par une espece de compensation, & que l'acceptation en est solidaire, & oblige le donataire à exécuter le contrat en toutes ses parties. Et nous disons au contraire, que comme on ne doit rien faire de superflu, on ne doit pas aussi présumer que ces deux clauses ayent été séparées sans cause. Que comme on auroit plutôt dit la moitié des biens présens & à venir, comme on en auroit plutôt fait une même & seule donation, ce n'est pas aussi sans sujet qu'on les a voulu séparer. Que c'est pour montrer que le donateur ne les a distinguées que parce qu'il n'entendoit pas que l'une pût déroger à l'autre, ni le donataire non plus n'entendoit pas en faire une acceptation confuse & qui fût indivisible.

Tâchons d'établir notre sentiment & disons, que si le pere avoit fait donation de la moitié de ses biens, avec réserve de l'autre moitié pour en disposer de la moitié réservée, il en fit autre donation, comme ce seroient deux donations, & qu'elles seroient diverses, elles pourroient aussi être divisées, & au choix du donataire de se tenir à l'une & rejetter l'autre. C'est parce qu'en effet la seconde donation ne seroit censée qu'à cause de mort par la réserve d'en pouvoir disposer. Etant donc révocable de sa nature, comme il est au pouvoir du donateur de la rendre inutile, il doit être libre au donataire de l'accepter ou répudier.

Or, nous croyons qu'aux termes présupposés pour notre question, il y a identité de raison, & que si la division s'en peut faire en un cas, elle se peut faire en l'autre. Qu'en effet la donation séparée des biens à venir ne doit être réputée qu'à cause de mort, & que comme une institution en la succession future, ainsi même que le sieur Ricard le tient, attendu qu'obligeant le donataire à payer des dettes qui sont incertaines, & n'ont point d'autre limitation que la valeur des biens, il est

BIU Cujas

au pouvoir du donateur de rendre la donation inutile.

10 Ajoutons, qu'on peut argumenter des ventes aux donations : & cet argument eſt d'autant mieux recevable, que c'eſt d'un contrat à l'autre, & qu'en matiere de contrats, comme on n'y peut rien ſuppléer ; auſſi ce qui ſe trouve écrit doit régler la convention des parties, & marquer leur intention. Or, comme en matiere de vente de pluſieurs héritages, ſi elle eſt faite pour un ſeul prix, ce n'eſt qu'une même vendition, & un acte indiviſible : au contraire, ſi chaque héritage a ſon prix particulier, ce ſont autant de venditions ſépatées : on en peut dire autant des donations, & qu'elles n'ont été diſtinctes que pour en diſtinguer & la cauſe & la nature.

C'eſt la diſpoſition formelle du droit en la loi, *cum plures, ff. de evictionib.* & autres textes cottés par le ſieur Brodeau ſur M. Loüet, en la lettre R, nombre 25, & même en la loi *ſi id quod* 28, § *quod ſi ex decem, ff. de donationib. inter virum & uxorem*, où le juriſconſulte fait différence, *utrum uno pretio res venierint, an diverſis*, d'où l'on tire cette conſéquence, que *tot ſunt venditiones, quot pretia*, quoique ce ſoit un même contrat. Ce qu'on peut d'autant mieux appliquer aux donations, que cette déciſion eſt inſérée au titre des donations entre le mari & la femme.

11 A quoi ne peut faire obſtacle l'arrêt rapporté par M. Papon, livre 11, titre des donations, nombre 28, en l'eſpece duquel une mere ayant donné à ſon fils un château, une rente de quatre cent livres, & tous ſes meubles, il fut jugé que le fils ne pouvoit rejetter le chef des meubles pour ſe tenir au ſurplus. Le même arrêt eſt rapporté & confirmé par d'autres, par M. Maynard, liv. 7 de ſes queſtions, chap. 87.

Car il faut remarquer que cet arrêt a été donné en la coutume de Poitou, en laquelle les dettes ſuivent les meubles ; & qui ſuccede aux meubles demeure chargé des dettes. De ſorte que cette diviſion que le donataire vouloit faire, étoit frauduleuſe : & ainſi y ayant de la fraude, & le faiſant à mauvais deſſein, il y avoit lieu de l'empêcher.

Mais pour principale raiſon, c'eſt que l'acte étoit indiviſible, & par un même contexte. Qu'il n'y avoit qu'une donation, & du tout conjointement : & même il faut croire que les meubles y étant compris, la mere avoit chargé ſon fils de les payer. Que c'eſt à cette conſidération, & parce qu'elle ſçavoit qu'autrement il ſeroit grevé, qu'elle y avoit joint le château & la rente, afin que ce ſurcroît lui fût un ſoulagement, & que cela l'obligeât à ſe charger des dettes, & d'y ſatisfaire. Par conſéquent que ce n'étoit qu'un ſeul don, un acte indiviſible qu'il falloit entierement accepter ou rejetter.

12 Reſte que nous répondions aux textes de droit, qui ſemblent contraires, ſçavoir les loix premiere & ſeconde, *ff. de acquir. hæreditate*, où il eſt dit, que *qui totam hæreditatem adquirere poteſt, is pro parte eam ſcindendo adire non poteſt*, comme auſſi qu'il ne peut, *quaſdam partes repudiare, quaſdam agnoſcere.* Mais cela procede de ce que le défunt ne pouvant mourir, *pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus* ; il faut que l'héritier, ou prenne toute l'hérédité, ou la rejette entierement. Et c'eſt pour cette raiſon que le droit d'accroiſſement a été introduit, & qu'il fait que ce qui eſt répudié par l'un des cohéritiers, *acceſſit alteri etiam invito, l. 53, ff. de acquir. hæredit.*

Il eſt vrai que ce qui eſt décidé *in l. 5, ff. de legat. 2, & in l. 22, ff. de fideicommiſſ. libertatib.* ſemble faire plus de doute, parce que les légats ſe peuvent plutôt diviſer, que l'inſtitution d'héritier. Mais nous eſtimons qu'il y a cette différence entre les légats & les donations, que les légats ſont déférés *unico judicio defuncti*, qui eſt indiviſible, & ne ſouffre pas qu'on en faſſe aucune diviſion, ainſi qu'il eſt décidé de la ſubſtitution pupillaire, dont le ſubſtitué ne peut ſe prévaloir, ſans accepter la ſucceſſion du pere, *l. qui patri, ff. de acquirend. hæredit :* Au lieu que les conventions d'un contrat étant ſéparées & par clauſes diſtinctes, n'ont point tant de liaiſon qu'on ne les puiſſe diviſer, & qu'il ne ſoit loiſible au fils qui ſera donataire du pere & de la mere par un même contrat, de renoncer à la donation du pere pour ſe tenir à celle de la mere.

Outre qu'on peut dire, qu'un teſtateur ayant fait deux légats à une même perſonne, & impoſé une charge au ſecond, eſt cenſé l'avoir impoſée aux deux, & que c'eſt par rapport à l'un & à l'autre, & en conſidération des deux légats qu'il a obligé ſon légataire à payer cette même charge. Parce qu'en effet s'il ne lui avoit déja fait un premier avantage, ou il ne lui auroit pas impoſé cette charge, ou bien elle ſeroit moindre. Ayant donc ſon rapport aux deux légats, & s'y devant référer, elle en eſt inſéparable, & il faut que le légataire, ou les accepte tous deux, ou rejette l'un & l'autre.

Mais pour venir à l'hypothéſe qui nous a porté à traiter la queſtion, nous dirons en peu de mots, que M. Jean Rochette, avocat & juge de Saint- 13
Sauveur, par le contrat de mariage de M. Jean-Jacques Rochette auſſi avocat, ſon fils aîné, lui auroit donné la moitié de tous ſes biens préſens & à venir, en payant & ſupportant moitié des dettes & charges telles que de droit. Voilà les termes auxquels la donation étoit conçûe.

Le pere & le fils s'étant ſéparés, il y eut procès entre eux, & par ſentence arbitrale de trois avocats de Lyon, il fut dit entre autres choſes, 14
que le fils payeroit la moitié des dettes créées avant le contrat de donation, & des ſommes conſtituées aux autres freres & ſœurs, pourvû qu'elles n'excédaſſent leurs légitimes, & la moitié de ce qui pouvoit être dû à aucun d'iceux pour même cauſe, demeurant le fils pour les biens paternels à venir en ſon choix à la forme de droit.

Y ayant eu appel de cette ſentence pour quelques chefs, même pour la contribution aux légitimes, & l'inſtance repriſe avec un autre frere héritier du frere, l'arrêt que nous donnons au public a confirmé la ſentence pour ce regard. Ce qui ſemble contraire aux arrêts que nous avons remarqué en notre premier recueil, & qui ont jugé que le mot de *charges* ne comprenoit point les légitimes.

Mais il faut conſidérer en cette rencontre les termes de la donation ſur leſquels la cour s'eſt fondée : car le contrat portant, *en payant & ſupportant les charges telles que de droit*, elle a jugé que le 15
mot de *payer* ſe réferoit aux dettes, & celui de ſupporter, aux légitimes, & que les charges telles que de droit ne ſe devoient entendre que des légitimes, *quæ à lege debentur*, & qui ſont dûes de droit plutôt que les autres charges. Outre que par ces mots *telles que droit*, que le donateur, homme lettré & ſçavant, n'a pas fait mettre inutilement & ſans cauſe, *il a voulu reſtraindre la donation faite à ſon fils, à ce que les légitimes ſe pourroient monter de droit.* Ce que auſſi les arbitres ont expliqué par leur ſentence en limitant cette contribution par cette condition, *pourvu que les conſtitutions ne ſe trouvaſſent excéder les légitimes.*

C'eſt ainſi que *modica circumſtancia facti, inducit* 16
magnam diverſitatem juris, & que les juges ſont obligés de juger diverſement ſelon les particularités

BIU Cujas

des causes qu'ils doivent examiner.

17 Quant au choix laissé par la sentence au donataire pour le regard des biens à venir, on remarquera que n'y ayant point eu d'appel, quoique la cour ait dit que pour le surplus la sentence sortiroit son effet, elle n'a pas pourtant nettement vuidé ce point : car comme dit est, n'y ayant point eu d'appel, elle n'a pas entendu décider ce qui n'avoit pas été agité & contesté, à cause peut-être que les biens acquis valoient bien les dettes depuis contractées, & que l'héritier n'avoit pas intérêt à débattre le choix & la déclaration du donataire, de se tenir aux biens présens. En effet, le même héritier nous a assuré que le rapporteur lui dit que la cour n'avoit pas jugé que le donataire pût avoir ce choix ou non, n'ayant ledit choix été contredit.

Extrait des registres de parlement.

18 ENTRE maître Jean-Jacques Rochette, sieur de Brigniere, appellant de la sentence rendue par arbitres le 3 septembre 1652, aux chefs particuliers où il se trouvera grevé & intimé d'une part : Et maître Jean Rochette, avocat en la cour, & Juge de Saint-Sauveur, intimé & appellant de la même sentence ès-chefs qui lui feront préjudice : & entre ledit Jean Jacques Rochette, avocat en ladite cour, appellant en adhérant aux appellations dont la cour est saisie de l'ordonnance rendue par le lieutenant particulier du bourg d'Argental, le 24 octobre 1656, en exécution de l'arrêt sur requête du 15 septembre précédent au profit dudit défunt Jean Rochette, au lieu duquel maître Marcellin Rochette a repris : ensemble de toutes autres ordonnances ensuite, & du procès-verbal de prisée & estimation qui a été faite du revenu du domaine de Brigniere, & ledit Marcellin Rochette intimé ; & entre encore maître Pierre Rochette, prêtre, prieur commendataire de Saint-Pierre-de-Sales ; François Rochette, bourgeois de Saint-Sauveur ; Paul Rochette, sieur de Bonneville, l'un des gendarmes de la compagnie de la Reine ; damoiselle Catherine & Magdelaine Rochette, ladite Catherine autorisée de Pierre Martinet de Colombe son mari, & ladite Magdelaine, veuve de maître Jean Manaud, tous enfans dudit défunt Jean Rochette, juge de Saint-Sauveur, intervenantes & demandereſſes, suivant leur requête du 16 février dernier, & lesdits Jacques & Marcellin Rochette, défendeurs d'autre : Vû par la cour ladite sentence du 3 septembre 1652, dont est appel, rendue par les arbitres y nommés, entre ledit Jean-Jacques Rochette, demandeur & reconvenu d'une part : Et ledit Jean Rochette, défendeur & reconvenant, d'autre ; par laquelle auroit été dit & arbitré, que la nomination faite par ledit Jean Rochette, de la personne dudit Jean-Jacques Rochette en la moitié de l'hoirie de damoiselle Catherine Copier n'auroit lieu que pour ladite moitié, pour en jouir par ledit Jean-Jacques Rochette après le décès dudit Jean Rochette, sans aucune restitution de fruit jusqu'audit tems, en payant lors par icelui Jean-Jacques Rochette la moitié des frais funéraires de ladite Copier, & des légats par elle faits sans aucun intérêt. Ledit Jean Rochette condamné payer audit Jean-Jacques Rochette la somme de trois cens livres, faisant moitié du légat de six cens livres à lui fait par icelle Copier avec les intérêts au denier vingt, depuis son contrat de mariage, au regard des six mille livres reçûes par ledit Jean Rochette, de la constitution faite à damoiselle Catherine de Soleizel, ledit Jean Rochette condamné d'en payer la somme de 5000 livres & les 600 livres restantes, ayant été détruites pour avoir été employées en joyaux pour ladite Soleizel ; comme aussi payeroit la somme de six cent soixante-cinq livres par lui reçue des habitans d'Argental par quittance du 26 juin 1629, & les gages de l'office de bailli de Saint-Sauveur, aussi par lui reçus depuis l'année 1625, jusqu'à l'introduction de l'instance, sauf audit Jean-Jacques Rochette à retirer ceux depuis échus avec les intérêts desdites deux sommes de cinq mille quarante livres, & six cent soixante-cinq livres, & dépens, gages depuis la demande au denier vingt, continueroient les parties de jouir des biens tant paternels que maternels, comme ils avoient fait par le passé, & jusqu'au décès dudit Jean Rochette, auquel tems ledit Jean-Jacques Rochette payeroit la moitié des dettes créées avant le contrat de mariage, & des sommes constituées aux autres freres & sœurs, pourvû qu'elles n'excedassent leurs légitimes, & la moitié de ce qui pourroit être dû à aucune d'iceux pour même cause, demeurant ledit Jean-Jacques Rochette pour les biens paternels à venir à son choix à la forme du droit, & sans préjudice audit Jean-Jacques Rochette de ce qui lui pouvoit être avenu par le décès ou profession de ses freres & sœurs, pour raison de quoi il se pourvoiroit ainsi qu'il verroit être à faire : & pour le surplus des autres demandes & reconvention, les parties mises hors de cour & de procès sans dépens : Arrêt d'appointé au conseil du 8 juin 1656 : Causes d'appel dudit Jean-Jacques Rochette contenant ses conclusions, à ce qu'en émendant, ledit Jean fût condamné lui délaisser la moitié des biens de ladite défunte Copier sa mere, & restituer les fruits depuis le premier janvier 1626, que ledit Jean-Jacques Rochette étoit sorti de la maison dudit Jean Rochette. Qu'icelui Jean-Rochette seroit condamné lui payer la somme de six cent livres & intérêt du jour de son contrat de mariage, lui rendre la somme entiere de six mille livres suivant la reconnoissance du 13 octobre 1645, & les intérêts depuis le premier janvier 1626 que ledit Jean-Jacques Rochette & sa femme étoient sortis de la maison dudit Jean Rochette : Que la moitié des biens d'icelui Jean Rochette demeureroit audit Jean-Jacques Rochette, pour en jouir après le décès dudit Jean Rochette, sans aucune charge de légitimes : Réponses dudit Jean Rochette & ses causes d'appel, contenant aussi ses conclusions, à ce qu'en émandant il fût déchargé du payement des sommes de cinq mille quatre cent livres de la dot de ladite Catherine de Soleizel, six cent soixante-cinq livres par lui reçues des habitans d'Argental, & des gages de l'office de bailli dudit Saint-Sauveur depuis l'année 1625, jusqu'à l'introduction de l'instance & des intérêts desdites sommes & gages depuis la demande, sauf audit Jean-Jacques Rochette de précompter ladite somme de cinq mille quatre cent livres sur la moitié des charges des biens paternels & maternels, auxquelles il étoit tenu & obligé, si tant elles se trouvoient monter, & de répéter le surplus sur lesd. biens paternels, au cas que la moitié desdites charges ne se trouveroit revenir à cette somme, led. Jean-Jacques en outre condamné aux dépens de premiere instance & d'appel : Réponses dudit Jean-Jacques Rochette : Productions des parties : Contredits respectivement fournis, suivant l'arrêt à contredire du 7 septembre 1656 : Requête dudit Jean Rochette, du 25 octobre audit an, à ce qu'acte lui fût donné de ce qu'il offroit audit Jean Jacques Rochette son fils de faire valoir & bailler des fruits, profits, rentes & revenus de la terre & maison noble de Brigniere, qui faisoit partie de l'héritage dudit Jean Rochette, qui

BIU Cujas

avoit été joui par ledit Jean-Jacques Rochette, depuis qu'il s'étoit ſéparé de ſa compagnie, la ſomme de huit cent livres pour chacune année, la vie durant d'icelui Jean Rochette, en lui paſſant par ledit Jean-Jacques Rochette, bail à ferme pour ledit prix, ſi mieux il n'aimoit conſentir à la vente pure de ladite maiſon, & dépendances d'icelle, à la forme qu'il en avoit joui, auquel cas ledit Jean Rochette offroit lui faire trouver acheteur, qui y mettroit prix juſques à vingt mille livres, le revenu duquel prix à raiſon du ſol pour livre, revenoit à mille livres par chacun an, dont ledit Jean-Jacques Rochette jouiroit la vie durant dudit Jean Rochette, par maniere de proviſion, à la charge néanmoins que venant à partager, ledit prix ſeroit partagé par moitié comme les autres biens; & au cas qu'il ne voulût accepter les ſuſdits offres, ledit Jean Rochette lui offriroit la bailler à dire d'experts, ou en argent, au choix toutefois dudit Jean Rochette, franc & quitte de toutes dettes & légitimes, deſquelles ledit Jean Rochette demeureroit chargé ſur le ſurplus des paternels & maternels, tout autant que tous les autres freres & ſœurs avoient eu ou devoient avoir pour tous leurs droits de nature & légitime paternels & maternels, & les faire jouir dès lors: Et qu'outre ce, après le décès dudit Jean, ledit Jean-Jacques pourroit prendre & répéter la ſomme de quatre mil ſix cent livres, qui étoit la juſte & véritable ſomme qui avoit été employée pour les affaires communes de la famille, en ſe départant par ledit Jean-Jacques Rochette des donation & élection, & tous autres droits qu'il pourroit avoir & prétendre ſur leſdits biens, tant paternels que maternels, qu'il diſoit lui avoir été rendus inutiles, par les avantages extraordinaires que ledit Jean Rochette avoit fait à ſes enfans, pour leſdites offres lui ſervir en tems & lieu ce que de raiſon, ladite requête ſignifiée & miſe au ſac, pour en jugeant y être fait droit: Acte du 20 janvier dernier, fait au greffe de la cour par ledit Jean-Jacques Rochette, par lequel après avoir eu copie du teſtament dudit défunt maître Jean Rochette ſon pere, du 15 janvier 1649, à lui communiqué par ledit Marcellin Rochette il auroit déclaré qu'il n'entendoit s'aider & ſe ſervir dudit teſtament, renonçoit au profit & bénéfice d'icelui, & ſe tenoit à la donation qui lui avoit été faite par ſondit pere, & pour les biens qui lui appartenoient de ſon chef particulier portés par le contrat de mariage dudit Jean-Jacques Rochette, & qui étoient acquis à ſondit pere lors dudit contrat de mariage, n'entendant ſe prévaloir de ceux qui étoient depuis échus, ni auſſi de participer aux charges qu'il pouvoit avoir contractées, le tout ſans préjudicier à ſes droits pour les biens maternels & autres droits, actions & prétentions mues & à mouvoir ſur la ſucceſſion de ſondit pere, ledit acte ſignifié & mis au ſac: Requête du 17 novembre 1656, préſentée à la cour par ledit Jean-Jacques Rochette, contre maître Jean Rochette, défendeur, à ce qu'il fût reçû oppoſant à l'exécution de l'arrêt du 15 ſeptembre précédent, faiſant droit ſur ladite oppoſition que toute la procédure faite en cenſéquence ſeroit déclarée nulle, avec défenſes de s'en aider, & ledit Jean Rochette condamné aux dépens, ſur laquelle requête auroit été ordonné que les parties parleroient ſommairement au conſeiller commis: Défenſes: Appointement à mettre: Productions des parties: Arrêt du 12 février dernier, par lequel ledit incident de requête auroit été joint à l'appel, pour en jugeant y avoir tel égard que de raiſon, dépens réſervés, ladite ordonnance du 24 octobre 1656, rendue par ledit lieutenant particulier du bourg d'Argental en exécution de l'arrêt ſur requête du 15 ſeptembre précédent au profit dudit Jean Rochette: Autre ordonnance rendue enſuite, & procès verbal de priſée & eſtimation faite en conſéquence du revenu du domaine de Brigniere, dont eſt appel: Arrêt d'appointé au conſeil du 20 février dernier: Requêtes reſpectivement employées pour cauſes d'appel: Réponſes & productions, ladite requête d'interventions deſdits Pierre Rochette & conſorts, du 16 dudit mois de février dernier: Arrêt du 23 du même mois & 2 mars enſuivant, par leſquels ſur ladite intervention les parties auroient été appointées à écrire & produire: Moyens d'interventions deſdits intervenans, contenant leurs concluſions, à ce que ledit Jean-Jacques Rochette fût déclaré non-recevable en ſon appel, & démis & débouté de ſes prétentions; fins & concluſions par lui priſes en l'inſtance, ce faiſant eux maintenus & gardés aux ſommes à eux données & conſtituées en leurs contrats de mariages, légats & droits de nature & légitimes paternels & maternels, ſans être troublés & inquiétés par les défendeurs, leſquels ſeroient en outre condamnés aux dépens: Réponſes dudit maître Jean-Jacques Rochette; ſa requête & celle dudit Marcellin Rochette employée pour réponſes & productions deſdits intervenans: Forcluſions de contredire par les défendeurs ſuivant ledit arrêt à contredire déclaré commun: Production nouvelle dudit Jean-Jacques Rochette: Requête dudit Marcellin Rochette audit nom, employée pour contredits: Autre requête employée pour ſalvations: Autre production nouvelle d'icelui Marcellin Rochette: Requête dudit Jean-Jacques Rochette employée pour contredits: Tout joint & conſidéré: Dit a été, que ladite cour ayant égard à ladite intervention, faiſant droit ſur les appellations reſpectivement interjettées de ladite ſentence arbitrale par leſdits Jean & Jean-Jacques Rochette, a mis & met leſdites appellations & ce dont a été appellé au néant, en ce que leſd. arbitres ont condamné ledit Jean à payer aud. Jean-Jacques Rochette ſon fils la ſomme de 300 l. faiſant moitié de ſix cent livres pour la légitime de ſa mere; & auſſi en ce qu'iceux arbitres ont condamné ledit Jean Rochette à payer les intérêts des cinq mille quatre cenr livres par lui reçûs de ladite de Soleizel, femme dudit Jean-Jacques Rochette, faiſant partie de dix mille livres, porté par ſon contrat de mariage du jour de la demande ſeulement: émendant quant à ce, ordonnons que ledit Rochette fils ſera payé de la ſomme de ſix cent livres, & intérêt d'icelle, du jour de ſon mariage, comme auſſi des intérêts de ladite ſomme de cinq mille quatre cent livres, à compter du jour de la ſéparation du pere & du fils en ſix cent vingt-cinq, & ce à raiſon du denier vingt; ladite ſentence au réſidu ſortiſſant effet: A reçu & reçoit ledit Jean-Jacques Rochette oppoſant à l'exécution dudit arrêt du 15 ſeptembre dernier, ce faiſant, a mis & met l'appellation de l'ordonnance du lieutenant d'Argental, & procès-verbal de l'eſtimation de ladite terre de Brigniere, & ce dont a été appellé, au néant; émendant ſur le tout, les parties hors de cours & de procès, ſans dépens entre leſdites parties: Prononcé le neuviéme jour de juin 1657: *Signé*, GUYET: Collationné.

Il y a eu depuis un autre arrêt, par lequel il a été dit, qu'il ſera inceſſamment procédé au calcul des intérêts devant le rapporteur du procès, & au partage des biens & liquidation des légitimes, telles que

BIU Cujas

que de droit, par-devant le lieutenant-général de Montbrison, & que jusqu'à ce surseoira l'exécution des intérêts des sommes adjugées.

Cet arrêt que nous ajoutons, est le même que l'arrêt que le sieur Ricard a rapporté en sa troisiéme partie, chap. 10, nomb. 1254, & il est tel en effet, qu'il en a donné l'espece (*a*).

Extrait des registres du parlement.

19 ENTRE Hyacinthe de l'Espinasse, écuyer, tant en son nom, que comme tuteur de ses freres & sœurs, tous enfans & héritiers par bénéfice d'inventaire du défunt Antoine Charles de l'Espinasse, vivant écuyer, sieur du Passage, ayant repris le procès, & procédant au lieu dudit défunt, appellant d'une sentence d'attestation des criées des biens d'icelui défunt du 28 mars 1653, rendue par le sénéchal d'Auvergne, ou son lieutenant à Riom, d'une part; & Blaise du Floquet, écuyer sieur de Chamiane, subrogé à la poursuite desdites criées, au lieu de maître Pierre Verneson, intimé, d'autre : Et entre damoiselle Catherine de Bernard, veuve dud. feu Antoine-Charles de l'Espinasse, sieur du Passage, opposante & demandereſse aux fins de distraction des criées des biens saisis sur ledit défunt du Passage, à la requête de maître Pierre Verneson, de la terre & seigneurie du Passage & du moulin d'Enval, suivant les criées d'opposition, & requête du 13 décembre 1653, & incidamment appellante des saisies & criées, & sentence d'attestation d'icelle, & de tout ce qui s'en est ensuivi, d'une part; & ledit maître Pierre Verneson, receveur des consignations en la sénéchaussée & siége présidial d'Auvergne, saisissant, poursuivant lesdites criées. Blaise du Floquet, écuyer, sieur de Chamiane, opposant auxdites criées, & Hyacinthe de l'Espinasse, tant en son nom, que comme tuteur de ses freres & sœurs, tous enfans & héritiers bénéficiaires dudit défunt, ayant repris lesdites appellations au lieu dudit défunt de l'Espinasse, défendeur, & ledit Verneson, intimé, d'autre part : Et entre dame Anne d'Allegre, dame de Chambrugerly, demandereſse en requête du 21 avril 1654, à fin d'être reçue partie intervenante en l'instance d'opposition, contre ladite damoiselle Catherine de Bernard, Hyacinthe de l'Espinasse, maître Pierre Verneson, & Blaise du Floquet, d'une part; & ladite damoiselle Catherine de Bernard, Hyacinthe de l'Espinasse, ès noms, & ledit maître Pierre Verneson, défendeurs, d'autre : Et entre Hyacinthe de l'Espinasse, écuyer, tant en son nom, que comme tuteur de ses freres & sœurs, tous enfans & héritiers par bénéfice d'inventaire de défunt Antoine-Charles de l'Espinasse, vivant écuyer, sieur du Passage, ayant repris le procès en procédant au lieu dudit défunt, appellant d'une sentence d'attestation de criées des biens d'icelui défunt, rendue par le sénéchal d'Auvergne le 28 mars 1653, d'une part; & Pierre Verneson, receveur des consignations de la sénéchaussée d'Auvergne à Riom, poursuivant les criées des biens saisis sur ledit défunt de l'Espinasse, intimé, d'autre : Et entre maître Antoine Mosnier, exempt du prévôt des maréchaux d'Auvergne, vivant & héritier de défunt maître Jean Mosnier, vivant marchand demeurant en la ville de Brioude en Auvergne, demandeur en requête présentée à la cour le 28 novembre dernier, d'une part; & damoiselle Catherine de Bernard, veuve d'Antoine Charlier de l'Espinasse, vivant écuyer, sieur du Passage, maître Pierre Verneson, receveur des consignations d'Auvergne, damoiselle Anne d'Allegre, & Blaise du Floquet, sieur de Chamiane, défendeurs, d'autre : Vû par la cour ladite sentence d'attestation des criées dont est appel, dudit jour 28 mars 1653, rendue par le lieutenant-général d'Auvergne à Riom, portant certification avoir été faite en l'audience par maître Jean Gaillard, syndic Villard, Armand, Vallon, Archon, Soaven, Milhange, Barry, Tournadre, Favré, Pati, & plusieurs autres procureurs assistans ès criées faites à la requête de maître Pierre Verneson, sur Antoine-Charles de l'Espinasse, écuyer, sieur du Passage, de Ceillous, & autres places desdites terres & seigneuries de Ceillous, du Passage, & autres terres, héritages & fonds spécifiés en la saisie réelle : Arrêt du quatorziéme avril 1654, par lequel, sur ledit appel interjetté par ledit Hyacinthe de l'Espinasse, esdits noms, les parties auroient été appointées au conseil, à bailler causes d'appel, réponse, & produire dans l'ordonnance : Requêtes desdites parties respectivement employées pour causes d'appel & réponses : Production dudit du Floquet : Requête dudit de l'Espinasse, employée pour production : Acte d'opposition formée au greffe de la cour, le 13 décembre 1653, par ladite damoiselle Catherine de Bernard, aux saisies & criées faites des biens dudit défunt sieur du Passage son mari, à la requête dudit maître Pierre Verneson, à ce que distraction soit faite à ladite damoiselle de Bernard, de ladite ferme, terres & seigneuries du Passage, moulin d'Enval, & métairie de la Bastille, la Braille, le Bouchu, les Combelles Veyrat, & les dîmes de Chambyrat, & de tous les autres héritages & droits, desquels ledit défunt sieur du Passage étoit possesseur, lors & au tems de la donation entre-vifs qu'il en a faite à ladite damoiselle de Bernard sa veuve, par contrat du 12 mars 1619, qui seront trouvés compris auxdites saisies & criées, avec restitution de fruits, & dépens : Comme aussi s'opposoit ladite damoiselle de Bernard, à ce que sur les deniers qui procéderoient de la vente des autres biens saisis & acquis par ledit défunt depuis ladite donation, ladite damoiselle de Bernard soit colloquée & mise en ordre par préférence à tous créanciers, & payée de ses deniers dotaux, conventions matrimoniales, douaire, & autres droits à elle constitués par son contrat de mariage avec ledit défunt de l'Espinasse, du 5 février 1624, & pour tous autres droits & actions à elle appartenans, & résultans dudit contrat de mariage : Requête du 15 décembre 1653, présentée à la cour par ladite Catherine de Bernard, à fin d'être reçûe partie intervenante au procès de criées des biens saisis sur ledit défunt sieur du Passage son mari, pendant en la cour, entre maître Pierre Verneson, saisissant, d'une part, & Hyacinthe de l'Espinasse, & ledit du Floquet, d'autre : Procès-verbal de saisie réelle, du 4 février 1644, faite à la requête dudit maître Pierre Verneson sur ledit défunt sieur du Passage, & maison-noble, & château de Ceillous, avec ses circonstances, appartenances & dépendances; plus, du moulin d'Enval; plus, de la métairie de la Farge, avec son domaine, & dépendance; plus, du lieu noble du Passage, avec ses appartenances; plus, du droit de dîme appartenant aud. sieur du Passage, situé dans le village de Chambeyrat, & de plusieurs autres droits & redevances

(1) L'auteur cite plusieurs fois dans cette question M. Ricard, part. 3, ch. premier. Je ne sçai si de son tems dans la premiere édition du livre de M. Ricard, cette citation étoit juste, mais dans la derniere édition elle n'est pas bonne, c'est dans la premiere partie, ch. 4, sect. 2, dist. 2.

BIU Cujas

dues au défunt ſieur du Paſſage, à cauſe de ſeſdites ſeigneuries & terres, leſdites criées faites en quatre quatorzaines ès paroiſſes eſquelles les choſes ſont ſituées, ladite ſentence d'atteſtation, & criées dont eſt appel, par ladite Catherine de Bernard, du 28 mars 1653 : Arrêt du 30 décembre 1653, par lequel ſur ledit appel, les parties auroient été appointées au conſeil à bailler cauſes d'appel & réponſes, & ladite Bernard moyens d'intervention & d'oppoſition, les défendeurs leurs réponſes, & ſur le tout écriroit & produiroit par-devers elle dans le tems de l'ordonnance : Cauſes d'oppoſition ſervant pareillement de cauſes d'appel, fournies par ladite damoiſelle Catherine de Bernard; pareilles concluſions que celles contenues en ſondit acte d'oppoſition : Requête deſdits du Floquet & Verneſon, employées pour réponſes : Production deſdites damoiſelles Catherine de Bernard, du Floquet & Verneſon : Contredits & requête employée pour contredits, ſuivant l'arrêt du 23 avril 1654, déclaré commun : Contredits dudit du Floquet : Salvations de ladite de Bernard, augmentation de contredits, & addition à iceux dudit Floquet par requêtes des 27 novembre & 9 décembre derniers : Requête de ladite de Bernard employée pour ſalvations contre icelles : Forcluſions de fournir de réponſes auxdites cauſes d'appel, & d'oppoſition de produire & contredire par ledit Hyacinthe de l'Eſpinaſſe, & de fournir de contredits par ledit Verneſon, ladite requête du 21 avril 1654, à ce que ladite Dallegre fût reçue partie intervenante en l'inſtance, à fin de diſtraire d'entre ladite de Bernard, & faiſant droit ſur l'oppoſition d'icelle Bernard, à fin de diſtraire par elle formée à la ſaiſie & criées des biens ſaiſis ſur ledit défunt de l'Eſpinaſſe ſon mari, dont elle ſeroit déboutée, ordonné qu'il ſeroit procédé & paſſé outre à la vente & adjudication par décret, des lieux contenus en ladite ſaiſie réelle, & attendu qu'il y avoit colluſion & intelligence entre les défendeurs, qu'il ſeroit dit que les criées ſeroient évoquées en la Cour, & ladite Dallegre ſubrogée au lieu & place dudit Verneſon ſaiſiſſant, lequel ſeroit tenu lui rendre toutes & chacunes les piéces concernant ladite ſaiſie & criées, en le rembourſant de ſes frais, à ce faire contraint : Arrêt du quatriéme mai 1654, par lequel après que de l'ordonnance de la cour, étant au bas de ladite requête, ladite Dallegre auroit été reçue partie intervenante au procès d'entre leſdites parties, la cour les auroit appointées à bailler cauſes & moyens d'intervention, réponſes & produire ce que bon leur ſembleroit par-devers elle dans trois jours : Requête de ladite Dallegre, par laquelle elle auroit employé pour tous moyens d'intervention ce qu'elle avoit dit par ſad. requête du 21 avril dernier : Requête de lad. de Bernard employée pour réponſe : Autre requête dudit Hyacinthe de l'Eſpinaſſe, employée pour écriture & production ſur ladite intervention : Production de lad. Dallegre & veuve de Bernard : Contredits de lad. Dallegre ſuivant le ſuſdit arrêt déclaré commun : Requête de ladite de Bernard, employée pour contredits & ſalvations par elle fournis : Forcluſions de fournir de réponſes auxdits moyens d'intervention, produire & contredire par ledit Verneſon, & de fournir de contredits par ledit Hyacinthe de l'Eſpinaſſe, & par ledit du Floquet : Arrêt du 30 juillet 1654, par lequel ſur l'appel interjetté par ledit Hyacinthe de l'Eſpinaſſe, audit nom, de ladite ſentence d'atteſtation des criées, du 28 mars 1653, les parties auroient été appointées au conſeil : Requête dudit de l'Eſpinaſſe, du 4 août 1654, employée pour cauſes d'appel, concernant ſes offres de payer ce qui ſe trouvera légitimement dû audit Verneſon, en précomptant ce qu'il peut avoir reçû, tant en deniers, que héritages, ſur & en vertu deſdits contrats, ceſſions & déclarations qui lui ont été faites & miſes ès mains par ledit défunt ſieur du Paſſage, pour l'aſſurance de l'offre par lui paſſée à ſon profit, & ce en offices & héritages de ladite ſucceſſion, ſuivant l'eſtimation qui en ſeroit faite amiablement entre les parties, ou par experts qui ſeroient nommés par tel juge qu'il plairoit à la cour de commettre; & en conſéquence, juſques à ce, qu'il ſeroit ſurcis à l'interpoſition du décret, vente & adjudication des biens & héritages qui ſeroient adjugés à la ſucceſſion du défunt ſieur du Paſſage par l'arrêt qui interviendroit entre les parties & ladite de Bernard ſa veuve : Requête dudit Verneſon, employée pour réponſes : Productions des parties : Ladite requête d'intervention dudit François Moſnier, dudit jour 28 novembre dernier : Arrêt du 2 décembre dernier, par lequel après que l'ordonnance, étant au bas de ladite requête, ledit Moſnier auroit été reçu partie intervenante en l'inſtance d'entre les parties, la cour les auroit appointés à bailler cauſes & moyens d'intervention, réponſes & produire le tout dans le jour, attendu l'état du procès : Requête dudit Moſnier du 5 dudit mois de décembre, employée pour moyens d'intervention & production, contenant ſes concluſions, à ce que ſans avoir égard à ladite prétendue donation, ladite de Bernard ſoit condamnée lui payer la ſomme de 1650 livres 19 ſols, les intérêts & dépens : Requêtes deſdites Catherine de Bernard & du Floquet par eux reſpectivement employée pour réponſes & productions ſur ladite intervention : Forcluſions de fournir de réponſes, & de produire ſur ladite intervention par leſdits Verneſon & Dallegre : Arrêt du 23 novembre dernier, par lequel la cour auroit joint l'incident de requête du 19 mai 1654, préſentée par ledit Hyacinthe de l'Eſpinaſſe, audit nom, contre leſdits de Verneſon, Dallegre, & ledit du Floquet, au procès pendant en icelle entre leſdites parties, pour en jugeant y être fait droit ainſi qu'il appartiendroit, dépens réſervés : Acte de repriſe faite au greffe de la cour le 28 avril 1654, par ledit Hyacinthe de l'Eſpinaſſe, écuyer, ſieur du Paſſage, tant en ſon nom, que comme tuteur de Marie, Marguerite, Anne, Jean, Jeanne, & Catherine de l'Eſpinaſſe, ſes freres & ſœurs, tous héritiers par bénéfice d'inventaire, dudit défunt Antoine-Charles de l'Eſpinaſſe, vivant écuyer, ſieur du Paſſage, & de damoiſelle Catherine de Bernard, leur pere & mere, des appellations par ledit défunt, interjettées de la ſaiſie & criées de la terre & ſeigneurie du Paſſage, Ceillous, & autres biens, ſur lui faites, à la requête dudit Verneſon, & autres oppoſans auxdites criées : Production nouvelle dudit du Floquet : Requête de ladite de Bernard, employée pour contredits contre icelle : Autre requête dudit du Floquet, employée pour ſalvations : Le tout joint & conſidéré : Dit a été, que ladite cour faiſant droit ſur le tout, a mis & met les appellations au néant : Ordonne que ce dont a été appellé ſortira effet; & en conſéquence, ſans avoir égard à ladite oppoſition à fin de diſtraire de ladite de Bernard, ſera paſſé outre à la vente & adjudication par décret des choſes ſaiſies, à la pourſuite & diligence du pourſuivant criées; ce qu'il ſera tenu de faire dans ſix mois, autrement ſera fait droit ſur la ſubrogation requiſe par ladite Dal-

BIU Cujas

legre; condamne lesdits appellans & opposans aux dépens des causes d'appel, & oppositions, & en une amende ordinaire de douze livres tournois envers le roi, lesquels ledit poursuivant pourra employer en frais extraordinaires des criées : Prononcé le 23 décembre 1654. Signé, GUYET.

OBSERVATIONS.

Si la donation des biens présens & à venir, peut être divisée.

L'AUTEUR dans cette question établit, que la donation des biens présens & à venir peut être divisée, ensorte que le donataire a la liberté de se tenir aux biens présens, & d'abandonner les biens à venir, afin de se décharger des dettes contractées par le donateur depuis la donation. Il propose une formule pour le faire plus sûrement, en apposant deux clauses séparées, l'une des biens présens, & l'autre des biens à venir. Il réfute solidement M. Brodeau sur M. Louet, let. D, chap. 69, & M. Ricard, des donat. part. 1, chap. 4, sect. 2, dist. 2, nomb. 1020 & suivans, qui disent, qu'une semblable donation ne peut point être divisée. M. du Plessis, *des donat.* page 558 est aussi contre la division.

L'opinion de notre auteur est conforme à la jurisprud. des parlemens du droit écrit, 20
rapportée par M. Maynard, liv. 2, ch. 93 & par M. Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 5, ch. 1. M. Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 23, dit que le donataire de tous les biens présens & à venir, peut opter de prendre sa donation, ou du tems même de la donation, ou du tems du décès du donateur; & s'il opte le tems de la donation, il n'a point de part aux acquisitions faites postérieurement, & ne contribue pas aux dettes contractées depuis.

A présent cela se juge de la sorte au parlement de Paris; la question a été ainsi jugée 21
dans un procès où j'avois écrit pour M. du Lieu, maître des comptes, contre le sieur de la Salle, pour une donation faite en pays de droit écrit. M. Macé qui est très-habile, avoit écrit pour le sieur de la Salle, qui gagna son procès; j'avois soutenu qu'un donataire entre-vifs des biens présens & à venir, n'étoit point tenu de contribuer aux dettes créées depuis la donation; pour cet effet j'avois fait une petite dissertation que le lecteur me permettra de rapporter ici, je croyois y joindre l'arrêt, mais il s'est égaré, je crois qu'il est de l'an 1702, il a été rendu en la deuxiéme chambre des enquêtes, au rapport de M. Chassepot de Beaumont, très-digne magistrat.

Dissertation sur la question, si dans les pays du droit écrit, les donateurs des biens présens & à venir, sont tenus de payer les dettes contractées depuis la donation, & les legs faits par le testament du donateur.

CETTE proposition dans les pays de droit écrit est plutôt un paradoxe, qu'une vé- 22
ritable question; cependant comme dans ce siécle la connoissance du droit civil n'est pas familiere à tout le monde, il faut examiner ces deux questions en peu de mots.

A l'égard de la premiere, il faut distinguer entre l'ancien droit & le nouveau. Dans 23
l'ancien droit, pour la validité d'une donation, la tradition de la chose étoit requise, & par conséquent la donation des biens à venir n'étoit pas valable, parce qu'une semblable donation n'est pas susceptible de tradition.

Par le nouveau droit, la nécessité de la tradition ayant été ôtée, & les donations entre-vifs pouvant recevoir leur perfection par la simple stipulation, & par le seul consentement des parties, il est certain que la donation des biens présens & à venir est valable, quand même elle seroit de la totalité des biens. C'est la disposition précise de la loi, *si quis* 35, § 4, *cod. de donat.* qui parle en ces termes: *sed & si quis universitatis faciat donationem, sive bessis, sive dimidiæ partis suæ substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantæcumque, vel etiam totius, si non de inofficiosis donationibus in hoc reclamaverit, coarctari donatorem legis nostræ autoritate tantum quantum donavit, præstare.* On ne peut pas douter que cette loi ne comprenne aussi-bien les biens à venir, que les présens, puisqu'elle parle de l'universalité de tous les biens, *si quis universitatis faciat donationem :* Mais pour persuader les plus incrédules, il faut rapporter les paroles de M. Cujas, dans son commentaire sur cette loi : *Si quis quærat; an etiam valeat donatio futurorum bonorum, hoc est, an omnino valeat donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum; dicam, si donatio perficitur nudo consensu, vel stipulatione, ut voluit Justinianus in hac lege, procul dubio etiam futurorum bonorum donatio valet : sicut pignus nudo consensu constituitur omnium bonorum præsentium & futurorum.* A la fin il dit que ceux qui croyent que la donation des biens présens & à venir, n'est pas une véritable donation entre-vifs, se trompent lourdement.

BIU Cujas

M. Cambolas, dans ſes déciſions notables du droit, liv. 5, chap. 35, ſoutient l'opinion de Cujas, & fait voir que l'on ne peut pas prendre un autre parti ſans tomber dans l'erreur.

Enfin cette maxime eſt ſi conſtante dans les pays de droit écrit, que même M. Ricard, qui ſoutient fortement l'opinion contraire pour les pays de coutume, eſt obligé de convenir, que dans les pays qui ſuivent le droit écrit, les donations des biens à venir ſont de véritables donations entre-vifs. Voici quels ſont ſes termes: (1) *Les docteurs ſont d'avis dans l'état de la derniere juriſprudence, en laquelle Juſtinien a voulu que les donations entre-vifs puiſſent être rendues parfaites en vertu de la ſeule ſtipulation, & ſans que la tradition intervienne, que les biens à venir peuvent être donnés entr-vifs, auſſi-bien que les préſens; parce que les ſtipulations peuvent être faites non-ſeulement des choſes préſentes, mais auſſi de ce qui concerne l'avenir.*

Ce principe ainſi établi, il faut conclure par une conſéquence invincible, que le donataire des biens préſens & à venir, n'eſt pas tenu des dettes contractées depuis la donation; parce que le véritable caractere de la donation entre-vifs, eſt de dépouiller le donateur de la propriété des choſes données, & par conſéquent il ne peut pas, après qu'il n'eſt plus maître de la choſe, impoſer deſſus des charges & des dettes. En un mot, en droit il n'y a point de différence à faire entre la donation des biens préſens & à venir, & celle des biens préſens ſeulement: or il eſt conſtant que le donateur des biens préſens, n'eſt pas tenu des dettes créées depuis la donation.

Seconde queſtion.

24 Cette queſtion ne mérite pas d'être propoſée: car c'eſt un principe certain, que les legs ſont une dette de la ſucceſſion qui ſe prend ſur les biens que le teſtateur laiſſe en mourant, & dont il meurt ſaiſi & revêtu: or, ſuivant le principe ci-deſſus établi, la donation des biens préſens & à venir, étant une véritable donation entre-vifs qui déſaiſit le donateur dès le moment qu'elle eſt faite, les legs ne peuvent pas être pris ſur les biens ainſi donnés, qui ne ſont plus *in bonis* du donateur lors de ſon décès.

Cette maxime eſt ſi véritable, que même les auteurs des pays coutumiers tiennent, que les donataires des biens préſens & à venir, ne ſont obligés de payer les legs, que dans le cas que la donation eſt univerſelle, & que par une clauſe expreſſe le donateur a chargé le donataire d'accomplir ſon teſtament: Et encore dans ce cas les arrêts y ont apporté pluſieurs limitations. Les anciens arrêts jugeoient que la clauſe étoit valable, mais que les diſpoſitions du teſtament devoient être réduites, *arbitrio boni viri.* Les arrêts intermédiaires ont réduit les legs aux legs pieux modiques. Enfin les derniers arrêts ont ſeulement chargé le donataire des frais funéraires, *ſcilicet*, quand la donation eſt univerſelle, & qu'elle contient la clauſe expreſſe d'accomplir le teſtament du donateur: les arrêts qui ont établi cette juriſprudence, ſont rapportés par M. Auzanet, ſur l'art. 273 de la coutume de Paris, & par M. Ricard, en l'endroit ci-deſſus cité, nomb. 1035.

25 *Si un donateur de la moitié de tous ſes biens préſens & à venir, peut diſpoſer des effets d'une ſucceſſion à lui échue depuis la donation.*

J'ai été conſulté depuis peu ſur une queſtion, dont voici l'eſpéce. Jean-Michel & Clau-
26 dine Verrier de May ſa femme, par le contrat de mariage de Pierre-Michel leur fils aîné, avec Marie-Antoinette Barri de Bayet, lui firent donation de la moitié de tous leurs biens préſens & à venir, en quoi qu'ils puſſent conſiſter, à condition de ſupporter la moitié de leurs dettes créées juſqu'au jour de la donation. Quelque tems après ce mariage, un oncle de Claudine Verrier meurt à Rouen, où il étoit demeurant; elle envoye une procuration à François-Michel, ſon ſecond fils, qui étoit à Paris, pour ſe tranſporter à Rouen & traiter de cette ſucceſſion. Par le traité fait avec la veuve du défunt, la part de ladite Verrier dans la ſucceſſion de ſon oncle eſt liquidée à 6600 livres. La veuve de Pierre-Michel donataire, en qualité de ſon héritiere fidéicommiſe & tutrice de leurs enfans, demande la moitié de cette ſomme, en vertu de la donation faite à ſon mari de la moitié de tous les biens préſens & à venir; la donatrice s'en défend, ſous prétexte que la donation des biens à venir doit être conſidérée comme une donation à cauſe de mort, qui ne lui ôte pas la liberté de diſpoſer & de jouir pendant ſa vie, des biens échûs depuis la donation. L'affaire portée en la conſervation de Lyon, ſur la demande de la veuve du donateur, l'on a mis quant à préſent les parties hors de cour; ſur quoi ayant été conſulté, j'ai répondu que la ſentence n'étoit pas juridique; car par ſa forme de prononcer, elle juge que la donation de la moitié des biens à venir eſt à cauſe de mort, dont la donatrice a droit de jouir & même de diſpoſer.

(1) Traité des donations, part. 1, chap. 4, ſect. 2, diſtinction 2, nomb. 977.

BIU Cujas

Suivant la loi, *ſi quis argentum* 35, § 4 & 5, la donation entre-vifs eſt parfaite par la ſeule convention des parties; cela étant, il eſt certain que l'on peut faire entre-vifs une donation de biens préſens & à venir. C'eſt le ſentiment de M. Cujas, dans ſon commentaire ſur cette loi vers la fin, *ſi donatio perficitur nudo conſenſu, vel ſtipulatione, ut voluit Juſtinianus hac lege, procul dubio etiam futurorum bonorum donatio valet, ſicut pignus nudo conſenſu conſtituitur omnium bonorum præſentium & futurorum.* Si une ſemblable dotion eſt entre vifs, il eſt certain que le donateur ne peut point diſpoſer des biens à lui échus depuis la donation; il faut ajouter que la donation étant faite par un contrat de mariage, elle eſt encore plus irrévocable, & le donateur ne doit point avoir la liberté d'y donner atteinte en aucune maniere.

L'arrêt rapporté ici par l'auteur a jugé, que la clauſe à condition de payer & ſupporter les charges telles que de droit, comprend les légitimes, contre ce qu'il a décidé dans la queſtion 91 de ce livre 4, il en rend la raiſon, le lecteur prendra la peine, s'il lui plaît, de voir les obſervations que j'ai faites ſur cette queſtion 91.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

LA propoſition que j'ai avancée dans ma premiere obſervation, que le donataire univerſel de tous biens préſens & à venir, n'eſt pas ſujet au payement des dettes contractées pas le donateur depuis la donation, a été regardée au palais comme un paradoxe. Pour ma juſtification, je crois être obligé de déclarer, que je n'ai entendu parler que des pays du droit écrit; car à l'égard des pays de coutume, ſur-tout dans celle de Paris, il ne peut pas y avoir de difficulté: puiſque l'article 334 le dit expreſſément, *& quand ils ſuccedent les uns aux meubles, acquêts & conquêts, les autres aux propres, ou qu'ils ſont donataires ou légataires univerſels, ils ſont tenus entr'eux contribuer au payement des dettes, chaque pour elle part & portion qu'ils en amendent.* Quoique cet article ne doive s'entendre que des donataires à cauſe de mort, puiſqu'il ſe ſert du mot *ſuccedent*, néanmoins il a été étendu aux donataires entre-vifs univerſels; il a auſſi été étendu aux autres coutumes qui n'ont point de diſpoſition contraire, ſuivant un arrêt du 24 mars 1601, remarqué par M. Ricard, ſur cet article.

Enfin en pays coutumier, c'eſt une maxime certaine, que les donataires entre-vifs de tous biens préſens & à venir, ſont ſujets au payement des dettes, ainſi que l'établit M. du Pleſſis, dans ſon traité des donations, pag. 557 & 558. Il ajoute que, quoique dans cette eſpece de donation le donateur puiſſe affoiblir le don par des dettes, néanmoins il ne peut pas le diminuer par d'autres donations, ni par des legs.

Au parlement de Toulouſe, le donataire a la faculté de ſe décharger du payement des dettes, en renonçant à la donation des biens à venir, & ſe tenant à la donation des biens préſens. Quand il accepte la donation des biens à venir, il eſt à la vérité tenu de payer les dettes juſqu'à concurrence de l'émolument: mais il n'eſt pas tenu de payer les légitimes des enfans, ni les legs, ni même les frais funéraires, qui ſont à la charge de l'héritier, ſuivant les arrêts remarqués par M. Cambolas, liv. 2, ch. 9, & M. Albert, ſur le mot *donation*, art. 5.

Au parlement de Paris, la donation des biens à venir ne paſſe point pour une donation irrévocable; en ſorte que ſi le donataire prédécede, la donation eſt cenſée révoquée, même par rapport aux pays de droit écrit de ſon reſſort. Cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu en la grand'chambre, au rapport de M. de la Porte, le 16 juin 1716, entre des parties de la ville de Lyon.

Ce parlement a rendu un arrêt le 3 février 1713, en forme de réglement, qui a été publié à l'audience du parc civil du châtelet, qui déclare nulles les donations entre-vifs de tous les biens qui appartiendront au donateur au jour de ſon décès.

Depuis il eſt intervenu pluſieurs arrêt conformes à l'avis de notre auteur, que la donation des biens préſens & à venir peut être diviſée.

Dans ma premiere obſervation, j'ai ſoutenu que la donation de tous les biens préſens & à venir eſt valable, ſuivant le ſentiment de M. Cujas; il faut pourtant avouer, que cette queſtion partage les docteurs, ainſi rapportés par le cardinal Mantica, dans ſon traité *de tacitis & ambiguis convent.* tom. 2, tit. 34 & ſuivans. *Julius Clarus*, § *donatio*, *quæſt.* 19 & 20. Fachin, *controverſ. Juris*, liv. 6, ch. 87 *& ſeq.*

BIU Cujas

DES PENSIONS VIAGERES,
De combien de tems ſe peuvent demander les arrérages.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-QUATRIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Récit du fait qui donne lieu à la queſtion.*
2. *Sentence du ſénéchal de Bourbonnois, qui condamne à payer dix années d'arrérages de la penſion ſeulement.*
3. *Griefs du tuteur du débiteur.*
4. *Réponſes par l'auteur à ces griefs.*
5. *Avis de l'auteur, que la ſentence qui a réduit les arrérages de la penſion à dix ans, & l'arrêt qui l'a confirmé, ſont fondés ſur la coutume de Bourbonnois, qui réduit les arrérages du cens à dix ans.*
6. *Arrêt du 7 ſeptembre 1657, qui confirme la ſentence.*
7. *La maxime générale eſt que l'on peut demander vingt-neuf années d'arrérages des penſions viageres, & que la preſcription ne commence que du jour de l'échéance de chaque terme.*
8. *Les arrérages des penſions viageres paſſent aux héritiers.*

QUESTION CLXXXIV.

De quel tems ſe peuvent demander les penſions viageres.

1 DAME Diane de Coligny, de l'illuſtre maiſon de Coligny en Bourbonnois, à préſent prieure du monaſtere de ſaint Thomas-les-Nonnains-lès-Montbriſon, ayant été miſe en religion par ſon pere à Cuſſet, il lui conſtitua une penſion annuelle & viagere de cent livres dès-lors qu'elle auroit pris l'habit noir, & juſqu'à ce, de ſoixante livres, de laquelle elle fut payée quelques années : mais depuis ayant été pourvue du prieuré de ſaint Thomas, & par ce moyen éloignée; & d'ailleurs la mort du pere, & encore de ſon frere aîné ayant cauſé du changement dans la famille, ladite penſion eſt demeurée en arriere, & tombée en arrérages de plus de vingt-cinq ans.

En ayant été fait demande devant le ſénéchal de Bourbonnois, le tuteur a voulu débattre la dette au défaut de juſtifier du contrat de réception en religion, & par lequel la penſion avoit été conſtituée : mais ladite dame en ayant rapporté des actes qui équipolloient, ſçavoir le livre journal du pere, & ſon teſtament, & encore quelques quittances; on a paſſé plus avant, & oppoſé deux exceptions.

L'une que lad. penſion devoit être cenſée éteinte & finie depuis le tems que ladite dame avoit été pourvue du prieuré : qu'ayant un revenu ſuffiſant, elle ne pouvoit plus prétendre la même penſion, & qu'il falloit préſumer qu'elle ne lui avoit été conſtituée que dans cette attente, & juſqu'à ce qu'elle auroit quelque bénéfice. Que c'eſt en effet la regle qui s'obſerve pour les chevaliers de Malte, auxquels on ne donne point de penſion qu'en attendant qu'ils puiſſent obtenir une commanderie.

L'autre exception eſt, qu'à toute rigueur ladite dame ne pouvoit prétendre les arrérages de la penſion que des cinq dernieres années, & que pour les précédentes, il falloit préſumer, ou qu'elles avoient été payées, ou que ladite dame, pour n'en avoir pas beſoin, avoit entendu les quitte aux héritiers de ſon frere.

Le ſénéchal de Bourbonnois par ſa ſentence du 10 juin 1655, ayant condamné le tuteur à payer & continuer la penſion pour l'avenir, & à payer les arrérages d'icelle de dix ans, il en a appellé à la cour, & ladite dame ſe croyant grévée en la réduction des arrérages, en auroit auſſi appellé de ſa part. 2

Le tuteur par ſes griefs n'a point débattu que la penſion n'ait été conſtituée, mais il a ſoutenu qu'elle n'étoit obligatoire ni pour le paſſé ni pour l'avenir; par conſéquent qu'il avoit été mal jugé de l'avoir condamné à payer les arrérages de dix ans, & à continuer pour l'avenir. Il alléguoit à ce ſujet la loi 8. *C. de tranſact.* & la loi 11, *ff. de alimentis & cibariis legat.* & de plus, l'article 15 du titre des preſcriptions de la coutume de Bourbonnois. Et enfin le tuteur oppoſoit, que comme elle s'en étoit paſſée, c'étoit une conſéqu'ence qu'elle s'en pouvoit paſſer, & en devoit être excluſe. 3

En répondant à ces griefs pour ladite dame de Coligny, nous ſoutînmes qu'il y avoit lieu de s'étonner que l'appellant citât des textes qui le condamnoient; car s'il eſt dit en la loi 8. *C. de tranſact.* que *de alimentis præteritis tranſigi poteſt*, c'eſt une conſéquence qu'ils ſont dûs, & peuvent être demandés; parce qu'on ne compoſe pas de choſe qui ne ſoit dûe, & la tranſaction ſuppoſe, que ſi l'on en quitte une partie, on en tire l'autre. Enfin cette loi ſeroit inutile, ſi les alimens ne tomboient en arrérages, & ce ſeroit en vain qu'on en tranſigeroit; outre qu'à bien prendre le ſens de la loi, il eſt aiſé de juger que l'empereur a voulu dire, que comme les alimens ſont favorables & néceſſaires, on ne peut en tranſiger pour l'avenir, c'eſt-à-dire, les quitter; mais qu'on en peut bien compoſer pour le paſſé, n'y ayant plus autant de néceſſité. 4

Quant à la loi onziéme, *ff. de alim. & cibar. legatis*, nous dîmes que bien loin qu'elle fît pour l'appellant, au contraire elle établiſſoit ſa condamnation, puiſque le juriſconſulte décide en icelle, qu'encore que celui auquel les alimens avoient été légués, eût été condamné *in metallum, rectè præcedentium annorum cœperat alimenta, & ſequentium deberi*, ayant été rétabli par le Prince.

BIU Cujas

Que si le conseil de l'appellant avoit voulu prendre la peine de suivre les loix du même titre, il y en auroit trouvé qui autorisent assez ouvertement les alimens du passé, en particulier la loi 10 en laquelle il est dit qu'à l'affranchi *præteriti quoque temporis alimenta reddenda sunt*, comme encore en la loi 18, § 1, où le jurisconsulte décide pareillement, que la mere & son héritiere ayant été en demeure de fournir les alimens, *tam præteriti temporis quam futuri, id quod cibariorum nomine & vestiarii relictum est, peti posse.*

Que si cela a lieu pour de simples alimens, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'une pension viagere, d'une pension réglée & limitée, à laquelle un pere s'est obligé pendant la vie de sa fille, parce que ni lui ni son héritier ne s'en peut dispenser, l'obligation subsistant tant que sa fille est en vie, *ita ut singulis annis nova nascatur actio.*

Au reste, nous soutînmes qu'il étoit ridicule d'opposer, que comme ladite dame a pû s'en passer, elle en devoit être exclusе; car outre que les textes cottés rejettent cette considération, il n'est pas raisonnable que qui doit des alimens ou une pension viagere se prévale de sa demeure, & que sa mauvaise foi lui soit profitable : outre qu'il se peut faire que celui à qui les alimens sont dûs ait eu recours aux emprunts pour s'entretenir; & s'il a été dans la souffrance & dans l'incommodité, n'est-il pas juste qu'il en soit récompensé?

Enfin, contre l'article 15 de la coutume de Bourbonnois, nous soutînmes qu'il ne se pouvoit appliquer au sujet du procès; & s'il dit que l'action pour nourriture se prescrit après l'an; s'il décide par-là que celui qui a fourni la nourriture la doit demander dans l'année, il ne s'ensuit pas que celui auquel les alimens sont dûs ne les puisse pas demander après ce tems-là; que cette conséquence étoit mal tirée n'y ayant pas identité de raison, lors même qu'il s'agit d'une pension viagere & réglée, qu'on ne paye pas sans en tirer de quittance.

Et parce qu'on ajoutoit que ladite dame se devoit imputer à faute une si longue attente, on répondit ce qu'elle avoit déja dit devant le premier juge, sçavoir qu'elle n'avoit pas manqué de demander souvent sa pension, & d'en écrire plusieurs missives : qu'étant éloignée & dans une autre province, elle n'avoit pû mieux faire, ni recourir plutôt aux voies de justice, ayant à démêler ce différend avec des personnes si puissantes.

Qu'au reste on lui objectoit en vain son prieuré : car outre qu'il ne peut être que du revenu de quinze cent livres, & qu'il lui faut entretenir six ou sept religieuses, un prêtre & des domestiques, faire des réparations, & soutenir les procès, il suffit que sa pension lui ait été assignée indéfiniment & sans limitation; bref, que n'ayant pas été jusqu'à l'obtention d'un bénéfice, la pension doit être perpétuelle. Que c'est en effet la disposition du droit en la loi *mela, ff. de alimentis legatis*, où le jurisconsulte décide que les alimens sont dûs, *donec testator voluit;* ou s'il ne s'en est pas bien expliqué, *si non patet quod voluerit, per totum vitæ tempus deberi;* ce que aussi dénote la dénomination d'une pension viagere.

Par arrêt du 7 septembre 1667, que nous espérons joindre, les appellations mises au néant, la sentence a été confirmée; surquoi le lecteur pourra s'étonner que les arrérages étant dûs & demandés de plus de vingt-cinq ans, la réduction en a été faite à dix ans, & que la cour retranche bien souvent des arrérages & des intérêts par de justes considérations, & lorsqu'il y a de l'excès.

Mais nous croyons que le véritable motif est tiré de la coutume de Bourbonnois, laquelle en l'article 17 établit les arrérages de cens par dix ans, & ceux de la taille aux quatre cas, par semblable laps & espace de tems en l'article 30. Et il faut croire que c'est sur cela que le premier juge s'est fondé, & la cour pareillement; de sorte qu'ailleurs les arrérages d'une pension viagere se pourroient demander de plus long-tems; & néanmoins à l'arbitrage du juge, selon les circonstances & considérations qui le peuvent porter à étendre ou réduire la condamnation. 5

Extrait des registres du parlement.

Comme de la sentence donnée par notre sénéchal de Bourbonnois, ou son lieutenant à Moulins le 10 juin 1655, entre Diane de Coligny, prieure de saint Thomas-les-Nonnains, demanderesse, d'une part : Et Jean, comte de Coligny Salligny, tuteur des mineurs de Gaspard de Coligny son frere, défendeur, d'autre; par laquelle la pension de ladite de Coligny auroit été déclarée pour la somme de cent livres chacun an, suffisamment établie; subordinément ledit Salligny condamné en ladite qualité payer à ladite de Coligny dix années de ladite pension échûes avant la demande, icelle échûe depuis, & qui écherront à l'avenir : condamné en outre ledit Salligny envers ladite de Coligny ès dépens : Eut été appellé à notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit, conclu & reçû pour juger entre ledit Salligny, appellant, d'une part : ladite de Coligny appellante, en ce que par ladite sentence ne lui auroit été adjugé que dix années de ladite pension viagere de cent livres par an, au lieu de vingt-neuf années dont elle auroit fait demande, d'une part : & ledit Salligny audit nom intimé, d'autre : Joint les griefs hors le procès, prétendus moyens de nullité, & productions nouvelles desdits appellans, auxquels les intimés pourroient répondre, & contre lesdites productions nouvelles bailler contredits, aux dépens desdits appellans : Icelui procès vû, griefs dudit Salligny, réponses : Forclusion de fournir par ledit Salligny, moyens de nullité, & produire de nouvel : Requête de ladite de Coligny, employée pour griefs, moyens de nullité, & production nouvelle : Requête dudit Salligny, employée pour réponses : Arrêt du 30 août 1657, entre ledit Salligny, audit nom, demandeur en requête du 21 dudit mois, tendante à ce qu'il lui fût donné délai d'un mois, pour faire interroger ladite de Coligny sur faits & articles résultans du procès : Et pour faire recherche de la transaction & contrat y mentionné, qu'à cette fin commission lui fût délivrée adressante audit juge; & en cas de déni, permis vérifier par témoins, & obtenir monitoire, d'une part; & ladite de Coligny, défendereſſe, d'autre, par lequel ladite requête & faits auroient été joints au procès : Tout diligemment examiné : NOTREDITE COUR, par son jugement & arrêt, sans s'arrêter à ladite requête, a mis & met les appellations respectivement interjettées au néant; ordonné que la sentence de laquelle a été appellé, sortira son effet; condamné lesdits appellans en l'amende de douze livres, sans dépens de cause d'appel; la taxe des adjugés par-devers notredite cour réservée : Prononcé le sept septembre mil six cent cinquante-sept. *Signé*, DU TILLET : Collationné. 6

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

DANS cette queſtion, l'auteur examine, de combien d'années l'on peut demander les arrérages des penſions viageres. Il ſoutient que l'on peut en demander trente ans; cependant il rapporte un arrêt du 7 ſeptembre 1657, qui a réduit à dix ans, les arrérages d'une penſion conſtituée à une fille par ſon pere lors de ſa profeſſion en religion: mais il remarque avec raiſon, que cet arrêt ne peut pas être tiré à conſéquence, parce qu'il a été rendu dans la coutume de Bourbonnois, qui réduit toute ſorte d'arrérages à dix ans, même ceux du cens.

7 Il faut donc tenir pour maxime générale, que les arrérages des penſions viageres peuvent être demandées de vingt-neuf ans & la courante. Mais il y a plus, la preſcription ne commence à courir que du jour de l'échéance de chaque année ou de chaque quartier; il y a autant de preſcription que de quartier, *tempora memoratarum præſcriptionum non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cujuſque anni, vel menſis, vel alterius ſingularis temporis, computari manifeſtum*, dit Juſtinien, dans la loi *cum notiſſimi*, § 6, *de præſcr.* 30, *vel.* 40, *ann.*

8 Sçavoir s'il en éſt de même des arrérages des rentes foncieres ou conſtituées, j'en ai parlé ſur la queſt. 92 de ce liv. 4.

Les arrérages des penſions viageres paſſent aux héritiers, ſuivant la loi 8, *de ann. leg.* & ſuivant la juriſprudence des arrêts rapportés par M. Bouguier, lett. L, ch. 1.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

J'AVOIS crû l'arrêt rapporté par l'auteur ſolitaire, & intervenu ſur la diſpoſition particuliere de la coutume de Bourbonnois; mais depuis, j'ai trouvé dans Soëfve, cent. 4, chap. 15, un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre ſuivant les concluſions de M. Bignon, avocat général, ſur la plaidoirie de trois célébres avocats, le 5 mai 1668, qui a jugé la même choſe dans la coutume de Bretagne, où le teſtament contenant les legs de la penſion de 1200 livres par an avoit été paſſé; il en étoit dû vingt-cinq années, cependant l'arrêt n'en adjugea que dix; ainſi voilà deux arrêts conformes.

DES INTÉRÊTS D'INTÉRÊTS.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-CINQUIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *M. Lepreſtre a traité la queſtion, mais il ne l'a pas bien éclaircie.*
2. *En France, l'intérêt d'intérêts n'a lieu qu'en deux cas, en faveur des mineurs, & des fidejuſſeurs.*
3. *Le tuteur ne doit l'intérêt des intérêts, que quand il y a une ſomme conſiderable entre les mineurs, & ces intérêts n'en peuvent pas produire d'autres à l'infini.*
4. *La maxime a ſon fondement ſur l'ordonnance, qui veut que les deniers des mineurs ſoient employés.*
5. *Arrêt du 10 mai 1625, qui condamne un tuteur à ſe charger des intérêts d'intérêts, ſix mois après qu'il ſe trouvera avoir eu en ſes mains une ſomme de deux mille livres.*
6. *Le droit ne donne ſix mois que pour la premiere année de tutelle, & deux mois pour les autres; le parlement donne toujours ſix mois.*
7. *Limitation, quand il n'y a point de changement de débiteur.*
8. *La diſtinction de ſix mois & deux mois, eſt ſuivie dans les parlemens de droit écrit, & au parlement de Paris en deux cas.*
9. *A préſent, c'eſt une maxime dans tous les tribunaux, que les tuteurs doivent les intérêts d'intérêts, quand ils ont entre leurs mains une ſomme aſſez conſiderable pour mériter un emploi, ſuivant la qualité & les biens du mineur.*
10. *Exception pour le parlement de Bretagne, où le tuteur ne paye point l'intérêt des intérêts.*

QUESTION

BIU Cujas

QUESTION CLXXXV.

Si l'intérêt des intérêts peut être dû.

1 MOnsieur Lepreſtre, au chapitre 26, de la ſeconde centurie, a traité *an uſuræ uſurarum poſſint exigi*, & quoiqu'il en ait donné aſſez d'intelligence, il nous ſemble pourtant qu'il y échet un plus grand éclairciſſement.

2 Il remarque, que comme parmis nous on n'a jamais approuvé l'intérêt del'intérêt, non pas même pour les rentes conſtituées: cet anatociſme, ou comme l'appelle Ciceron, *fœneris renovatio*, ne peut avoir lieu que contre les tuteurs en faveur des mineurs, ou contre le débiteur principal en faveur du fidéjuſſeur. Et l'on peut dire, que ce n'eſt pas tant intérêt d'intérêt, que l'intérêt d'un nouveau principal; & que ſi le tuteur doit faire profiter les intérêts, c'eſt parce que ces intérêts ſont un principal, *quod omnis pecuniæ quæ ad tutores tranſit par ſit cauſa, & omnis ea pecunia ſors efficiatur*, ainſi qu'il eſt dit, *in l.* § 58, *ex duobus*, & § *ultimo*, *ff. de periculo & adminiſtrat. tutor.*

3 Mais il ne faut pas prendre cela ſi cruement, que d'abord que le tuteur a quelques intérêts, il ſoit obligé d'en faire profit, & que l'intérêt de ces intérêts en puiſſe produire un troiſiéme ou quatriéme, parce que ce ſeroit un anatociſme odieux & réprouvé, & que ce ſeroit un progrès à l'infini. Il faut donc entendre cela de ſorte que quand les intérêts des dettes actives du mineur font une ſomme conſidérable, il eſt obligé d'en compoſer une dette qui porte intérêt, ou de l'employer, & qu'au défaut de ce faire, il en eſt comptable.

4 On peut alléguer à ce ſujet l'ordonnance, & en tirer une conſéquence favorable; car puiſqu'elle veut que les deniers des mineurs ſoient employés en fonds ou en rentes, il s'enſuit qu'il faut attendre pour cela qu'il y ait entre les mains du tuteur une ſomme qui ſoit ſuffiſante pour cet emploi; ce que le juriſconſulte ſemble confirmer en la loi cottée, & au § *ex duobus*, où il ne condamne le tuteur à faire l'intérêt des intérêts, qu'au cas que *cum fœnori dari potuiſſet, neglexiſſet*, & par conſéquent, que *id tandum præſtandum quod bona fide percepiſſet aut percipere potuiſſet.*

Mais pour mieux éclaircir ce point, voici le tem- 5
péramment & réglement que la cour y a apporté par arrêt du 10 mai 1625, donné entre damoiſelle Marie Allard, femme de M. Janorey, conſeiller du roi au préſidial de Lyon, d'une part; & M. Zacharie Allard, ſon tuteur d'autre: ſur ce que lad. damoiſelle Allard demandoit audit tuteur l'intérêt des intérêts des ſommes dont il étoit débiteur, il fut dit qu'il étoit condamné ſe charger en recette des intérêts des deniers qui ſe trouveroient entre ſes mains du revenu de ſes mineurs, à commencer ſix mois après qu'il ſeroit juſtifié & connu par le calcul de la recette & de la dépenſe, qu'il auroit eu deſdits deniers juſqu'à la ſomme de deux mille livres.

Sur quoi, fait à remarquer qu'au lieu que no- 6
tre droit ne donne les ſix mois que pour la premiere année de la tutelle, & n'en accorde que deux pour les autres. La cour n'y a point fait de diſtinction, & a jugé que le tuteur devoit avoir toujours ce délai pour aſſembler les intérêts, & en faire un prin- 7
cipal: mais ſi le tuteur ayant une fois colloqué les deniers pupillaires, l'obligation qu'il en tire ne change point; & ſi c'eſt le même débiteur qui la doive, il n'y a point de tems à diſtraire; car la loi ne donne les deux mois que *in recipiendis & collocandis pecuniis*, & parce que le tuteur étant payé d'une dette, ne peut pas trouver ſi-tôt à la colloquer, & c'eſt à quoi les juges doivent prendre garde en examinant les comptes.

Au reſte, qui aura beſoin de l'arrêt le pourra lever, car il nous ennuie de le lever à nos frais.

OBSERVATIONS.

Des intérêts d'intérêts dûs par les tuteurs.

DANS cette queſtion l'auteur dit, que l'intérêt des intérêts n'eſt point dû; & que ſi s'il a lieu en faveur des mineurs contre les tuteurs, & en faveur de la caution contre le principal débiteur, c'eſt parce que c'eſt un principal à leur égard.

Il fait mention d'un arrêt rendu entre des perſonnes de Lyon, qui a jugé que le tuteur doit ſe charger des intérêts d'intérêts, quand il a une ſomme de 2000 livres entre les mains; cela dépend de la qualité des perſonnes, & de la force des revenus des biens du mineur.

Dans le droit le tuteur a ſix mois pour placer les deniers de ſes mineurs, la premiere année de la tutelle, & deux mois ſeulement pour les années ſuivantes. La diſpoſition du droit eſt ſuivie dans les parlemens du droit écrit, ſuivant le témoignage de M. Catelan, tom. 2, liv. 8, chap. 4, & de M. Hevin, ſur Frain, tom. 1, chap. 77. Mais au parlement de Paris le tuteur a toujours ſix mois; ſi pourtant il les a placé plutôt, ou qu'il les ait converti à ſon uſage, il doit les intérêts du jour qu'il les a reçus, ou qu'il en a profité.

M. Lepreſtre, dans l'endroit cité par notre auteur, & dans le chapitre 52 de la centurie premiere, parle des intérêts d'intérêts dûs par les tuteurs. M. Brodeau, ſur M. Loüet, lett. R, chap. 55, nomb. 5, en parle auſſi. A préſent c'eſt une maxime certaine au parlement de Paris. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 528, col. 2, vers la fin, cite deux arrêts du parlement de Toulouſe qui l'ont ainſi jugé. M. Catelan, au même endroit, confirme cette juriſprudence. * Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy Pape, pag. 207, à la fin, fait mention d'un arrêt du parlement de Grenoble, qui l'a ainſi jugé, juſqu'au jour de la clôture du compte.

BIU Cujas

10 Au parlement de Bretagne, les tuteurs ne ſont pas obligés de payer les intérêts des intérêts, ſuivant le témoignage de M. Hevain, ſur Frain, dans l'endroit ci-deſſus, & les arrêts rapportés par M. Gueret, ſur M. le Prêtre, cent. 1, chap. 52.

DE LA DOT ESTIMÉE,

Si c'eſt un avantage ſujet à la peine des ſecondes nôces.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-SIXIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Raiſons, pour établir que l'héritage valant plus qu'il n'a été eſtimé, c'eſt un avantage ſujet à la peine des ſecondes nôces.*
2. *Avis de l'auteur au contraire, ſur le fondement que c'eſt* datio in ſolutum, *qui n'eſt pas ſujette à la peine des ſecondes nôces.*
3. *Avis de l'auteur des obſervations, que c'eſt un accommodement de famille qui ne produit point de lods, & n'eſt point ſujet à la peine des ſecondes nôces.*

QUESTION CLXXXVI.

Si le choix que le beau-pere laiſſe à ſon gendre, de retenir le fond conſtitué en dot, ou d'en payer l'eſtimation, eſt un avantage ſujet à la peine des ſecondes nôces.

EN la queſtion 70 du livre troiſiéme, nous avons déja propoſé le fait, & ſi le lod en étoit dû: mais pour raiſon de ce, & au procès qui eſt entre le beau-pere & le gendre, cette nouvelle queſtion y a été agitée, le gendre ayant obtenu lettres pour être relevé du choix fait par le beau-pere de l'héritage au contrat de mariage de ſa fille. Le gendre a donc ſoutenu, que le domaine, même au tems de la conſtitution d'icelui, étant de plus grande valeur que la ſomme à laquelle il avoit été eſtimé, c'étoit un avantage réverſible à la fille, attendu le convol du pere en ſecondes nôces.

1 Il diſoit donc, que le domaine n'ayant été eſtimé que mille écus, & étant lors de la valeur de quatre à cinq mille livres, le pere n'avoit pû donner le choix à ſon gendre de le retenir un jour en payant les mille écus, ſans lui faire un don de la plus value. Que c'étoit un gain évident que le mari avoit fait, & qui procédant de la libéralité du pere, devoit plutôt retourner à la fille du premier lit, qu'aux enfans du ſecond, ſelon l'authentique, *in donatione*, *C. de ſecundis nuptiis*, tirée de la novelle ſeconde, en laquelle il dit, que la donation *propter nuptias*, doit revenir aux enfans, & que la femme qui ſe remarie en perd la propriété, *etiam ſi alius pro viro dederit.* Ce qu'on doit étendre aux avantages qu'on fait au mari, la condition des conjoints devant être égale. Etant donc la même choſe que le pere ait fait cet avantage, que ſi la femme l'avoit fait, il devoit être réverſible à la fille du premier lit.

Qu'en effet le mari avoit bien fait connoître que c'étoit une donation, puiſqu'il en avoit diſputé le lod, & s'en étoit exempté.

Nous fûmes pourtant d'un ſentiment contraire, & nous crûmes que c'étoit plutôt une eſpéce de 2
vente qu'une donation. Que c'étoit *datio in ſolutum, quæ æquipollet venditioni*, & que le pere a pu faire au prix qu'il a voulu. Qu'il en a été l'arbitre, & qu'on n'y peut trouver à redire.

Que le choix fait par le mari marche en arriere, & a un effet rétroactif, comme s'il n'y avoit point eu de choix, & que dès-lors du mariage le pere eût baillé l'héritage en payement purement & ſimplement pour la ſomme déclarée. Que comme nous diſons ordinairement, que *eadem eſt ratio puri & purificati*, c'eſt la même choſe que ce qui a été déterminé par le choix, avoit été dès-lors arrêté.

Qu'il eſt certain qu'en fait de vendition, la vilité de prix n'eſt point conſidérable, parce que *licet contrahentibus ſe invicem circumvenire*, & qu'à moins que la léſion ſoit trop grande, le vendeur ne s'en peut plaindre. Par conſéquent, que ſi un autre avoit pû vendre à vil prix, un beau-pere avoit bien pû faire le même envers ſon gendre, ſans qu'on puiſſe prendre cela pour une donation formelle.

Qu'en effet, on pouvoit appliquer à ce ſujet ce qui eſt dit en la loi 14, *C. de uſuris*, ſavoir, que quoique l'antichrèſe ne ſoit permiſe que *uſque ad legitimum modum uſurarum*, cela néanmoins n'avoit point de lieu, ayant été convenu que le créancier, *vice uſurarum domum inhabitaret*, par cette raiſon, que *licet uberiore ſorte potuerit contrahi locatio, non ideò tamen illicitum fœnus eſſe contractum, ſed vilius conducta habitatio videtur.* Qu'on peut donc dire en cette rencontre, que ce n'eſt point un don & un avantage, *ſed vilius æſtimatio facta videtur.*

Enfin, que comme lors du contrat de mariage, les héritages étoient à bon prix, il ſe pouvoit faire que ſi le mari eût touché, au lieu du domaine, l'eſtimation d'icelui, il en auroit pu faire une acquiſition, autant ou plus avantageuſe.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Pour entendre cette queſtion, il faut voir la 70 du livre 3 ci deſſus, où l'auteur a rapporté l'eſpece qui donne lieu à celle-ci. Un pere en mariant ſa fille lui conſtitue en dot un domaine, avec clauſe qu'il ſeroit libre au mari de retenir ce domaine, en payant la ſomme de trois mille livres aux héritiers de ſa femme. Le décès de la femme étant arrivé, & ayant laiſſé une fille de ſon mariage, le mari paſſe en ſecondes nôces, & a des enfans de ſon ſecond mariage; enſuite il marie ſa fille du premier lit, & lui conſtitue en dot la ſomme de trois mille livres au lieu & place du domaine qu'il retient pour cette ſomme, ſuivant la clauſe de ſon contrat de mariage. Quelque tems après ſon gendre lui fait un procès, & ſoutient que le domaine vaut plus de mille écus, & que lors du mariage de ſa belle-mere, il valoit cinq mille livres, & qu'ainſi cet excédant doit appartenir à ſa femme par deux raiſons.

La premiere, parce qu'il a été jugé, que l'eſtimation de ce domaine n'étoit point une vente, puiſque le ſeigneur a été débouté de ſa demande en payement de lods. C'eſt la queſtion que l'auteur a traitée ci-deſſus, liv. 3, queſt. 70.

Le ſeconde, que ſon beau pere ayant paſſé en ſecondes nôces, le ſurplus de la ſomme de trois mille livres étoit un avantage réverſible à la fille du premier lit; c'eſt la queſtion que l'auteur traite ici. Il réſout que ce n'eſt pas un avantage ſujet à la peine de ſecondes nôces, parce que c'eſt *datio in ſolutum, quæ æquipollet venditioni.*

Je ſuis de l'avis de l'auteur ſur ces deux queſtions, mais ce n'eſt pas en ſuivant ſes prin- 3
cipes; car ſi c'eſt *datio in ſolutum*, l'acte doit produire néceſſairement un droit de lod, ainſi que l'auteur lui-même l'a établi. Si au contraire, c'eſt une donation faite par le pere à ſon gendre, c'eſt un avantage ſujet aux peines des ſecondes nôces, & qui doit être réſervé à la fille du premier lit, ſuivant la loi *generaliter*, & la novelle 22, ch. 23, ſur la fin. Mais c'eſt une convention d'une autre nature, c'eſt un accommodement de famille qui ne produit point de lods, & qui n'eſt point ſujet aux peines des ſecondes nôces.

DES TUTELLES,

Si les enfans religieux doivent être comptés.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-SEPTIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Raiſons de ceux qui tiennent, que les enfans religieux ne ſervent pas pour la décharge des tuteiles.*
2. *Avis & raiſons de l'auteur, pour établir le contraire.*
3. *A Paris, trois enfans ſuffiſent, & cinq dans les Provinces.*
4. *Coquille prétend que la ville de Paris n'a en cela aucun privilege, & que le nombre de cinq y eſt requis.*
5. *Les enfans qui ne ſont pas nés ne ſont pas comptés.*

QUESTION CLXXXVII.

Si pour la décharge d'un tuteur, les enfans qui ſont dans la religion, doivent être comptés.

Nous avons vu agiter ce point pluſieurs fois avec aſſez d'incertitude, & c'eſt ce qui nous oblige d'en parler. Ce n'eſt pas matiere pour ceux qui ſont verſés dans notre juriſprudence, auſſi-bien que dans l'uſage. Auſſi nous écrivons plutôt pour l'inſtruction de ceux qui tâchent d'apprendre, que pour les ſavans qui ſont dans l'état de perfection, & peut-être y trouveront-ils encore quelque choſe de ſolide.

1 Au ſujet de notre queſtion, pluſieurs croient qu'afin que le nombre de cinq enfans ſoit ſuffiſant, il faut que le pere en ſoit effectivement chargé; que comme les morts ne ſervent de rien, il en falloit autant dire des religieux profès, puiſqu'ils ſont morts au monde, & *pro mortuis habentur.*

Que le motif de cette excuſe eſt, que le pere qui a cinq enfans, ſe trouve aſſez occupé pour eux, ſans qu'on le charge d'autres enfans. Mais que ce ſoin ceſſant pour des filles enfermées dans un cloître, où la cauſe ceſſe, l'effet doit auſſi ceſſer.

Nous avons pourtant toujours cru le contraire : 2
car la loi qui établit ce privilége, n'en exceptant que les enfans qui ſont décédés, on ne peut pas, d'une mort naturelle, argumenter à la civile, n'y ayant pas identité de raiſon. Un pere qui a perdu ſes enfans en eſt entierement affranchi, il n'a plus de ſoin pour eux, & en perd ſouvent la mémoire.

BIU Cujas

Mais il n'en eſt pas de même pour ceux qui ſont dans les cloîtres, ils ne laiſſent pas d'être ſujets à des néceſſités temporelles, & d'avoir recours à l'aſſiſtance des peres.

D'ailleurs ſi le même droit qui donne ce privilége l'étend, en y comprenant les enfans qui ſont morts à la guerre pour le ſervice de la république; pourquoi n'y comprendra-t-on pas ceux qui font une guerre perpétuelle contre la chair & le monde, & qui s'occupent à des prieres continuelles pour le bien public?

A quoi l'on peut ajouter, que les filles qui ſont dans la religion en peuvent ſortir, & être de rechef à charge aux peres, & c'eſt ce qu'on a vu depuis peu en pluſieurs monaſtères, par le mauvais ménage des ſupérieurs, ou par les pertes ſoufſertes.

Parmi tant d'auteurs & d'interprétes, nous n'en avons trouvé que deux qui ayent touché ce point. Le premier eſt Fontanon, en ſon commentaire, ſur la pratique de Maſuer, au titre des tuteurs, ſur la fin. Et l'autre eſt maître Jacques Potier, en ſon commentaire, ſur l'article 180 de la coutume de Bourbonnois.

OBSERVATIONS.

L'Auteur établit dans cette queſtion, que les enfans qui ont fait profeſſion de la vie religieuſe, ſont comptés pour la décharge des tutelles. Il cite Fontanon & Potier. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 500, col. 2, eſt auſſi de cet avis.

3 A Paris, il ſuffit d'avoir trois enfans pour ſe diſpenſer d'accepter une tutelle : dans les provinces, il faut en avoir cinq. Maynard, livre 7, chap. 25. Papon, dans ſes arrêts, liv. 15, tit. 5, art. 11. Charondas, en ſes réponſes, liv. 9, chap. 26. Deſpeiſſes, tom. 1, pag. 501 & ſuivantes, où il marque toutes les cauſes pour leſquelles on peut s'excuſer des tutelles fort au long & aſſez exactement.

4 Coquille, dans ſes queſtions, queſtion 177, ſoutient que la ville de Paris en cela ni en toutes autres choſes, n'a aucun privilége par-deſſus les autres villes du royaume. M. Catelan, t. 2, liv. 8, ch. 7, convient, que dans le reſſort de ſon parlement, le nombre de cinq enfans eſt néceſſaire; mais il prétend que celui qui n'eſt pas encore né, ne doit
5 pas être compté, & il le prouve fort bien. Cela a été ainſi jugé au parlement de Paris par un arrêt du 3 avril 1668, rapporté dans le journal des audiences, part. 3, liv. 2, ch. 9.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

Depuis j'ai trouvé un arrêt qui a jugé, que les enfans qui ont fait profeſſion de la vie religieuſe, ſont comptés pour faire décharger leur pere de la charge des tutelles; cet arrêt eſt du 22 mai 1640, il eſt rapporté par M. Soëfve, t. 1, cent. 1, ch. 12.

DES MINEURS,

En quels tems ils doivent ſe pourvoir contre les actes par eux paſſés avec leur tuteur.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-HUITIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Sujet de la conteſtation.*
2. *Les ordonnances de Louis XII. & de François I, décident généralement, qu'après dix ans les mineurs ne ſont pas recevables.*
3. *Sentences des deux premiers juges, qui avoient entériné les lettres après les dix ans.*
4. *Deux arrêts rapportés par Chenu, qui ont jugé que les mineurs doivent ſe pourvoir contre les actes par eux paſſés avec leur tuteur dans les dix ans.*
5. *Réponſe à ces arrêts.*
6. *Diſpoſition de la coutume d'Auvergne, qui accorde trente ans à la femme, pour la répétition de ſes biens dotaux.*
7. *Réponſe à la coutume d'Auvergne.*
8. *Arrêt du 26 juin 1632, qui infirme les ſentences, & qui ſur les lettres, met les parties hors de cour.*
9. *La juriſprudence établie par cet arrêt, eſt certaine au parlement de Paris.*
10. *Au parlement de Toulouſe, l'on reſtitue les mineurs contre les actes paſſés avec leur tuteur pendant trente ans.*
11. Idem, *au parlement de Grenoble.*
12. *Vœux de l'auteur des obſervations, pour rendre la juriſprudence conforme dans tous les tribunaux du royaume, & des moyens d'y parvenir.*

BIU Cujas

QUESTION CLXXXVIII.

Si le mineur fait majeur, qui quitte à ſon tuteur le maniement de ſa tutelle, par ſimple décharge, ou par tranſaction, en peut reclamer après les dix ans.

1 MAGDELAINE Loubinoux ayant par ſon contrat de mariage quitté Pierre Veyſſiere, ſon tuteur, de la reddition de compte *non viſis rationibus*, & pour quelques héritages, long-tems après les dix ans de ſa majorité, voulut ſe pourvoir contre ſa quittance, & demander compte audit Veyſſiere.

2 On lui oppoſa la fin de non-recevoir, tirée de l'ordonnance de Louis XII. de l'an 1512, art. 46, & de François I. de l'an 1539, art. 134, qui ſont religieuſement obſervées : & elle ſoutenoit que ſon ſilence devoit être imputé à ſon mari, contre lequel elle ne pouvoit avoir aucun recours, parce qu'il étoit inſolvable.

3 Le juge de Megemont, par ſa ſentence du 23 novembre 1628, avoit prononcé, qu'attendu l'inſolvabilité du mari établie par la ſentence de ſéparation, de l'année 1624, la preſcription n'avoit pu courir pendant le mariage, & en entérinant les lettres avoit condamné le tuteur à rendre compte : ce que le bailli de Montpenſier auroit confirmé par ſa ſentence du 24 janvier 1630.

4 Parce qu'en la cauſe d'appel on faiſoit valoir l'arrêt de Rambouillet, prononcé en robes rouges en l'année 1575, par lequel *conſultis claſſibus*, il fut arrêté que les ordonnances ci-deſſus datées auroient lieu en tous contrats faits par un mineur avec ſon tuteur pour reddition de compte : ce qu'on diſoit avoir encore été jugé par autre arrêt du 19 janvier 1602, au rapport de M. Durand, ainſi que Chenu l'a remarqué en ſa queſtion 28.

5 A cela l'on répondoit qu'il falloit faire diſtinction entre une véritable tranſaction & une ſimple quittance ou décharge, ſuivant la remarque que Brodeau a fait ſur M. Louet, en la lettre T, nomb. 3, qu'ayant donc l'intimée ſimplement quitté ſon tuteur ſans connoiſſance de cauſe, elle étoit bien recevable.

6 Mais ſon principal fondement étoit tiré de l'article 5, tit 17, de la coutume d'Auvergne, qui reçoit la preſcription des biens dotaux de la femme par trente ans, ſi ce n'eſt que le mari, ou ſes héritiers ne ſoient ſolvables pour répondre de la négligence faite à la pourſuite deſdits biens, d'où elle inféroit que ſon mari étant inſolvable, & reconnu tel, la preſcription n'avoit pu courir contre elle.

A quoi l'on répliquoit, que ledit article s'entend 7
des biens immeubles de la femme, aliénés par le mari, *conſtante matrimonio*, parce qu'il y a du fait du mari, & que la femme ne peut reclamer que l'action ne réfléchiſſe ſur le mari, ce que par conſéquent il eſt préſumé empêcher par ſes menaces & par ſon autorité ; mais qu'au fait du procès, ce n'étoit point le mari qui avoit donné la quittance, & il ne s'étoit point obligé à la faire valoir : il n'y avoit donc rien qui pût arrêter la femme ; & comme ſi c'eût été un avantage commun, le mari y auroit plutôt contribué qu'il n'y auroit apporté de l'empêchement ; par conſéquent que contre l'article ſuſdit de la coutume, il ſuffiſoit d'employer l'interprétation qu'en donne M. Jean Baſmaiſon, en ſa paraphraſe ſur l'article 3, du titre 14 de cette coutume.

Qu'en effet, en ladite coutume d'Auvergne les femmes avoient été déclarées non-recevables en leurs lettres obtenues après les dix ans ; & on cottoit pour cela un arrêt donné le 5 avril 1569, au profit de Pierre Couſtel intimé, contre Iſabeau & Marguerite Couſtel appellantes du ſénéchal d'Auvergne à Riom ; & un autre arrêt du 22 ſeptembre 1570, contre Françoiſe Brouſſard, rendu en la coutume de Bourbonnois, quoique par article exprès elle ne veuille pas que la preſcription courte contre la femme pendant ſon mariage.

Enfin on ajoutoit, que l'ordonnance du roi Charles IX, ayant dérogé à toutes coutumes & uſances contraires, l'article ne pouvoit être tiré à conſéquence, ni ſervir de loi.

Par arrêt du 26 juin 1632, donné au rapport de 8
M. Laiſné, la cour a mis l'appellation, & ſentence de laquelle a été appellé, au néant, ſans amende & dépens, & les parties ſur lettres & demandes hors de cour & de procès.

On peut voir à ce ſujet ce que le ſieur Brodeau en a dit en ſes dernieres notes, ſur M. Louet, à l'endroit ci-deſſus cotté. J'ai appris que M. Laiſné, rapporteur, voulut prendre l'avis de Meſſieurs les avocats conſultans.

OBSERVATIONS.

En quel tems les mineurs doivent ſe pourvoir contre les actes par eux paſſés avec leur tuteur.

L'AUTEUR dans cette queſtion décide, que les mineurs doivent ſe pourvoir dans les dix ans de leur majorité, contre les actes par eux paſſés avec leur tuteur. Il cite un arrêt rendu au rapport de M. Laiſné, le 26 juin 1632, qui a infirmé la ſentence du bailli de Montpenſier, qui avoit entériné de lettres de reſciſion, obtenues par une mineure après dix ans depuis ſa majorité, contre la quittance par elle donnée à ſon tuteur 9
du reliqua de ſon compte, *non viſis, neque diſpunctis rationibus.*

Cette juriſprudence eſt certaine au parlement de Paris, ſuivant les arrêts rapportés en grand nombre par M. Brodeau, ſur M. Loüet, lett. T, ch. 3, nomb. 5, 6, 7, par M. Boguier, lett. R, ch. 14, & par M. Chenu, dans ſes queſtions notables de droit, queſt. 28, & dans ſes centuries, cent. 1, queſt. 22, 23, 24, 27 & 28.

La juriſprudence du parlement de Toulouſe eſt contraire, ſuivant les arrêts rappor- 10
tés par M. Maynard, liv. 2, ch. 99, par M. d'Olive, liv. 4, ch. 6, par Deſpeiſſes, tom. 1, part. 1, *des tuteurs & curateurs*, ſect. 7, p. 527, col. 1, ſur la fin, & par M. Catelan, tom. 2, liv. 8, ch. 6.

BIU Cujas

11 La même juriſprudence eſt ſuivie au parlement de Grenoble, ſuivant le témoignage de M. Chorier, dans ſa juriſprudence de Guy Pape, pag. 333, dans ſes notes.

12 A l'égard des autres parlemens, tous les auteurs que j'ai vûs ne parlent point de cette queſtion; ce qui me fait connoître & m'oblige d'avouer la témérité de mon entrepriſe, d'avoir oſé entreprendre de parler de la juriſprudence de tous les parlemens du droit écrit, ſans ſçavoir l'uſage qui s'obſerve en chaque parlement; mais l'eſpérance que j'ai que Dieu bénira mon travail, & ſuſcitera quelque perſonne plus habile que moi pour perfectionner un ſi ſaint ouvrage, me ſoutient & m'engage de continuer : la choſe ne ſeroit pas difficile, il n'y auroit qu'à recueillir les principales queſtions qui ſe juge différemment en chaque parlement, & qui peuvent ſe réduire à une centaine ou environ, examiner quelle eſt la meilleure juriſprudence, propoſer en peu de mots les raiſons du parti que l'on jugeroit à propos de prendre, les envoyer à chaque parlement pour avoir ſon avis, enſuite décider chaque queſtion clairement & ſuccinctement: car les loix pour être bonnes, doivent être claires & courtes, les déciſions où il y a du verbiage ſont ordinairement longues & obſcures, qui ſont deux défauts qui gâtent toutes les loix, *lex jubeat, & non diſputet, nam nulla legis virtus eſt in ſuadendo.*

NOUVELLES OBSERVATIONS.

DANS une conſultation que j'ai faite pour des perſonnes de la ville de Beſançon, il m'eſt tombé entre les mains un édit du mois de juillet 1707, qui regle le tems du bénéfice de reſtitution, dans le comté de Bourgogne, que je crois devoir rapporter ici.

LOUIS, par la grace de Dieu, roi de France & de Navarre : A tous préſens & à venir : Salut : Notre parlement de Beſançon nous ayant informé qu'il avoit reconnu dans l'étendue de ſon reſſort pluſieurs uſages qui, bien qu'anciens & tirés la plûpart du droit civil, ſont néanmoins contraires au bien de la juſtice dans les matieres les plus importantes de la juriſprudence, & qui ſe préſentent le plus fréquemment, tant pour ce qui concerne la publication des ſubſtitutions & l'inſinuation des donations, que le tems & le cas où les majeurs peuvent ſe pourvoir par la voie de la reſciſion, contre les actes qu'ils ont paſſés, & le terme accordé aux mineurs pour demander la reſtitution contre ceux où ils ſe trouvent léſés; nous avons vu avec plaiſir le zele des officiers de notredit parlement pour la réforme de ces abus, & les moyens qu'ils nous ont propoſés comme les plus propres pour la procurer, & voulant autoriſer leurs bonnes intentions, & prévenir autant qu'il eſt poſſible les occaſions de fraude & de ſurpriſe, aſſurer dans les familles après un tems convenable la poſſeſſion des biens acquis, & abréger les procédures, dont la longueur & la multiplication ſont ſi contraires au bien de la juſtice & à celui de nos ſujets, nous avons crû qu'il n'y avoit pas de meilleure voie pour cela, que de rappeller dans un édit les diſpoſitions de quelques ordonnances des rois nos prédéceſſeurs, touchant la publication des ſubtitutions, l'inſinuation des donations, la reſtitution des mineurs, & la reſciſion des majeurs, & d'ajouter par le même édit, aux diſpoſitions de ces loix, des regles pour les cas qui n'y ont pas été prévûs, & auxquels l'expérience a fait connoître qu'il étoit néceſſaire de pourvoir.

A ces cauſes, & autres à ce nous mouvant, & de notre certaine ſcience, pleine puiſſance & autorité royale, nous avons par notre préſent édit perpétuel & irrévocable ordonné & ordonnons,

Premiérement, que les mineurs qui auront paſſés des contrats ou actes, ne puiſſent être reſtitués après l'âge de trente-cinq ans accomplis, contre leſdits actes & contrats pour cauſe de léſion, fraude, circonvention ou autre, en vertu du privilége ou de la faveur de minorité; ſi ce n'eſt dans les cas auxquels il eſt permis aux majeurs de ſe pourvoir par lettres de reſciſion ou par une autre voie de droit contre les contrats ou actes par eux faits.

Secondement, les majeurs qui auront paſſé des contrats ou autres actes ne ſeront reçus à ſe pourvoir contre leſdits actes & contrats par lettres de reſciſion fondés ſur dol, fraude, circonvention, crainte, violence & léſion d'outre moitié de juſte prix, après le tems de dix années, à compter du jour que leſdits contrats ou actes auront été faits, & que la crainte, la violence ou autre cauſe légitime empêchant la pourſuite de la reſciſion, aura ceſſé.

Troiſiémement, n'entendons comprendre dans la diſpoſition des deux articles précédens les contrats ou autres actes, dont la nullité eſt expreſſément prononcée par nos ordonnances, par le droit & par les coutumes.

Quatriémement, voulons que ceux qui au jour de la publication de notre préſent

BIU Cujas

édit, ſe trouveront avoir l'âge de trente-cinq ans accomplis, & contre leſquels la preſcription de trente-cinq ans n'aura pas été acquiſe, ne puiſſent être reçus à ſe pourvoir contre les contrats & actes par eux paſſés, que pendant l'eſpace de cinq années ſeulement, à compter du jour de la publication du préſent édit, ſans néanmoins que ceux à qui il reſtera moins de cinq ans, ſuivant l'uſage préſentement reçu dans notre comté de Bourgogne, puiſſent prétendre un plus long-tems pour ſe pourvoir, que celui qu'ils avoient en ſuivant ledit uſage.

Cinquiémement, les tranſactions paſſées entre majeurs ſans dol & fraude, pour raiſon des choſes qui ſont en commerce & en leur diſpoſition, ſeront exécutées, & ceux qui les auront paſſés, ne ſeront reçus a ſe pourvoir contre leſdites tranſactions, ſous prétexte de léſion d'outre moitié ou de plus grande.

DES EAUX,

Si le propriétaire de l'héritage où l'eau prend ſa ſource, peut s'en ſervir à tous uſages.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-NEUVIEME.

Sommaire de cette Queſtion.

1. *Déciſion de la loi* præſes, cod. de ſervit. & aqua.
2. *Récit du fait, ſur lequel l'arrêt ci-après eſt intervenu.*
3. *Moyens des voiſins, pour établir que le propriétaire du fond où l'eau prend ſa ſource, ne peut pas la détourner à leur préjudice.*
4. *Moyens du propriétaire, pour montrer qu'il peut ſe ſervir de l'eau qui prend ſa ſource dans ſon fond, comme bon lui ſemble.*
5. *Arrêt du 13 août 1664, qui permet au propriétaire d'uſer & conduire ſes eaux où bon lui ſemble.*
6. *La loi* præſes, cod. de ſervit. & aqua, *doit s'entendre de la commodité, auſſi-bien que de la néceſſité.*
7. *Conciliation de l'arrêt rapporté ici, avec celui rapporté dans la queſtion 33 de ce même livre.*
8. *Conciliation de cet arrêt, avec celui rapporté par Mornac ſur la même loi.*

QUESTION CLXXXIX.

La diſpoſition de la loi, præſes, cod. de ſervitutibus & aqua, *confirmée en une eſpece ſinguliere.*

1 EN cette loi *præſes*, l'empereur décide, que ſi la ſource de l'eau eſt dans notre héritage, & que nous en ayons beſoin, nous nous en pouvons ſervir à l'excluſion des autres, même contre l'uſage accoutumé, *contra ſtatutam conſuetudinis formam;* il en donne cette raiſon, *cùm ſit durum & crudelitati proximum ſitientibus agris noſtris, aquam ad vicinorum uſum injuria propagari.* En un mot, cela eſt fondé ſur ce principe de la nature, que la charité bien réglée doit commencer par ſoi-même, & qu'elle nous oblige à préférer notre utilité propre à celle des autres. C'eſt ce que veut dire le poëte comique, quand il dit en peu de mots, *proximus ſum mihi*, c'eſt-à-dire, comme je n'ai rien de plus proche que moi-même, je ne dois auſſi avoir rien qui me ſoit plus cher.

2 Pour le fait, ſera ſuppoſé que le propriétaire d'un tenement auquel il y avoit des ſources d'eau, ne s'en ſervant pas, & n'en ayant pas beſoin, ces eaux ſervoient à l'irrigation d'un grand pré appartenant à maître Antoine Brunel, procureur du roi au bailliage de Montrognon, & aux habitans du village de Chamaliere. Faut encore ſuppoſer que maître Jean Fayet ſieur du Bois du Cros, conſeiller du roi, & tréſorier général en la généralité de Riom, ayant audit lieu du Bois du Cros de beaux jardins & belles prairies, & n'ayant peut-être pas d'eau à ſuffiſance, en voulut chercher ailleurs pour embellir ſa maiſon qui eſt au fauxbourg de la ville de Clermont, ou pour en augmenter le revenu.

S'étant donc aviſé d'acheter l'héritage où étoient les ſources, détourna les eaux de leurs cours ancien & naturel, & les fit conduire par des canaux ſouterrains en ſadite maiſon du bois du Cros: c'eſt ce qui donna ſujet audit Brunel & autres intéreſſés de s'en plaindre, & de requérir à ce que défenſes fuſſent faites audit ſieur Fayet d'innover aucune choſe en l'aſſiette & diſpoſition des eaux dont étoit queſtion, d'altérer ni changer le cours d'icelles.

Pour leur fondement ils pouvoient dire que le procédé dudit ſieur Fayet tenoit de l'émulation, & qu'il pouvoit d'autant moins divertir les eaux de leur ancien cours, que la conduite qu'il en faiſoit

BIU Cujas

étoit plutôt pour l'embelliſſement de ſa maiſon, que pour lui être néceſſaires : que c'étoit plutôt *voluptatis cauſa quam neceſſitatis*, & que comme il s'en étoit bien paſſé juſqu'alors, il s'en pouvoit bien paſſer encore ſans incommoder tout un voiſiſinage : par conſéquent qu'il n'étoit pas aux termes de la loi *præſes*, & de la déciſion d'icelle, parce qu'elle préſuppoſe que ce ſoit par néceſſité, ce qu'on doit inférer des termes dont elle ſe ſert, parce qu'autrement ce ne ſeroit ni rigueur, ni cruauté, que celui qui ſe peut paſſer d'une eau, en laiſſe jouir les autres.

Ils pouvoient alléguer à ce ſujet ce que le ſieur Mornac remarque ſur le § *ſi initium*, de la loi 6, *ff. de edendo*, ſavoir, qu'il n'eſt pas permis au propriétaire d'un héritage de divertir l'eau qui flue par icelui, & de faire enſorte, en l'arrêtant par des canaux & réſervoirs ou viviers, qu'elle ne puiſſe aller aux voiſins, & que leurs prés demeurent à ſec. Ce que le même auteur dit avoir été jugé par arrêt qu'il cotte du 16 juillet 1605, & il le confirme encore en ſon commentaire ſur la même loi *præſes*.

4 Au contraire, ledit ſieur Fayet pouvoit dire, que ce n'étoit point par émulation, mais pour ſa commodité & utilité qu'il avoit acquis l'héritage où étoit la ſource d'eau, & qu'il avoit auſſi bien ſongé au profit qu'il en pouvoit recevoir, qu'au plaiſir. Qu'ayant beaucoup de prés, il n'étoit pas raiſonnable qu'ils fuſſent à ſec, & que ceux des autres fuſſent arroſés d'une eau qui lui appartenoit puiſqu'elle naiſſoit dans ſon fond : qu'il n'en pouvoit pas être le maître comme il l'étoit, que par une dépendance & ſuite néceſſaire, il ne lui fût permis d'en diſpoſer, & plutôt à ſon bénéfice que des autres, *ex ordine caritatis*.

Qu'encore que ſon principal deſſein eût été d'en tirer du profit, & de s'en ſervir pour les prés, cela n'empêchoit pas qu'il ne pût encore employer la même eau, ou partie d'icelle pour ſes jardins, & pour embellir ſa maiſon, étant permis de mêler le délectable à l'utile, ſuivant le conſeil du poëte qui loue celui qui *miſcuit utile dulci*.

Que quand même ledit ſieur Fayet n'auroit eu autre but que d'embellir ſa maiſon, & y faire des jets d'eau, il l'auroit pu faire, & il ſuffiroit qu'outre ſon contentement elle en ſoit plus conſidérable, & de plus haut prix : donc que pour quelque cauſe & en quelque façon que ce fût, on ne pouvoit pas prendre l'achat & divertiſſement de l'eau pour une émulation, mais plutôt pour un juſte motif qu'il avoit eu d'en tirer de l'avantage, & d'augmenter auſſi-bien la valeur que l'éclat de ſa maiſon.

Que quand les loix défendent de faire quelque choſe par émulation qui puiſſe nuire aux voiſins, elles l'entendent quand on fait quelque choſe *animo, nocendi non utilitatis cauſa*, & que ce qu'on fait *non prodeſt facienti, & alteri nocet*, ſuivant les textes formels de la loi 1, § *denique, ff. de aqua pluvia arcenda*, & la loi *fluminum*, § *finali*, *ff. de damno infecto*.

Mais qu'autrement celui qui n'eſt pas cenſé faire injure aux voiſins, *qui jure ſuo utitur*, ainſi qu'il eſt dit en la loi *nullus videtur*, *ff. de regulis juris*, & en la loi *Proculus*, *ff. de damno infecto* : qu'en effet, il eſt même permis en creuſant dans ſon fond, de divertir l'eau d'un voiſin & l'attirer à ſoi, pourvu que ſe ſoit pour ſa commodité, & pour rendre ſon héritage meilleur, ainſi qu'il eſt expreſſément décidé en la loi *ſi in meo fundo*, *ff. de aqua pluvia arcenda*. Enfin que comme chacun eſt préſumé faire ce qu'il fait, plutôt pour ſon utilité que par émulation, ſuivant la gloſe ſur ladite loi *fluminum*, c'eſt auſſi à celui qui veut combattre cette préſomption commune, *juris & de jure*, à le prouver.

Et quand à ce qu'on allégue de Mornac, que ce qu'il en dit, & l'arrêt qu'il cotte ne ſe peut appliquer au fait de queſtion, y ayant bien de la différence de ſe ſervir de l'eau qui a ſa naiſſance & ſource dans notre fond, & en eſt une partie & dépendance, & de celle qui n'y fait que paſſer, & vient d'ailleurs. Qu'en effet, en l'eſpece dudit arrêt, il n'eſt pas dit que l'eau fût riere celui qui la détournoit ou arrêtoit entierement, mais ſeulement qu'elle fluoit dans ſon fond ; & il faut croire aux termes qu'en parle ledit ſieur Mornac, que c'étoit plutôt un ruiſſeau qu'une ſimple ſource, & par conſéquent que c'étoit une eau publique & commune qu'on ne pouvoit pas s'approprier, mais ſeulement en avoir premier l'uſage.

C'eſt ce que nous avons cru pouvoir rapporter n'ayant eu autre inſtruction de l'affaire que ce que M. de Serre, ancien & fameux avocat de Riom, nous en a légerement écrit, & que nous en avons pu tirer de l'arrêt qui ſuit que nous jugeons être remarquable.

Extrait des regiſtres du Parlement.

Entre M. Antoine Brunel, ſubſtitut du procureur général du roi au bailliage de Montrognon & Chamaliere, appellant d'une ſentence rendue par le ſénéchal d'Auvergne ou ſon lieutenant à Clermont, le 11 ſeptembre 1643 ; & encore du procès-verbal de deſcente figurée faite ſur les héritages contentieux, entre les parties par M. Pierre Durant, lieutenant particulier au ſiége préſidial de Clermont, le 21 mars audit an : Et du jugement & ordonnance rendue par ledit Durand, par lequel la figure faite enſuite dudit procès-verbal de deſcente le 21 mars 1643, auroit été tenue pour accordée, & demandeur en principal évoqué par arrêt du 15 mars dernier, aux fins de l'exploit du 23 juillet 1641, d'une part : Et Jean Fayet ſieur du Bois du Cros, conſeiller du roi, & tréſorier général en la généralité d'Auvergne de Riom, intimé & défendeur, de Sébaſtien Courtive, Michel Gibriant, Antoine Ribeire, Michel Beauvais, Hugues Breſſet, & Jean Gebreas, laboureurs, habitans du lieu de Chamaliere en Auvergne, intervenans, d'autre. Vu par la cour ladite ſentence du 11 ſeptembre 1643, dont eſt appel, par laquelle l'appellant auroit éte débouté de ſa requête, à fin de récuſation en général, ſauf à lui de récuſer en particulier : Arrêt du 15 mars dernier, par lequel ſur l'appel de ladite ſentence les parties auroient été appointées au conſeil, & ſur le principal évoqué par icelui à ouir droit, & joint : Requête employée pour cauſes d'appel & réponſes, ledit exploit du 23 juillet 1642, & demande principale de l'appellant, à ce que défenſes fuſſent faites à l'intimé d'innover aucune choſe en l'aſſiette & diſpoſition des eaux dont étoit queſtion, altérer ni changer le cours d'icelles, & les divertir de leur ancienne conduite, & ce faiſant maintenu & gardé en la poſſeſſion & jouiſſance de prendre de l'eau au tenement de Fontenaux, avec dépens, dommages & intérêts, & ès-dépens : Défenſes, répliques & dupliques : Appointemens en droit : Production deſdites parties : Autres productions par elle faites au ſiége de Clermont : Contredits de l'intimé : Forcluſions d'en fournir par l'appellant : Lettres du 23 juillet dernier, obtenues par l'appellant pour être reçu à articuler

ticuler de nouveau, & prouver les faits y contenus, communiqués à parties, & miſes au ſac, de l'ordonnance de ladite cour. Arrêts des 27 & 30 juillet dernier, par leſquels ſur les appellations interjettées par ledit Brunel, dudit procès-verbal de deſcente figurée du 21e jour de mars 1643 : Jugement & ordonnance, par laquelle la figure auroit été tenue pour accordée, les parties auroient été appointées au conſeil, & joint auſſi les prétendues fins de non-recevoir de l'intimé, qui étoient que l'appel dudit procès-verbal de deſcente figurée, n'avoit été interjetté que pour retarder le jugement du procès, l'appellant ayant approuvé & exécuté ledit procès-verbal : Défenſes au contraire, & acte donné à l'intimé de ce que pour écritures, productions & fins de non-recevoir ſur l'appel dudit procès-verbal, il auroit employé ce qu'il auroit écrit & produit. Cauſes d'appel & production dudit Brunel, ſur leſdites appellations : Enquête du premier de ce mois employée par l'intimé pour écriture & production ſur l'appel de ladite ordonnance : Foreluſions de fournir : Défenſes de non-recevoir : Moyens d'intervention & productions deſdits Courtine, Gebreas, Ribeire, Beauvais & Breſſet, intervenans : Requête employée par l'intimé pour écritures & productions ſur ladite intervention : Requête du huitiéme de ce mois, préſentée à la cour par l'appellant, pour être reçu à s'inſcrire en faux contre ledit procès-verbal de deſcente & figuré du 21 mars 1643, & autres jours ſuivans jointe auſdites inſtances, pour icelles en jugeant être fait droit, ainſi que de raiſon : Et tout conſidéré : Dit a été, que la cour, ſans s'arrêter auſdites lettres & requête du huitiéme de ce mois, a mis & met l'appellation interjettée de ladite ſentence du 11 ſeptembre 1644, & ce dont a été appellé, au néant, ſans amende & dépens de la cauſe d'appel, & ſur celles interjettées dudit procès-verbal, du 21 mars 1643, & ordonnance, par laquelle ſa figure a été tenue pour accordée ladite appellation au néant. Ordonné que ce dont a été appellé ſortira effet, & faiſant droit au principal évoqué, déboute l'appellant de ſa demande, ce faiſant, permet à l'intimé de continuer ſes ouvrages, uſer & conduire ſes eaux où bon lui ſemblera : condamne l'appellant aux dépens du principal évoqué, & à douze livres d'amende. Prononcé le 13e jour d'août 1644. Et ſigné GUYET.

OBSERVATIONS.

Si le maître de l'héritage où l'eau prend ſa ſource, en peut uſer comme il lui plaît.

L'AUTEUR propoſe ici une eſpece à laquelle convient la loi *præſes 6, Cod. de ſervit. & aquâ*, dans laquelle il eſt dit que l'on ne peut pas empêcher le propriétaire d'un fond dans lequel il y a une ſource, de s'en ſervir, *cum ſit durum & crudelitati proximum ex tuis prædiis aquæ agmen ortum, ſitientibus agris tuis, ad aliorum uſum vicinorum injuria propagari ;* quoique cette loi ne parle que de la néceſſité d'arroſer les héritages de celui dans le fonds duquel la ſource de l'eau prend ſa naiſſance, néanmoins il faut étendre ſa déciſion à la commodité & à l'agrément. Celui qui a une ſource dans ſon héritage, peut s'en ſervir pour faire des jets d'eau & autres choſes ſemblables, quoique par ce moyen les héritages des voiſins ne ſoient point abreuvés, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt que l'auteur rapporte.

Il ſemble que la déciſion de cet arrêt ſoit contraire à celui rapporté par l'auteur ſur la queſtion 149 de ce même livre, par lequel il a été jugé, que les propriétaires des héritages ſur leſquels paſſe le canal qui conduit l'eau à un moulin n'ont pas droit de ſe ſervir de l'eau qui paſſe ſur leurs héritages; mais il y a de la différence entre l'eau qui prend ſa ſource dans un héritage, & celle qui ne fait qu'y paſſer; d'ailleurs dans l'eſpece du premier arrêt, il s'agit d'un moulin dont la cauſe eſt publique.

Mornac, ſur cette loi, & ſur la loi 6, § *ſi initium, ff. de edendo*, ſoutient fortement l'opinion contraire à celle de notre auteur. Il cite un arrêt du 16 juillet 1705, par lequel il dit que le procédé d'un particulier qui avoit détourné l'eau d'un ruiſſeau qui paſſoit ſur ſes héritages, pour empêcher qu'elle ne coulât dans les héritages de ſes voiſins, fut condamné. Mais il faut obſerver que ce ruiſſeau ne prenoit pas ſa ſource dans les héritages de ce particulier ; ainſi ce n'eſt pas l'eſpece de la loi *præſes*, ni de l'arrêt rapporté par notre auteur.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

MOnſieur Auzanet, dans ſes arrêts, liv. 2, ch. 95, rapporte un arrêt rendu au rôle de Lyon, le 9 juillet 1619, qui a jugé que celui dans l'héritage duquel l'eau prend ſa ſource, en peut diſpoſer comme bon lui ſemble, au préjudice de ſon voiſin, & qu'il peut ſe ſervir de cette eau pour la faire tomber dans un ruiſſeau, & en groſſir l'eau pour le ſervice de ſon moulin, & par ce moyen empêcher qu'elle ne roule dans le pré du voiſin, quoique ce voiſin ſoit en poſſeſſion depuis 40 à 50 ans, de la prendre pour la faire paſſer dans ſon pré, & de-là dans un autre ruiſſeau, qui faiſoit moudre un moulin à lui appartenant. Ce même arrêt eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, chap. 75.

BIU Cujas

Maître Charles du Moulin, dans ſes notes ſur les conſeils d'Alexandre, *vol.* 5, *conſ.* 69, dit, que celui dans le fonds duquel naît ou paſſe l'eau, peut s'en ſervir pour ſon utilité, au préjudice de ſon voiſin qui eſt en poſſeſſion de ſe ſervir de cette eau depuis un tems immémorial : *dominum poſſe ſuo commodo divertere, vel retinere aquam quæ oritur, vel labitur in fundo ſuo, in præjudicium vicini, qui etiam per tempus immemoriale uſus eſt eadem aqua in fundum ſuum labente.*

M. du Val, *de reb. dub. tract.* 8, n. 6, va encore plus loin. Il dit que celui dans l'héritage duquel l'eau prend ſa naiſſance, ou par le fond duquel elle paſſe, peut non-ſeulement s'en ſervir pour lui, mais encore la prêter à un autre : *iſtud locum habet in ea aqua, quæ in meo orta eſt, vel quæ profluit ex fonte vicini in meum : nam ſtatim atque ingreſſa eſt fundum meum, mea eſt & poſſum eam cuilibet alii vicino commodare.*

Je crois que la déciſion de ces deux grands hommes a beſoin de quelques diſtinctions & modifications.

1°. Il faut diſtinguer entre l'eau qui prend ſa ſource dans un héritage, & celle qui vient d'ailleurs.

Dans le premier cas, il ſemble juſte que le propriétaire de l'héritage où l'eau prend ſa naiſſance, puiſſe en diſpoſer comme bon lui ſemble, non-ſeulement pour ſon utilité, mais même pour ſon divertiſſement, avec pourtant quelques modifications. La premiere, il ne peut la retenir ou la détourner au préjudice du bien public ; ainſi, ſi cette eau eſt néceſſaire pour faire moudre les moulins qui ſervent à la nourriture d'une ville, d'un village, ou autre communauté, & qu'il n'y ait point d'autres moulins proches ; ſans doute en ce cas le propriétaire de l'héritage où l'eau prend ſa ſource, ne peut ni la retenir, ni la divertir à d'autre uſage. Il faut dire la même choſe de tous les autres cas qui intéreſſent le public ; parce que l'intérêt du public doit toujours l'emporter par-deſſus l'intérêt des particuliers, *ſalus populi, ſuprema lex eſto.*

2°. Celui dans l'héritage duquel l'eau ne fait que paſſer venant d'ailleurs, ne peut s'en ſervir que pour ſon utilité, & non pas pour ſon divertiſſement ; il ne peut ni la retenir, ni la détourner, au préjudice du public, ou de ſes voiſins ; parce qu'il n'en eſt pas le propriétaire, mais un ſimple uſager, & par conſéquent il en doit uſer en bon pere de famille, c'eſt-à-dire, en bon voiſin.

3°. Il faut diſtinguer entre l'eau qui coule ſur la ſurface de la terre, & celle qui coule ſous terre. A l'égard de la premiere, l'on ne peut pas en détourner le cours ; mais à l'égard de l'autre, il eſt loiſible au maître de l'héritage, de fouiller dans ſa terre pour en prendre l'eau, & s'en ſervir à tel uſage que bon lui ſemble, quoique cela faſſe préjudice à ſon voiſin, pourvu toutefois qu'il le faſſe pour ſon utilité, & non pas dans le deſſein & uniquement pour nuire à ſon voiſin, ainſi que cela eſt décidé dans la loi 1, parag. 12, *de aqua & aquæ pluv. arc. Denique Marcellus ſcribit, cum eo qui in ſuo fodiens vicini fontem avertit, nihil poſſe agi, nec de dolo actionem. Et ſanè non debet habere, ſi non animo vicino nocendi, ſed ſuum agrum meliorem faciendi fecit.* La même choſe eſt décidée dans la loi 21 du même titre, & dans la loi 26, *de damno infecto.*

4°. Il faut diſtinguer entre les eaux pluviales & celles qui viennent des rivieres, ruiſſeaux, fontaines, lacs & étangs.

Dans le premier cas, il eſt libre à un chacun de ſe ſervir des eaux pluviales, comme il juge à propos, ſoit en les retenant, ſoit en les laiſſant couler, pourvu toutefois que les ouvrages qu'il fait pour cela, ſoient ſur ſon fonds, & qu'ils ne nuiſent point à ſon voiſin : *idem aiunt aquam pluviam in ſuo retinere, vel ſuperfluentem ex vicini fundo in ſuum derivare, dùm opus in alieno non fiat, omnibus jus eſſe ; prodeſſe enim ſibi unuſquiſque, dùm alii non nocet, non prohibetur.*

Dans le ſecond cas, l'on ne peut point changer le cours ordinaire de l'eau, il faut la laiſſer couler comme elle a coutume de couler, ſur-tout comme elle a coulé l'été d'auparavant ; parce que c'eſt principalement en été que l'on a beſoin d'eau pour arroſer les prés & les jardins : *quod aliter aqua fluat, qua priore ætate fluxit ; veto*, dit le préteur dans la loi 1, *ff. ne quid in flum. publ.*

Ce qui doit s'entendre, quand le changement du cours de l'eau fait préjudice aux voiſins : *Et generaliter dicendum eſt, ita demum interdicto quem teneri, ſi mutetur aquæ curſus per hoc quod factum eſt, dum vel depreſſior, vel arctior fiat aqua, ac per hoc rapidior fiat cum incommodo accolentium ; & ſi quod aliud vitii accolæ, facto ejus qui convenitur, ſentient, interdicto locus erit.*

BIU Cujas

DU RETRANCHEMENT.

Quels titres il faut considérer pour le regler.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-DIXIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *Avis & raisons de l'auteur, pour établir que le retranchement se doit régler par rapport à la valeur des biens au tems du décès du pere.*
2. *Cela a lieu principalement lorsqu'il s'agit des avantages faits par le contrat de mariage.*
3. *De la même maniere que la légitime se regle par le décès du pere, de même le retranchement se doit régler par rapport à ce tems-là.*
4. *Par la même raison, que pour regler les avantages d'une seconde femme l'on considere le nombre des enfans au jour du décès du pere, il faut considérer la valeur des biens au même tems.*
5. *Cela est ainsi décidé par la novelle 22, chap. 28.*
6. *La jurisprudence des arrêts est conforme à celle du droit sur cette question.*

QUESTION CXC.

Du retranchement des avantages d'une seconde femme, & en quel tems il se doit régler.

1 TITIUS ayant laissé des enfans d'un premier lit, & une seconde femme, le tuteur décerné à ses enfans, ménage si mal leur bien, que pendant son administration l'hoirie se trouve de beaucoup affoiblie. Ce déchet reconnu par les enfans, & que par ce moyen leur portion étoit moindre que ce qu'une seconde femme en avoit recueilli par ses avantages, ils voulurent l'obliger à se retrancher.

Cette question nous ayant été proposée, nous fûmes de sentiment contraire à quelques avocats qui s'étoient déclarés pour les enfans du premier lit, nous répondîmes que si l'augment & autres avantages étoient sujet à retranchement, ce ne pouvoit être que selon les facultés que le pere avoit lors de son décès, & que c'est en ce tems-là qu'il se doit régler.

2 Nous tenons donc, soit qu'on considere les termes de la loi, *hac edictali*, soit qu'on s'arrête à l'édit, qu'il répugne en quelque façon que le retranchemet se régle par létat où sont les biens depuis la mort du pere, & que l'augmentation ou diminution des forces de l'hoirie, par quelque cause accidentelle, puisse rendre le retranchement ou moindre ou plus grand.

3 En effet, les successions sont directement déferées, & comme le droit en est acquis dès-lors du décès, aussi faut-il dire qu'elles ne baillent jamais, & ne souffrent ni vuide ni intervalle, c'est pourquoi, si lors du décès du mari, les avantages de la veuve ne sont que ce qu'il lui a pu laisser, il s'ensuit que ce qui lui a été acquis, ne peut recevoir du préjudice ni de la diminution par le mauvais ménage d'un tuteur.

Le tuteur ne lui ayant pas été décerné, elle n'a point d'intérêt à son administration, & cette administration ne peut regarder que les mineurs, & c'est sur eux que la perte doit tomber. C'est parce que la portion de la veuve est censée séparée du reste de l'hoirie *saltem juris intellectu*, & comme dès-lors elle est réputée n'avoir, par le retranchement de la loi, que ce qu'elle lui laisse, aussi lui doit-il être assuré.

Ceci reçoit moins de doute, quand il ne s'agit pas d'une portion déférée à la veuve par le testament du mari; en ce cas-ci il y auroit peut-être plus d'apparence pour la confusion que les mineurs voudroient introduire. Mais ne s'agissant que des avantages qui lui ont été déférés par son contrat de mariage, la chose, comme dit est, reçoit moins de doute : c'est que le droit lui en a été acquis du vivant du mari, sous condition qu'il pourroit être rètranché, en cas que la légitime des enfans du premier lit se trouvât moindre.

Or comme la légitime se prend & se régle au 4
tems du décès du pere, c'est une conséquence pour la portion de la veuve, que sur la même condition elle lui a été acquise, même avant que le mari décedât, puisqu'en effet elle est premiere en hypothéque, & préférable aux créanciers : il faut donc estimer la masse de l'hoirie telle qu'elle étoit lors du décès du pere; & la légitime réglée sur icelle, la veuve doit emporter autant qu'elle se pouvoit monter, quelque perte qui soit survenue.

En un mot, puisque la loi veut que la seconde 5
femme n'ait pas d'avantage, *quam ad unumquemque liberorum pervenerit*, elle présuppose assez que c'est au tems du décès, & au moment que la légitime leur est échue : Ce qui est en effet décidé au ch. 28 de la novelle 22, où l'empereur dit, *tempus illud considerandum esse secundùm quod binubus moritur, & portionem inde sumendam esse.*

Que s'il a été jugé, ainsi que l'assure M. Louet, 6
en son recueil en la lettre N, nomb. 2, que pour réduire la donation & les avantages d'une seconde femme, le nombre des enfans du premier lit se doit prendre au tems du décès du mari, c'est une

BIU Cujas

conséquence, que si cette réduction ne peut être moindre ou plus grande, quoiqu'après quelques enfans décédent; il en faut dire autant, quelque diminution qui puisse arriver aux biens, lors même que la femme a reçu son droit. On peut voir à ce sujet la consultation 33 de M. Cujas.

OBSERVATIONS.

L'Auteur, dans cette question, établit, que pour régler ou réduire les avantages faits à une seconde femme, il faut considérer le nombre des enfans, & la valeur des biens au jour du décès du mari, sans avoir égard à la diminution survenue depuis.

Cette question ne peut souffrir aucune difficulté, puisqu'elle est expressément décidée par la novelle 22, ch. 28, *tempus illud considerandum est, secundum quod binubus moritur & portio inde sumenda : in omnibus talibus non ab initio donation aut scriptura respicienda, sed qui vocatur eventus considerandus est.*

Cette décision est trop juste pour n'être pas suivie par les arrêts. M. Louet, lett. N, chapitre 2, M. Ricard, des donations, partie 3, chapitre 9, glose 4, nombre 1274, & suivant, Despeisses, tome 1, page 329, nombre 23, certifient la vérité de cette jurisprudence.

DE LA PRESCRIPTION DE TRENTE ANS,

Si elle suffit sans titre.

QUESTION CENT-QUATRE-VINGT-ONZIEME.

Sommaire de cette Question.

1. *La coutume d'Auvergne ne reconnoît qu'une seule prescription, qui est celle de trente ans.*
2. *Suivant le droit canon, la prescription de trente ans ne suffit pas sans titre.*
3. *Par les loix civiles, le titre n'est pas nécessaire pour la prescription de 30 ans.*
4. *La coutume d'Auvergne est conforme en cela au droit.*
5. *Sujet de la contestation.*
6. *Arrêt du premier juin 1647, qui juge que dans la coutume d'Auvergne la prescription de trente ans a lieu, quoique celui qui possède n'ait aucun titre, & que celui qui interrompt ait plusieurs titres pour établir que la chose lui appartient.*
7. *Dans la coutume d'Auvergne & par tout le royaume, pour la prescription de trente ans, non-seulement il n'est pas necessaire d'avoir un titre, mais même pas nécessaire que celui qui a possedé par l'espace de trente ans, ait possedé de bonne-foi.*
8. *En Dauphiné, l'on ne reconnoît que la prescription de 30 & 40 ans, & celle de 10 & 20 ans n'y est pas reçue.*
9. *Vœux de l'auteur des observations, pour rendre la jurisprudence uniforme.*
10. *Qualités nécessaires à un législateur.*

QUESTION CXCI.

Si en la coutume d'Auvergne, la prescription de trente ans sans aucun titre, suffit pour acquérir un héritage.

1 LA coutume d'Auvergne, au titre des prescriptions, n'admet qu'une prescription uniforme de trente ans; & il semble que comme ayant titre & bonne-foi, on n'y peut opposer l'action hypothéquaire que par trente ans; il faudroit pour le droit de propriété qui est plus important, avoir non-seulement joui par trente ans, mais encore que ce fût avec un titre du moins coloré.

2 Quant au droit canon, *in foro interiori*, & selon les constitutions canoniques, *possessor nullo tempore præscribit*, & nous ne doutons pas qu'envers Dieu il ne soit coupable d'une injuste détention; mais par les loix civiles, la possession de trente ans suffit, & 3 met à couvert celui qui a joui un si long tems. Ce n'est pas que nos loix veuillent autoriser le vice & l'injustice, mais c'est qu'elles ne pénétrent pas dans les consciences, & que n'ayant autre but que d'établir le repos des familles, elles présument plutôt en bonne qu'en mauvaise part. Elles croyent donc que celui qui a joui d'un héritage paisiblement, au vu & sçu de tous, n'en a pas joui sans quelque droit & fondement, & partant qu'une si longue possession doit faire présumer le titre.

La coutume d'Auvergne, a voulu en ce point se conformer au droit commun, puisqu'en l'ar- 4

BIU Cujas

ticle second, du titre des prescriptions, elle établit pour régle générale, que tous droits & actions se prescrivent, acquiérent ou perdent par l'espace de 30 ans continuels accomplis. Elle ne parle point du titre ni de bonne-foi, & c'est ce qu'elle présuppose plutôt qu'elle ne le requiert. Aussi en l'art. 4 le doute en est assez levé, puisqu'il dit que cette prescription tient lieu de titre, & de droit constitué, & qu'elle a vigueur de tems immémorial. Donc tenant lieu de titre, il n'en faut point d'autre; & puisque la même possession a vigueur de tems immémorial, c'est une conséquence, qu'ayant la même force, elle a selon la loi *hoc jure*, § *ductus aquæ*, *ff. de aqua quotidiana & æstiva*, *vim tituli & constituti*: Sur quoi l'on peut voir ce qu'Amon & Bessian en ont dit sur cet article.

5 Cela pourtant a été jugé au siége de Riom, & il a fallu en avoir un arrêt, par lequel il a été jugé que la seule possession de trente ans valoit titre au profit du possesseur, nonobstant que la partie adverse eût justifié de trois titres autentiques, savoir d'un contrat de rente de l'héritage de question, acquis par son auteur, de l'inventaire de ses biens, dans lequel cet héritage étoit compris, & d'un acte d'étrousse de fruits du même héritage, fait en justice, à la requête du fils de celui qui, comme dit est, avoit acquis ledit héritage, dont on vouloit inférer que c'étoit comme un acte d'interruption, & qui devoit faire obstacle.

Cet arrêt nous a été donné par celui même qui l'a obtenu, savoir par le sieur de Fontenilhes, président & lieutenant général en l'ancien bailliage de Montferrant; & quoiqu'il ne soit pas autrement considérable, nous sommes bien-aises qu'il tienne place en ce recueil, tant pour le mérite dudit sieur de Fontenilhes, que pour répondre à l'honneur de sa connoissance.

Extrait des regîstres du parlement.

6 COMME de la sentence donnée par notre sénéchal d'Auvergne, ou son lieutenant le 30 juillet 1642, entre messire Georges Favre, demandeur en matiere possessoire, d'une part: Et Annet Rance, Jeanne Chaluet sa femme, Martin Rance leur fils, & Michel Rossignol, défendeurs: Et ledit Favre demandeur en sommation de recours, dépens, dommages & intérêts: Et M. Amables de Fontenilhes, président & lieutenant général en l'ancien bailliage d'Auvergne à Montferrant, défendeur, par laquelle lesd. Favre & de Fontenilhes auroient été gardés & maintenus en la possession & jouissance du moulin de Truchevent avec ses droits, prise d'eau, prés & terres adjacentes ausdits Rance & Chaluet, de plus troubler lesdits Favre & Fontenilhes, à peine de l'amende, lesquels auroient été condamnés aux dépens, dommages & intérêts procédans dudit trouble; à rendre & restituer les fruits par eux pris & perçus, & remettre les murailles par eux démolies, en l'état qu'elles étoient lors de ladite démolition, & condamnés aux dépens: Eût été appellé en notre cour de parlement, en laquelle le procès par écrit auroit été conclu & reçu pour juger le 29 juillet 1643, entre Annet Rance & Jeanne Chaluet sa femme, & Martin Rance leur fils, appellans de ladite sentence d'une part: Et Georges Favre, & M. Amable de Fontenilhes, intimés d'autre, si bien ou mal a été appellé, les dépens respectivement requis, & l'amende pour nous, joint les griefs hors, & piéces: Prétendus moyens de nullité, & production nouvelle des appellans, ausquels les intimés pourroient répondre & bailler contredits. Vu les piéces, griefs & réponses: Production nouvelle des appellans: Requête employée par lesdits Favre & de Fontenilhes pour contredits: Arrêt du 13 avril 1644, par lequel notredite cour, avant procéder au jugement définitif dudit procès, a ordonné & ordonne que dans six semaines, à la diligence & frais dudit de Fontenilhes, sauf de recouvrer, descente seroit faite sur les lieux, par les plus anciens des conseillers du siége présidial de Riom, autre que celui dont est appel, suivant l'ordre du tableau, sauf de recuser, en la présence duquel vue & montrée sera faite par lesdits de Fontenilhes des héritages contentieux, contesteront lesdites parties, sur les tenans & aboutissans d'iceux, & de quatre des plus anciens des lieux par lui nommés d'office, lesquels seront ouis tant sur les tenans & aboutissans desdits héritages, que sur la possession & jouissance d'iceux, & à cette fin l'exploit du 3 février 1637, l'exploit & procès-verbal des criées du 20 juin 1603: Partage du 9 décembre 1606: Contrat de vente fait par ledit Rossignol 1589: Extrait de l'inventaire du 22 août 1687: Etrousse des fruits du 23 mars 1658: Bail emphithéotique du 2 septembre 1630, leur seront représentés & communiqués, & de tous fait procès-verbal: Arrêt du 2 septembre 1644, par lequel le procès-verbal de descente faite sur les lieux à la requête dudit de Fontenilhes, le 18 avril suivant, par M. Paul Forget conseiller en la seigneurie d'Auvergne, en exécution dudit arrêt, auroit été reçu, sauf à le débattre, & les parties appointées à produire, & ouir droit: Production dudit de Fontenilhes: Forclusions de fournir moyens de nullités & produire par ledit Rance: Autre arrêt entre ledit Rance & Chaluet appellans, tant comme juge incompétent & recusé qu'autrement, des deux sentences rendues par M. Paul Forget, conseiller, entre lesdites parties, les 4 & 13 avril 1644, ensemble du jugement de non-obstant l'appel rendu par ledit juge le 18 dudit mois d'avril, & ledit de Fontenilhes au nom, & comme ayant pris le fait & cause dudit Favre intimé d'autre, par lequel la cour a appointé les parties au conseil, bailler cause d'appel: Réponses à produire: Productions dudit de Fontenilhes: Forclusions de fournir causes d'appel, & produire par lesdits Rance & Chaluet: Instance entre ledit de Fontenilhes, demandeur en sommation, à fin de désaveu, suivant la requête du 24 avril 1745, à ce que M. Isaac Emeric, procureur desdits Rance, Chaluet & Rossignol, fût tenu faire casser le désaveu formé par ledit Rossignol contre lui, par l'acte du 4 avril 1644, d'une part, & ledit Emeric défendeur d'autre: La requête: Défenses: Appointement en droit: Productions des parties, tout joint & diligemment examiné. Notredite cour, par son jugement & arrêt, en tant que touche les appellations interjettées par lesdits Rance pere & fils, & Jeanne Chalvet, a mis & met lesdites appellations au néant, sans amende: ordonne que la sentence dont a été appellé sortira son effet, & néanmoins a liquidé les dommages & intérêts soufferts & rétablissement de la muraille servant de clôture à la place du moulin de question, à la somme de seize livres parisis, condamne lesdits Rance pere & fils & Chaluet aux dépens des causes d'appel, & sur l'appel dudit Rossignol, les appellations, sentences, & ce dont a été appellé au néant, émendant, ensemble sur le désaveu, les parties hors de cour & de procès & sans dépens, la taxe des adjugés à elle réservée. Prononcé le premier juin 1647. Signé, DU TILLET.

Monsieur RENARD, Rapporteur en la premiere des enquêtes.

BIU Cujas

OBSERVATIONS.

Si la bonne-foi est requise dans la prescription de trente ans.

DAns cette derniere question, l'auteur établit que la prescription de trente ans, qui est la seule que la coutume d'Auvergne reconnoisse, a lieu sans titre & sans bonne-foi; c'est-à-dire, qu'elle a son cours, quoique celui qui s'en sert soit possesseur de mauvaise foi.

C'est une maxime qui a été reçue presque dans toutes les coutumes; la coutume de Paris, art. 118, dit: *si aucun a joui, usé & possédé un héritage, ou rente, ou autre chose prescriptible, par l'espace de 30 ans continuellement, tant par lui que par ses prédécesseurs, franchement, publiquement, & sans aucune inquiétation, supposé qu'il ne fasse apparoir de titre, il a acquis prescription entre âgés & non privilégiés.* Ce qui suppose qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un titre pour acquérir par la prescription de trente ans. Il n'est pas nécessaire non plus d'être dans la bonne-foi, parce que le bien public le desire ainsi, * afin d'assurer le repos des familles, & pour empêcher que la propriété des héritages ne demeure trop long-tems dans l'incertitude, & que cette incertitude n'engage les possesseurs d'en négliger la culture, qui est le plus grand mal qui puisse arriver à un état. C'est pourquoi cette prescription est à bon droit appellée la patrone du genre humain. Je n'ai point vu d'auteur qui traite mieux cette question que M. d'Argentré, sur l'ancienne coutume de Bretagne, art. 269, sur les mots *dol* ou *fraude*, depuis le nombre 7, jusqu'à la fin. Nous avons plusieurs autres auteurs qui en parlent, Guy Pape, quest. 416, nomb. 10, & Ferrieres, sur cette question vers la fin. Bacquet, des droits de justice, ch. 21, nomb. 185 & 186. Bugnion, *de legib. abrog.* liv. 6, ch. 9. * Coquille, sur la coutume de Nivernois, titre *des prescriptions*, article 1. Brodeau, sur la coutume de Paris, art. 118, nomb. 1 & 5. Lhommeau, *des prescriptions*, maxime 246.

NOUVELLES OBSERVATIONS.

IL faut observer que le droit canonique condamne toutes les prescriptions qui ne sont pas fondées sur la bonne-foi; il desire la bonne-foi dans la prescription de trente ans, aussi-bien que dans celle de dix & vingt ans; & pour cet effet le pape Alexandre III, dans le ch. 5, aux décrets *de præscript.* déroge à la constitution de l'empereur Théodose le jeune, qui est l'auteur de la prescription de trente ans, *quoniam nulla antiqua dierum possessio ineat aliquem malæ fidei possessorem, nisi respuerit postquam se aliena noverit possidere, cum bonæ fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem, & longi temporis errorem & confusionem, primus tricennali vel quadragenali præscriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis, quàm latentibus placuit non habere vigorem.*

Le pape Innocent III, dans le chap. dernier du même titre, décide la même chose, *quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tam canonica, quàm civilis. Cùm generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari; unde oportet ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.* Cette décision est tirée du concile général de Latran, ainsi elle semble obliger tous les Chrétiens.

Savoir, si dans les tribunaux l'on doit juger suivant la disposition du droit canonique, ou suivant le droit civil.

D'Argentré, sur l'ancienne coutume de Bretagne, art. 269, sur les mots, *s'il n'y avoit dol ou fraude*, nomb. 7 & suivans, établit, par de bonnes raisons, que l'on doit juger suivant le droit civil: en effet, dans toute la France cela se juge ainsi, suivant le témoignage de Guy Pape, quest. 199 & 416, & de Ferrerius, sur cette derniere question, dans sa nouvelle addition, sur la fin; Silvain, des fiefs, ch. 94.

Mais la question est de savoir, si le possesseur est en sureté de conscience; il faut laisser la décision de cette question aux Théologiens: mais s'il m'étoit permis de dire mon avis, je dirois qu'il faut distinguer 1°. entre les choses & les actions: 2°. à l'égard des choses, il faut distinguer entre l'usurpateur & l'acquéreur de bonne-foi. A l'égard de celui qui s'est emparé de la chose par de mauvaises voies, je ne crois pas qu'il puisse en conscience retenir le bien d'autrui, quelque longue que puisse être son injuste possession. Je crois pareillement que son héritier, s'il a connoissance du vice de son auteur, ne peut point conserver un bien usurpé. Je crois qu'il en est de même des donataires, des légatai-

BIU Cujas

res, & de tous ceux qui poſſédent à titre lucratif. Cette penſée peut être autoriſée par la diſpoſition du droit civil, dans la loi 6, §. 11, *ff. quæ in fraud. cred. & ſi cui donatum eſt, non eſt quærumdum, an ſciente eo cui donatum eſt, geſtum ſit, ſed hoc tantum, an fraudentur creditores : nec videtur injuria affici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.* La même choſe eſt décidée dans la loi 49, §. 1, *ſolut. matr.* où il eſt dit, que dans la répétition de la dot, le dol du pere qui l'a conſtituée, nuit à la fille, *dolus patris ipſi nocere debeat.* Godefroi, dans ſa note, en donne la raiſon, *a quo dotem habet ex cauſa lucrativa.*

Mais je ne crois pas qu'il faille porter le même jugement contre celui qui achete de bonne-foi d'un uſurpateur ; quoique dans la ſuite il apprenne que ſon vendeur étoit un uſurpateur, il ne laiſſe pas de continuer de poſſéder de bonne-foi, parce qu'il ne repréſente point la perſonne de ſon vendeur, quand il ne veut pas joindre ſa poſſeſſion avec la ſienne. C'eſt pourquoi les loix ont établi avec raiſon, que le vice du vendeur ne nuit point à l'acheteur, *de dolo autoris exceptio emptoris non objicitur*, l. 4, § 27, *de dol. mal. except.* & *leg. 3, cod. de peric. & commod. rei vend.* D'ailleurs il en arriveroit des inconvéniens très-préjudiciables au commerce de la ſociété civile ; les gens qui ont la conſcience un peu timorée ne pourroient jamais acquérir ; car ils auroient un juſte ſujet de craindre, que dans la ſuite venant à connoître que leur vendeur ne poſſédoit pas la choſe légitimement, ils ſeroient obligés de la rendre. Cette opinion tendroit à dépouiller tous les gens de bien, & même les égliſes & les monaſtéres, de la plus grande partie des biens qui leur ont été donnés, ou qu'ils ont acquis, pouvant être infectés de ce vice.

A l'égard des actions, il y a pluſieurs docteurs, tant du droit civil que du droit canonique, qui tiennent que le débiteur peut preſcrire en ſureté de conſcience ; parce que cela ne procéde point de ſon fait, mais de la négligence du débiteur, qui fait préſumer qu'il a bien voulu remettre la dette au débiteur ; d'ailleurs la même puiſſance qui a introduit l'action peut l'éteindre, & l'anéantir après un certain tems. Guy Pape, queſt. 199, établit ſolidement cette opinion.

Les docteurs de l'opinion contraire ſont rapportés par Gonzales, ſur les décretales, titre *de præſcr. cap vigilanti 5, pag. 679.*

Petrus Gregorius, ſyntagma juris, liv. 40, ch. 8, n. 5, diſtingue le débiteur & ſon héritier. Le premier ne peut jamais preſcrire, parce qu'il ne peut pas ignorer ſa dette, *numquam factum proprium ignorare impunè poteſt, & ita nunquam præſcribere poterit.* Le ſecond peut preſcrire de ſon chef, s'il ignore la dette, & qu'il n'ait point été interpellé par le créancier.

Dans tous ces cas, il faut diſtinguer la connoiſſance parfaite d'avec l'imparfaite ; c'eſt-à-dire, ſi le poſſeſſeur ſçait certainement que la choſe ne lui appartient pas, ou qu'elle n'appartenoit pas à ſon auteur, ou s'il n'en a qu'une ſcience incertaine, ou un ſimple doute, *inter conſcientiam dubiam vel læſam*, le doute n'empêche pas de preſcrire en ſureté de conſcience ; c'eſt la doctrine de la gloſe, ſur le chap. dernier *de præſcript.*

Il faut encore diſtinguer entre la connoiſſance qui ſurvient pendant le tems de la preſcription, & celle qui vient après l'accompliſſement de la preſcription ; la derniere n'oblige point à reſtitution, parce que la choſe eſt légitimement acquiſe par l'autorité de la loi, *qui auctore prætore poſſidet, juſtè poſſidet ;* c'eſt la doctrine de la gloſe, ſur le chap. *vigilanti de præſcr.* & de pluſieurs autres cités par Fachin, *controverſ. jur.* liv. 1, chap. 64, & par Gonzales, ſur le chap. dernier *de præſcript.* pag. 718, col. 2, *in fine*, & 723, col. 1, *in principio.*

Petrus Gregorius, dans l'endroit ci-deſſus, nomb. 5, *in fine*, diſtingue entre le poſſeſſeur à titre onéreux, & celui qui poſſéde à titre lucratif. Il décharge le premier, mais il condamne le ſecond à la reſtitution.

M. Conan, dans ſes commentaires du droit civil, liv. 3, chap. 14, pag. 182, fait la même diſtinction, entre le titre lucratif & onéreux ; mais dans le ſecond cas il diſtingue ſi la connoiſſance que la choſe appartient à autrui ſurvient pendant le cours de la preſcription, ou après qu'elle eſt acquiſe. Dans le premier cas, il eſtime qu'il faut avertir le propriétaire, afin qu'il interrompe la preſcription, pendant que l'acquéreur peut avoir encore ſon recours contre ſon vendeur. Dans le ſecond cas ; il dit que l'acquéreur n'eſt pas obligé à la reſtitution ; parce que s'agiſſant de perdre, il eſt plus juſte que le propriétaire ſouffre la peine de ſa négligence : *nam cùm eò res adducta ſit, ut illi, aut mihi damnum aliquod ſit ſuſtinendum, videtur ut indiligentiâ ſuâ dominus faciat proprii juris dacturam, quam ut ego, qui nulla ſum in culpa, detrimentum accipiam.*

Ces diſtinctions ſont ſi judicieuſes & ſi équitables, que je crois qu'elles ſeront approuvées de toutes les perſonnes raiſonnables. Il faut pourtant ajouter une condition à la

BIU Cujas

ſeconde : ſi le vendeur eſt ſolvable, & que le recours de garantie ne ſoit pas trop difficile.

C'eſt ici la derniere queſtion où il eſt parlé de la preſcription, je crois devoir dire un mot de la preſcription des crimes.

De la preſcription des crimes.

Suivant la loi *querela 12, cod. ad leg. cornel. de falſis*, tous les crimes ſe preſcrivent par l'eſpace de vingt ans, *querela falſi temporalibus præſcriptionibus non excluditur, niſi viginti annorum exceptione, ſicut cætera quoque ferè crimina.* Le mot de *ferè* ſe doit entendre des crimes qui ſe preſcrivent par un moindre tems, comme l'adultere & le péculat, ſuivant le ſentiment de Cujas, 4 obſervation, ch. 14 : il ſoutient que le crime de parricide & de ſuppoſition de part ſont compris dans la preſcription de vingt ans.

Vide les notes ſur du Pleſſis, *des preſcript.* liv. 2, pag. 605.

Vide d'Argentré, ſur l'art. 274 de l'ancienne coutume de Bretagne, gloſ. 2, & Sauvageau, ſur l'art. 288, pour le crime de duel ; *vide* Catelan, liv. 7, ch 1.

Au parlement de Grenoble, le crime ſe preſcrit par vingt ans ; mais l'action pour les dommages & intérêts dure trente ans. Baſſet, tome ſecond, livre ſix, titre huit, chapitre 3.

Idem, au parlement de Dijon. Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, titre 14, note 5.

Il y a pourtant pluſieurs auteurs qui en exceptent le crime de léſe-majeſté, de parricide, de ſuppoſition de part, de ſodomie, d'apoſtaſie, & autres crimes énormes ; ils ſont rapportés par Julius Clarus, l. 5, § *fin.* queſt. 51, *in addit.* n. 1.

D'autres diſtinguent entre les crimes occultes & les connus ; on prétend qu'à l'égard des premiers, la preſcription ne commence à courir que du jour qu'ils ont été découverts. Ils ſont rapportés par Farinacius, *in praxi crim.* l. 1, queſt. 10, n. 12, ce que l'on prétend avoir lieu, principalement à l'égard du crime de faux, étant impoſſible d'en faire la pourſuite avant que le faux ait paru. Boërius, *deciſ.* 26, n. 5.

En France, tous les crimes, de quelque nature & gravité qu'ils puiſſent être, ſe preſcrivent par vingt ans. Chenu, dans ſes queſtions notables, queſt. 83. Leprêtre, cent. 2, ch. 8. Brodeau, ſur Louet, lett. C, chapitre 47, n. 4. Bardet, tom. 1, liv. 4, ch. 20. Graverol, ſur la Rocheflavain, liv. 3, ſur le mot *preſcription*, art. 1. Il dit que non-ſeulement le crime, mais auſſi la réparation, & tout ce qui en dépend, ſe preſcrit dans vingt ans, à l'exception toutefois du crime de léſe-majeſté & du duel. La preſcription commence à courir du jour du crime commis, même à l'égard du faux : ainſi jugé par un arrêt du parlement de Provence, du 30 mai 1664, rapporté par Boniface, tom. 2, part. 2, liv. 1, tit. 15, chap. 2. C'eſt le ſentiment de Gueret, ſur Lepreſtre, cent. 2, ch. 8, *contra*, Brodeau ſur Louet, lett. C, ch. 47, nomb. 9, qui dit, qu'en matiere de faux la preſcription de vingt ans ne commence que *à die notitiæ*. Au même endroit, n. 5, il excepte le crime de duel de la preſcription de vingt ans, ſuivant la déclaration de 1617.

La preſcription de vingt ans eſt interrompue par la condamnation à mort par contumace, quand la ſentence a été exécutée par effigie : ainſi jugé par un arrêt du 26 avril 1625, rapporté par Brodeau, au même endroit, nomb. 6, par du Freſne, liv. 1, ch. 50, & par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 39.

En ce cas, il faut trente ans, à compter du jour de la ſentence. Brodeau, *ibidem*, nomb. 8. Baſnage, ſur la coutume de Normandie, art. 43, pag. 262.

Mais ſi la ſentence n'a pas été exécutée par effigie, elle n'interrompt point la preſcription de vingt ans. Brodeau, *ibidem*, n. 7. La Gueſſiere, tom. 2, liv. 2, chap. 38. *Idem*, quoique la ſentence de mort n'ait pû être exécutée, à cauſe de l'évaſion de l'accuſé. Brodeau, *ibidem*, nomb. 8. Deſpeiſſes, *ibidem*, pag. 608, n. 6. Lapeyrere, lett. P, nomb. 67. Baſnage, *ibidem*, pag. 258 & 259.

C'eſt une grande difficulté de ſavoir, ſi l'action civile ſe preſcrit auſſi-bien que le crime. Lepreſtre, arr. célébres, pag. 67.

Il faut diſtinguer entre les dommages & intérêts, qui ſont un acceſſoire & une ſuite de la condamnation, & l'action pour recouvrer la choſe. Dans le premier cas, le crime étant éteint par la preſcription, c'eſt une conſéquence pour dire, que l'action pour demander les dommages & intérêts, eſt pareillement éteinte, parce que l'on ne peut avoir les dommages & intérêts ſans faire le procès au coupable, ainſi jugé par pluſieurs arrêts remarqués par Lepreſtre, *eod.* n. 14, tit. 4, ch. 30. Soëfve, *eod.* Chenu, *eod.* Deſpeiſſes, tom. 2, pag. 609, n. 12. Mornac, *eod.* Baſnage, ſur la coutume de Normandie, art. 143,

pag.

BIU Cujas

pag. 262. Boniface, tom. 2, partie 2, livre 1, titre 15, chapitre 3. Lapeyrere, lett. P. n. 105.

Dans le ſecond cas, il y a plus de difficulté, parce que l'action pour recouvrer la choſe volée ou uſurpée, peut être intentée civilement & ſans tendre à faire faire le procès au coupable; *inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc. praragraph. ult.*

La juriſprudence du parlement de Paris a varié ſur cette queſtion. Les anciens arrêts jugeoient que l'action civile pour revendiquer les choſes dérobées, duroit trente ans. Brodeau, *eodem*, n. 8, remarque un arrêt du 22 mars 1572, qui l'a ainſi jugé; mais il dit, que depuis la juriſprudence a changé, & que par la preſcription de vingt ans l'action civile *pro perſecutione rei*, demeure éteinte. M. Louet, *eod.* rapporte un arrêt du 21 février 1604, qui l'a ainſi jugé. Mornac, *ad leg. 7, ff. de condict. furt. & ad leg. querela.*

La même choſe a été jugée au parlement de Rouen, par un arrêt du 22 avril 1671; remarqué par Baſnage, ſur l'art. 143, pag. 262 à la fin.

Au parlement de Toulouſe, autrefois on jugeoit que la preſcription de vingt ans n'avoit pas lieu, même pour la peine du crime, ainſi jugé par un arrêt général, du 2 mai 1608, remarqué par la Rocheflavain, liv. 3 ſur le mot *Preſcription*, tit. 11, enſuite l'on a jugé que cette preſcription ne regardoit que la peine, mais que l'intérêt civil pouvoit être pourſuivi pendant trente ans. Deſpeiſſes, dans les endroits ci-deſſus.

Aujourd'hui, ſuivant la note de Graverol, ſur la Rocheflavain, *eodem*, le crime, l'intérêt civil, & tout ce qui en dépend, ſe preſcrit par vingt ans.

Au parlement de Dijon, le crime & l'intérêt civil ſe preſcrivent par vingt ans; mais l'action pour répéter les choſes dérobées, dure trente ans; ainſi jugé par arrêt du 31 juillet 1694, rapporté par Taiſand, ſur la coutume de Bourgogne, tit. 14, note 5, où il traite fort bien la queſtion. Expilly, plaid. 22 ſur la fin, eſt de ce ſentiment.

La preſcription de vingt ans, en fait de crime, court contre les pupilles, les mineurs, les abſens, & pendant les troubles, la règle *non valenti agere, non currit preſcriptio*, n'a pas lieu en ce cas. Chenu, dans ſes queſtions notables, queſt. 83, & ſur Papon, liv. 24, titre 12. Brodeau, ſur Louet, lett. C. chapitre 47, n. 4. Deſpeiſſes, tome 2, page 608, col. 2. Mornac, ſur la loi *properandum*, *paragraph. ult. & ad leg. querela.* Bardet, tom. 1, liv. 4, chap. 20. Lapeyre, lett. P. n. 139.

La preſcription de vingt ans à l'égard des crimes, eſt ſi favorable, que la partie publique ne peut, après ce tems, faire aucunes pourſuites; ainſi jugé par un arrêt du parlement de Dijon, du 22 décembre 1693, rapporté par M. Taiſand, *eodem*.

Fin du quatrième Livre & du ſecond Tome.

BIU Cujas